



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO G. DO NORTE – UERN
CAMPI DE NATAL - NÚCLEO DE NOVA CRUZ
CURSO DE BACHAREL EM DIREITO
TURMA: 2010.2 – SEMESTRE: 2014.2**

OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA DO DIREITO PENAL

FRANCISCO DE ASSIS IRINEU DO NASCIMENTO

**NOVA CRUZ/RN
DEZEMBRO/2015**

FRANCISCO DE ASSIS IRINEU DO NASCIMENTO

OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA DO DIREITO PENAL

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – UERN, campus de Natal, como instrumento de avaliação do Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^ª. Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins

Nova Cruz-RN
Dezembro/2015

Catálogo da Publicação na Fonte.

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Nascimento, Francisco de Assis Irineu do

Os Direitos do nascituro sob a tutela do direito penal / Francisco de Assis Irineu do Nascimento– Nova Cruz, RN, 2015.

71 f.

Orientador(a): Prof. Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins

.

Monografia (Bacharelado) Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Campus de Natal. Curso de Direito.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito do Nascituro. 3. Crimes contra a vida. I. Martins, Maria Audenora das Neves Silva Martins. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 342

FRANCISCO DE ASSIS IRINEU DO NASCIMENTO

OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA DO DIREITO PENAL

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – UERN, campus de Natal, como instrumento de avaliação do Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito

Apresentado oralmente e aprovado no dia _____ de _____ de 2015.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Prof.^a. Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins (UERN)
Orientadora

Prof.^a. Dra. Izate Soares da Silva Dantas Pereira
Examinador – Membro 1

Prof. Dr. João Dantas Pereira
Examinador – Membro 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, o Pai das luzes, por sua graça abundante em me permitir estudar a Ciência do Direito durante estes anos, de modo a poder sonhar com novas perspectivas na minha carreira profissional.

Aos meus pais, que sempre acreditaram em mim e que vibram com cada sucesso obtido.

À minha esposa, Laudilene, amor da minha vida, e a meus amados filhos, Abner e Abigail, alegrias do meu coração, pela paciência durante esses anos de estudos. Muitas vezes o tempo de estar com eles foi sacrificado, mas sou grato pela compreensão.

A João Feliciano de Araújo Neto, meu amigo e cunhado, que sempre me incentivou aos estudos do Direito.

À Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins, minha professora de Metodologia da Pesquisa e orientadora acadêmica, por todo apoio e orientação, pois sem ela provavelmente este trabalho não seria possível.

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a tutela penal sobre os direitos do nascituro e as garantias de proteção ao ser humano, ainda em formação no ventre materno, concernente à previsão de violação do seu direito à vida, o qual tem como propósito analisar a proteção do Direito Penal sobre os direitos do nascituro, com base no princípio constitucional que figura como direito fundamental à inviolabilidade da vida humana em consonância com os demais direitos assegurados na legislação pátria. Para alcançar a finalidade em foco, foram realizados estudos bibliográficos com escopo de visualizar os fundamentos jurídicos que tutelam a vida no seu estágio intrauterino, como também foram encetadas pesquisas através de consultas a vários sítios da internet na busca de dados que retratam a real situação dos fatos relacionados ao tema em tela. Enfoque especial foi dado à discussão jusfilosófica sobre esse assunto na perspectiva da bioética e em conformidade com os ditames do ordenamento jurídico pátrio. Também foi feita abordagem a respeito do direito fundamental da vida sob a garantia da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e do Direito Internacional, na perspectiva de posição superior aos demais direitos humanos em razão de ser requisito indispensável para a existência de todos os outros. No âmbito penal, foram analisados os crimes de aborto previstos no Diploma Penal Pátrio, realizado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o consentimento dela, bem como as sanções respectivas a tais delitos. Outrossim os estudos abrangeram as exceções para casos excepcionais, dentre eles o aborto necessário, o sentimental e a anencefalia, esta última consoante jurisprudência a partir de Decisão do Supremo Tribunal Federal. Por fim receberam destaque as perspectivas futuras da tutela penal em relação ao nascituro em face dos posicionamentos atuais nas casas legislativas federais, onde encontram-se dois projetos de lei antagônicos entre si, um em prol da legalização do aborto e outro sobre o estatuto do nascituro. Não apenas no Congresso Nacional essas questões são debatidas, como também pela própria sociedade, pelo Poder Executivo e pela mídia, ante os contrastes de dados divulgados sobre a ocorrência de abortos e de mortes maternas resultantes destes.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro; vida; aborto; direitos fundamentais; direito penal; crimes contra a vida.

ABSTRACT

The present monograph thesis talks about the criminal oversight of all the unborn child rights and the guarantee of human life protection. A child that is still being developed into the mother's belly, regarding the prediction of violations of their right to live, which has the purpose of analyzing the protection of Criminal Law on the rights of the unborn, based on the constitutional principle which appears as fundamental right to the inviolability of human life in harmony with the other rights guaranteed in the Brazilian legislation. To reach the study's expected purpose, bibliographic studies were conducted aiming to visualize the judicial fundamentals, which protect the life at the intrauterine state. In addition, research on the internet was performed to look for data which displays the real situation of facts related to this thematic. Special focus was given to the jusphilosophical discussion about this topic in the bioethics perspective and according to the Brazilian judicial law dictates. Furthermore, an approach related to the fundamental right to life under the guarantee of Federal Constitution, infra-constitutional legislation and international law, on the perspective of higher position as compared to other human rights because the existence of other human rights rely on this one. From the criminal scope, the abort crime foreseen by the "Diploma Penal Pátrio" and performed by the pregnant woman herself or by third parties, with or without her consent, as well as the punishment due to this offense was analyzed. Likewise, the studies also approached the exceptions for special cases, such as when the abortion is necessary, the sentimental and the anencephaly, the latest depending on jurisprudence from the Brazilian Supreme Court decision. Finally, this study also emphasizes the future perspectives of penal law regarding the unborn in the face of current positions, which are being discussed in the federal legislative chambers. There are two contrary draft laws among themselves, one in favor of legalizing abortion and the other is contrary, this last one is based on the protective laws of the unborn. These questions are debated not only by the National Congress, but also by society, by the executive authority and the media due to the data published about the occurrence of abortion and maternal deaths resulting from it.

KEYWORDS: unborn, life, abortion, fundamental rights, criminal law, crimes against life.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 OS DIREITOS DO NASCITURO NA PERSPECTIVA JUSFILOSÓFICA | 13 |
| 1.1 O Nascituro – Uma breve história..... | 13 |
| 1.2 O Supremo Direito da Vida..... | 15 |
| 1.3 Bioética: A Ética da Vida..... | 21 |
| 2 OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA JURÍDICA..... | 27 |
| 2.1 A Tutela Constitucional..... | 27 |
| 2.2 A Tutela Infraconstitucional..... | 29 |
| 2.3 A Tutela no Direito Internacional..... | 35 |
| 3 OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA PENAL..... | 38 |
| 3.1 A Tutela do Direito Penal..... | 37 |
| 3.1.1 O aborto e a responsabilidade materna..... | 42 |
| 3.1.2 O aborto e a responsabilidade de terceiros..... | 45 |
| 3.1.3 O aborto sem o consentimento da genitora..... | 45 |
| 3.1.4 O aborto com o consentimento da genitora..... | 47 |
| 3.2 Permissão legal ao abortamento..... | 48 |
| 3.2.1 Aborto necessário: permitido ante a escolha entre a vida da mãe e a do feto.. | 49 |
| 3.2.2 Aborto sentimental: permitido ante a ocorrência de estupro..... | 51 |
| 3.2.3 Aborto permitido ante a ocorrência de anencefalia..... | 52 |
| 3.3 A insuficiência da tutela penal quanto aos direitos do nascituro..... | 52 |
| 3.3.1 A ausência de previsão penal em questões de saúde do nascituro..... | 53 |
| 3.3.2 A insuficiência das sanções para os crimes contra o nascituro..... | 54 |
| 4 OS DIREITOS DO NASCITURO E O FUTURO DA TUTELA PENAL..... | 57 |
| 4.1 Os direitos da mulher e os direitos do nascituro sob a perspectiva penal..... | 58 |
| 4.2 A proposta de legalização do aborto ante o Direito Penal..... | 60 |
| 4.3 Perspectivas da tutela penal sobre os direitos do nascituro..... | 62 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 65 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 68 |

INTRODUÇÃO

O maior bem jurídico que uma pessoa pode ter é a vida. Sem ela ninguém pode ter garantia dos direitos de personalidade, pois somente através do dom da vida todos os demais direitos, deveres e bens podem ser usufruídos. Por isso protegê-la é da máxima importância e da mais extrema necessidade a fim de que seja garantida a existência da pessoa humana com todos os direitos que lhe são pertinentes. Para tanto é necessário pensar na vida não apenas após o nascimento, mas desde a sua concepção, incluindo-se aí a sua formação e o seu desenvolvimento, a fim de que posteriormente a pessoa humana possa viver com dignidade. É preciso, pois, que cada estágio da vida receba a tutela do Estado através do seu ordenamento jurídico e de suas instituições na execução de planos que efetivam as normas, como também que haja participação plena de toda a sociedade em defesa do bem comum que fundamenta a sua existência.

Neste diapasão, o Direito Brasileiro tem oferecido garantias de proteção ao nascituro desde a sua concepção no ventre materno em seus diferentes ramos, dentre os quais o direito cível, criminal, trabalhista, de família, da criança e do adolescente e, sobretudo, o constitucional. No que tange à esfera cível, o artigo 2º do Código Civil define a personalidade como direito garantido aos nascidos vivos, todavia na sua segunda parte afirma que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Adiante, nos artigos 542 e 1798, o mesmo *códex* garante ao nascituro, desde quando fora concebido, o direito à doação e à sucessão. Por sua vez, a Constituição Federal garante, no art. 5º, *caput*, traz em seu bojo a afirmação de que todos são iguais perante a lei e apresenta garantias fundamentais aplicáveis tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no Brasil, com direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A importância jurídica sobre a questão da proteção da vida intrauterina do nascituro se apresenta relevante ante o escopo da atenção geral dada pela legislação vigente do ordenamento jurídico brasileiro, bem como em face da abrangência da tutela penal com relação aos direitos do nascituro no Diploma Penal pátrio que, embora tenha especificado sanções para os casos de violação da vida do feto, ainda se tem apresentado de forma tênue e limitada. Assim como o Código Civil não reconhece a personalidade do embrião e pouco aborda a questão, o Código Penal só se reporta ao direito à vida intrauterina com previsões de pena bem inferior às sanções concernentes aos delitos contra a vida extrauterina. Exemplo disso se reflete na previsão do crime de infanticídio, para o qual o Estatuto Penal prevê pena

que varia de dois a seis anos de detenção, o que garante, em uma situação de flagrância, o arbitramento de fiança pela autoridade policial para que a flagranteada se livre solta da prisão (art. 123, CP). Quanto ao aborto provocado pela mãe ou sob o consentimento desta, a pena prevista varia de um a três anos de detenção (art. 124, CP), sendo o crime afiançável e possível de suspensão condicional do processo.

As penas maiores são para terceiros que participam do aborto. Em não havendo consentimento da genitora, a pena do provocador varia de três a dez anos de reclusão (art. 125, CP). Mas se houver consentimento dela, a pena é de reclusão, no entanto varia de um a quatro anos, o que garante arbitramento de fiança pela autoridade policial em caso de prisão em flagrante, como também suspensão condicional do processo (art. 126, CP). Esses dois crimes também possuem a forma qualificada, que prevê aumento nas penas de um terço caso a gestante sofra lesões corporais de natureza grave em razão do aborto ou dos meios utilizados para provocá-lo, sendo que, na ocorrência da morte dela, as penas são duplicadas.

O artigo 128 do Código Penal oferece exceções de impunidade ao médico em duas circunstâncias. A primeira, quando o aborto for praticado em razão de não haver outro meio para salvar a vida da gestante. A segunda, em caso de estupro, havendo o consentimento dela ou de seu representante legal quando incapaz for. Neste diapasão, em caso de anencefalia não se pode falar de aborto, conforme julgamento do STF que julgou procedente a ADPF nº 54 para declarar a inconstitucionalidade da interpretação que aplicava a tais casos as tipificações dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

Contudo, a despeito das garantias concernentes à vida do feto, nada se fala nos códigos quanto à sua integridade física durante o período do pré-natal. A provocação de lesões ao ser em formação não é disciplinada na legislação brasileira, revelando-se uma atipicidade. Observa-se, assim, a existência de uma lacuna que precisa ser disciplinada e inclusa na tutela penal dos direitos do nascituro, de modo que lhe seja garantida não apenas a vida, mas a integridade de sua saúde, para que, ao nascer, possa desenvolver-se plenamente, sendo-lhe de fato conferida a dignidade da pessoa humana, cujo princípio estará transgredido se durante o período gestacional for violada a integridade física do embrião.

Por outro lado, além da questão jurídica, o assunto em foco é de grande relevância social e política. Há na atualidade vindicações de alguns grupos da sociedade em prol da descriminalização do aborto, o que resultaria na alteração da legislação vigente para uma nova adequação. Por outro lado, observa-se a incidência numerosa de abortos clandestinos, em flagrante violação ao Diploma Penal, apesar das punições previstas. Tais dilemas atuais merecem uma reflexão em torno dos princípios fundamentais concernentes à vida e à

dignidade da pessoa humana, em busca de alternativas que fortaleçam a proteção ao nascituro desde a sua concepção, a fim de que a sociedade possa ampliar a conscientização sobre o valor da vida e do ser humano em seu aspecto ontológico e em face dos diversos problemas sociais e da axiologia das gerações pós-modernas.

Várias pesquisas revelam um quadro assustador, aterrorizante e destrutivo no Brasil, de flagrantes violações à lei penal e de desrespeito à vida. Segundo o portal do G1, datado de 24 de setembro de 2014, uma em cada quatro mulheres até quarenta anos de idade já praticou o aborto. Os dados de internações do Datasus revelam que, no ano de 2013, houve quase 200 mil internações para procedimentos pós-abortos pelo Sistema Unificado de Saúde – SUS. Em hospitais públicos, foram registrados 1,5 mil casos de aborto. E a Associação de Ginecologia e Obstetrícia calcula que são realizados anualmente no Brasil cerca de 700 mil abortos, sendo que 30% das mulheres submetidas a esse procedimento sofrem complicações e precisam recorrer aos hospitais para tratamentos posteriores.

Com embargo, os números supracitados foram intencionalmente exagerados por porta-vozes do Governo Federal e tem tido forte divulgação da mídia sem se checar a realidade. Estimativas de grupos militantes pelo direito à vida referem-se a uma ocorrência máxima de 100 (cem) mil abortos por ano no Brasil, em contraste com a afirmação de muitos que lutam pela legalização dessa prática, que afirmam chegar a cerca de 1 (um) milhão. E, no que concerne a mortes de mulheres em decorrência dos abortos, os registros reais, conforme será demonstrado no corpo deste trabalho, chegam a menos de 100 (cem) casos ao ano.

A realidade quanto a essas ocorrências é que milhares de abortos são provocados intencionalmente. Os pais decidem eliminar o feto por razões econômicas, sociais ou estéticas, sem levar em conta a moral, a ética ou o valor da vida. Sequer consideram os princípios cristãos, quando se dizem fazer parte de algum grupo da religião cristã, ou desrespeitam os códigos religiosos das religiões que proíbem a prática abortiva. São comportamentos e atitudes que revelam a relativização dos valores éticos e morais e o descaso para com a vida e para com a lei penal.

Diante do exposto, há importantes questões a serem consideradas. A primeira diz respeito ao aspecto jurídico com relação à vida do nascituro enquanto ainda no ventre materno, cuja análise é possível verificar a tutela constitucional, civil, penal e trabalhista no ordenamento jurídico. A segunda questão trata-se do aspecto social, haja vista as muitas ocorrências de abortos clandestinos e as limitações para os abortos oficiais diante do surgimento de fatos novos. A terceira envolve a participação política, cujos interesses contrastantes de grupos favoráveis ou contrários ao aborto conduzem o debate para propostas

legislativas antagônicas, para as quais se faz necessária a participação da sociedade, estudos e justificativas jusfilosóficas e sociológicas. Uma quarta e derradeira questão relaciona-se com a moral, que reflete o pensamento majoritário do povo e que precisa ser analisada sob a perspectiva de princípios éticos. Entra então em cena as discussões de caráter religioso, filosófico, cultural e social, para que seja sopesado o problema a partir de princípios que representem a evolução social em consonância com as garantias constitucionais pétreas.

Em sendo assim, o presente trabalho tem como tema e objeto de estudo os direitos do nascituro sob a tutela do Direito Penal. Não apenas há garantias constitucionais, mas também o Código Penal tutela os direitos do nascituro. Há no Direito Brasileiro garantias *pro vita* em favor dos que apenas foram concebidos, para que possam nascer e viver, ganhar personalidade e usufruir direitos. O Código Civil já tem garantido aos que apenas foram concebidos o direito à sucessão antes do seu nascimento. Os tribunais têm dado decisões que garantem, inclusive, alimentos ao feto em ações de pensão alimentícia durante o pré-natal e, na seara trabalhista, têm havido decisões que garantem direitos à gestante em face do nascituro.

Portanto, o objetivo geral do presente trabalho monográfico visa examinar o alcance e a extensão da tutela do Direito Penal quanto ao nascituro, desde sua concepção até o seu nascimento, e sua relação com outros ramos do Direito Brasileiro, bem como as possíveis lacunas na legislação atual. Especificamente se propõe a analisar a dimensão da tutela do Direito Penal quanto ao nascituro durante o pré-natal, o natal e o pós-natal, a comparar a tutela presente no Direito Penal em relação a outros ramos do Direito Brasileiro, tais quais o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Trabalhista, a confrontar a proteção vigente no Direito Brasileiro com as perspectivas de grupos favoráveis ao aborto, a contextualizar a situação geral no tempo presente com relação às ocorrências de fatos que ameaçam e violam os direitos do nascituro e, por derradeiro, a elencar soluções possíveis quanto à problemática da violação aos direitos do nascituro e ampliação das garantias em prol do seu bem-estar pleno.

Na trajetória deste trabalho foi de suma importância a leitura sobre Biodireito Constitucional, obra da lavra das autoras Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba e Zélia Cardoso Montal. A perspectiva da defesa da vida sob a ótica constitucional, também presente no direito internacional, recebe orientação da Bioética, que literalmente é a ética da vida. Sobre esse importante assunto bem serviu o material de autoria do Dr. Raul Marinho Jr., em busca de uma bioética global, que traz à lume princípios norteadores na perspectiva filosófica quanto à valorização da vida. Pedro Lenza, em Direito Constitucional Esquemático,

Chimenti et al, em Curso de Direito Constitucional e Rodrigo César Rebello Pinho, em Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, nortearam sobre os princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais. Outrossim, Rogério Greco, em Curso de Direito Penal II, e Victor Eduardo Rios Gonçalves, em *Dos Crimes contra a Pessoa*, orientaram com relação à tutela penal. Todos esses autores, além de diversos outros citados ao longo do presente trabalho, inclusive artigos extraídos da internet, ajudaram no foco da presente pesquisa. As referências bibliográficas estão devidamente grafadas ao final.

Isto posto, o texto adiante segue dividido em quatro partes. No primeiro capítulo é feita uma abordagem jusfilosófica, com leve retrospectiva histórica, vislumbrando-se o tratamento dispensado ao nascituro no decurso dos tempos por algumas civilizações e as percepções éticas e jurídicas que lhe foram dirigidas nos últimos tempos. Será destacada, inclusive, a importância da Bioética para o Direito, haja vista ser um ramo da ética com influência nas diversas áreas da sociedade e da cultura humana em razão de primar pela defesa da vida como um todo, sobretudo a humana.

No capítulo segundo procede-se a uma análise dos direitos do nascituro na perspectiva geral do ordenamento jurídico, na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e no direito público internacional, observando-se a tutela dos direitos do nascituro. O estudo focalizará no valor da vida na perspectiva constitucional e internacional, com destaque para o direito à sua inviolabilidade como um princípio fundamental acima dos demais, pois sem ela nenhum outro direito pode existir. Ainda nesse espaço abordar-se-á o enfoque do direito civil sobre o início da vida, tema de singular importância no campo do Direito, em face de toda a tutela legal oferecida desde então ao nascituro.

O terceiro capítulo, por sua vez, focaliza a tutela penal sobre os direitos do nascituro, sobretudo no que tange às penas com relação ao aborto com vistas a prevenir e a reprovar tal conduta, protegendo-lhe a vida. As exceções previstas quanto à interrupção da vida em questões éticas cruciais, tais quais o perigo para a vida da mãe, o estupro e o caso de anencefalia receberão atenção especial, em face do contraste e do sopeso entre os direitos do nascituro e da mãe, como também das circunstâncias excepcionais que circundam essas questões. Analisar-se-á, inclusive, sobre a insuficiência da lei penal, em face de não prever punições para condutas que afetem a saúde do nascituro e ponham em risco seu futuro pós-natal em seu desenvolvimento humano.

Por derradeiro, no quarto capítulo, são consideradas algumas perspectivas quanto ao futuro da tutela penal, sobretudo no que tange a duas probabilidades antagônicas entre si: a legalização do aborto, que poria em definitivo fim à atual tutela penal, ou a aprovação do

Estatuto do Nascituro, que ampliaria o leque de direitos e garantias protecionistas e fortaleceria as sanções criminais para a violação do direito à vida do feto. Serão apresentados dados divulgados na mídia e informações oficiais que apontam a realidade sobre a ocorrência de abortos no Brasil, como também de mortes de genitoras em decorrência da prática abortiva clandestina.

1 OS DIREITOS DO NASCITURO NA PERSPECTIVA JUSFILOSÓFICA

O nascituro recebe tratamento especial no ordenamento jurídico brasileiro e envolve vastos debates em torno do tema que trata da origem da vida e, por conseguinte, qual o momento em que o nascituro já é um ser em potencial sob a tutela da lei. O Código Civil estabelece a personalidade a partir do nascimento mas garante a salvaguarda dos direitos do nascituro, cujos reflexos podem ser vistos tanto na legislação civil, como também em outros ramos do direito, dentre os quais o trabalhista e o penal.

Considerar a perspectiva jusfilosófica do tema em foco é lançar dois olhares: um sob a partir do direito, da lei e dos postulados jurídicos, e outro sob a concepção filosófica, envolvendo a ética, a lógica, a metafísica e, sobretudo, a bioética, que se volta para a vida tanto de humanos como de outras espécies existentes no planeta terra.

Em sendo assim, a dupla visão fundida no ponto de vista jusfilosófico considera os diversos e intrincados fatores relacionados à vida e, de um modo especial, os que se relacionam com os direitos do nascituro. Não só sob o aspecto judicial, mas sobretudo dentro de uma conjuntura de valores morais, faz-se necessário considerar a importância de uma cosmovisão voltada para a vida e sua valoração, sua preservação e seu desenvolvimento qualitativo, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 O Nascituro – Uma breve história

Na antiguidade não havia um interesse voltado para o nascituro com o fito de garantir-lhe a vida durante o desenvolvimento gestacional. Em algumas civilizações havia proibições em razão de diferentes interesses, como a ofensa aos deuses, o prejuízo à descendência do pai de família ou à sociedade. Geralmente se considerava como assunto de ordem privada da mulher e não se estabelecia proibição. Tão antiga é essa prática que há documentos encontrados na China sobre esse assunto desde o século XXVIII a. C.¹

As formas rudimentares de provocar o aborto punham em risco a vida tanto do feto como da gestante. Os principais meios usados para provocar o abortamento eram exercícios físicos intensos, como cavalgar em cavalo por várias horas, fazer uso de ervas venenosas para provocar a morte do nascituro ou introduzir algum instrumento no útero. Tais métodos muitas vezes provocavam a morte de ambos: mãe e filho. Em razão disso os abortos

¹www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos...pdf

não eram muito frequentes e em muitos lugares o infanticídio era preferido ao abortamento.

Na antiga Grécia o aborto era aceito até mesmo por filósofos como Platão e Aristóteles, embora o Pai da Medicina, Hipócrates, tenha sido contra, pois somente aceitava tal procedimento quando tivesse em risco a vida da mãe. No entanto, a prática era comum, quer por motivos estéticos, pois muitas mulheres queriam manter a sua beleza, quer por motivos econômicos, tanto por aquelas que desejavam poucos descendentes para reduzir a partilha da herança, quanto pelas prostitutas, que encontravam nos filhos obstáculos para o desempenho de suas atividades laborais. Empregavam, assim, diversas procedimentos abortivos na civilização grega, desde encantamentos até o uso de ferro sulfúrico, carbonato de chumbo, drogas e veneno.²

Entre os romanos também o aborto não era tratado como crime. Consideravam o feto como parte do corpo da mulher, sendo que a punição somente se efetivaria se fosse causada a morte dela como consequência do abortamento. No entanto, a partir do reinado de Septímio Severo (192-211 d.C) o aborto não consentido pelo pai passou a ser crime em razão de ser uma violação à prole deste. Garantia-se, assim, o bem do homem, sem focalizar especificamente o nascituro.³

Foi a partir da ascensão do Cristianismo que um novo olhar foi lançado a respeito do aborto. Consoante os ensinamentos registrados no Didaquê⁴, a Igreja Cristã se posicionou totalmente contra a prática abortiva. Todavia muitas discussões teológicas ocorreram no decurso dos séculos tendo como abordagem a questão da dosimetria da punição diante dos casos diversos.

A partir das descobertas científicas nos séculos XVIII e XIX d. C., as igrejas cristãs ganharam nova percepção sobre a concepção. Verificou-se, desde então, que a vida surge quando da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, posição essa que passou a ser defendida até o presente pelo Catolicismo Romano e por grande parte de igrejas de outras confissões cristãs. Entretanto desde a década de 1930 a Igreja Anglicana⁵ começou a aceitar algumas possibilidades de abortos para casos específicos.

Com o surgimento do movimento feminista na década de 1960, novas discussões puseram o aborto em debate tendo em vista a disponibilidade dos direitos da mulher, pelo que

²<https://cpantiguidade.wordpress.com/2013/04/11/voce-sabia-o-aborto-e-os-contraceptivos-na-grecia-antiga/>

³dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818050.pdf

⁴ Do gr. *Didaché* – ensino dos Doze (antigo documento cristão do séc. II d. C. que pressupõe ensinamentos oriundos dos 12 apóstolos de Jesus Cristo).

⁵ Igreja da Inglaterra que tem dogmas protestantes e forma católica, independente da Igreja Católica Apostólica Romana desde o séc. XVI a partir da Reforma Protestante iniciada com a dissidência provocada pelo rei Henrique VIII.

vários países modificaram suas posições incluindo na legislação permissão para o abortamento. O Brasil, no entanto, desde 1940 trata essa questão como crime previsto no Código Penal Brasileiro, e abre exceção apenas para casos de estupro e de risco à vida da mãe. A partir de 2012 também passou a ser admitido o procedimento abortivo em casos detectados de anencefalia.

A prática do aborto no mundo é um fator de grande escala. Calcula-se que, anualmente, ocorrem entre 46 a 53 milhões casos no mundo. A permissão legal ocorre em 97 países, que têm 66% da população mundial, enquanto 93 países o reprovam, sendo que estes apenas representam 34% da população.⁶ No Brasil, ocorreram, em 2013, segundo dados divulgados pela mídia e por fontes do Governo Federal, entre 685.334 a 856.668 casos de abortamentos, incluindo os oficiais e os não oficiais. Calcula-se, inclusive, que pelo menos mais de 7 milhões das mulheres brasileiras já tenham feito algum aborto.⁷ Outros afirmam que esse número pode chegar a 1,5 (um e meio) milhão ao ano.

Esses dados, contudo, merecem ser revistos em razão dos exageros. Reinaldo Azevedo, em seu blog, abordou os números pela lógica matemática. Segundo ele, no Brasil estima-se o nascimento de cerca de 2,8 milhões de criança por ano. De acordo com a medicina, cerca de 30% (trinta por cento) das concepções são abortadas espontaneamente, muitas das vezes em que sequer as mães têm ciência de sua ocorrência. Somando-se os números das crianças que nascem, com os abortos provocados e os espontâneos, haveria cerca de 6,3 milhões de concepções, o que corresponderia ao engravidamento de 11,44% do total de mulheres entre 15 e 49 anos de idade. Isso, afirma, é absurdo e incompatível com a realidade.⁸ Logo os números divulgados pela mídia não resistem a um teste de lógica matemática, revelando-se falsos. E eles são alardeados justamente pelo Governo Brasileiro. Segundo a Associação Médico-Espírita do Brasil – AME-Brasil, o Governo tem mentido sobre a realidade desses números.⁹

1.2 O Supremo Direito da Vida

O maior bem que uma pessoa pode ter é a vida. Esta é também o direito por excelência, haja vista que, sem ela, sequer a existência de alguém pode ser real. É da

⁶aborto.aaldeia.net/estatísticas-aborto-mundo

⁷<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam-aborto-brasil-por-ano.html>

⁸<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/ainda-o-aborto-a-maquina-militante-de-produzir-numeros-falsos-para-encontrar-uma-justificativa-moral-para-eliminar-os-fetos/>

⁹http://www.amebrasil.org.br/html/defesa_aborto_provocado.html

perspectiva da vida que tudo flui, que o Direito passa a ter sentido e o mundo se torna realidade. Portanto é preciso que haja garantia plena para que a vida humana se manifeste e o ser, dela portador, possa desfrutar de todos os direitos inerentes à pessoa humana.

Sendo a vida o bem maior é importante definir o seu significado, fornecer o seu conceito e analisar a sua origem, bem como caracterizar quando começa efetivamente a existência real do ser humano no seu estado mais remoto. Tais análises são necessárias a fim de que seja possível identificar a tutela jurisdicional com relação ao nascituro durante todo o período intrauterino e, posteriormente, para a sua vivência extrauterina. E embora se busque definir em sentido amplo o termo vida, o foco do presente trabalho é a vida da pessoa humana, mormente os direitos do nascituro na fase do pré-natal, no natal e pós-natal sob a tutela penal.

Não é fácil definir o significado da vida. O Dicionário Aurélio aborda este vocábulo com dezoito definições diferentes. A mais abrangente é a primeira definição, que também é de maior interesse para o presente trabalho, conforme segue:

Vida. [Do lat. *Vita*] S. f. 1. *Biol.* Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismo mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio e a reprodução, e outras; existência.¹⁰

A definição supracitada, apesar de extensa, não alcança toda a amplitude significativa da palavra. É apenas a primeira dentre numerosas outras. Isto porque a vida não está presente apenas nos vegetais e nos animais, mas também em outros organismos bem diferentes nos diversos reinos descritos pelas ciências biológicas. Boshilia¹¹ afirma que “a vida é definida por meio de características ausentes nos seres não-vivos. As principais características que definem um ser vivo são: composição química complexa, organização celular, crescimento, reprodução, metabolismo, homeostase, reações a estímulos do ambiente e evolução”.

Para o presente trabalho o foco se volta à vida humana, portanto de forma mais restrita, haja vista ser esse tema tão abrangente que torna muito difícil sua definição. Em sendo assim, em busca de maior precisão, de bom alvitre é destacar o que afirma, sobre essa dificuldade, as autoras Maria Garcia, Juliane Caraviere Martins Gamba e Zélia Cardoso

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Coord.: Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 4ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 2059.

¹¹ BOSCHILIA, Cleusa. Minimanual compacto de biologia: teoria e prática. 2ed. S. Paulo: Rideel, 2003, p.

Montal:

Formular um conceito adequado para definir o que é a vida humana, em toda sua complexidade, é quase impossível, talvez porque esse significado ainda se encontre muito além da compreensão dos homens. Não obstante, torna-se indispensável para o desenvolvimento do tema apontar alguns conceitos, sobretudo porque, com a evolução das técnicas científicas que culminaram com a manipulação genética e com novos procedimentos para a reprodução humana, a definição do que é vida humana e de quando ela se inicia é imprescindível para o estabelecimento de parâmetros éticos e regramentos legais visando a sua proteção.¹²

Por oportuno, tendo em vista ser necessário apresentar um conceito adequado ao termo, as autoras supramencionadas afirmam, ainda, que o “termo ‘vida’ vem do latim *vita*, de *vivere* (existir, viver) e designa propriamente a força interna substancial que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, revelando o estado de atividade destes”. E continuam dizendo que a *vida*, “segundo um dos vários conceitos encontrados em *Vocabulário Jurídico* de Plácido e Silva, é o impulso ou o dinamismo que determina o desenvolvimento, o progresso de alguma coisa”.¹³

Isto posto, necessário se faz precisar dois tipos principais de vida dos seres humanos, também comuns a toda a natureza animal. O primeiro é a respeito da *vida em potencial*, ou seja, a intrauterina, e a *vida em plenitude*, a extrauterina. Aquela retroage ao momento da sua origem e da formação do ser antes do nascimento. A derradeira, por sua vez, prossegue o desenvolvimento vital a partir do natal.

Saber quando a vida começa é de suma importância para o debate sobre os direitos do nascituro, sobretudo diante das questões relativas à tutela do Direito nos seus diversos ramos. Neste diapasão, Maria Helena Diniz assevera que a vida inicia-se no ato da concepção, conforme conhecimentos oriundos da medicina e da fetologia.¹⁴

Percebe-se, assim, que a vida tem início no momento da concepção, quando estão presentes as características definidoras da individualidade humana, pois o código genético que contém todas as informações biológicas para o seu desenvolvimento e formação intrauterino, inclusive que o definirá para sempre depois do nascimento já se encontra ali. Entretanto, há outras concepções que precisam ser verificadas. A abordagem até agora apresentada parte do pressuposto da visão genética desde a fertilização, quando o espermatozoide e o óvulo, ao se encontrarem, combinam seus genes e passam a formar uma composição única que definirá o novo ser.

¹² GARCIA, Maria; GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso. Biodireito Constitucional - questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41.

¹³ Ibid.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 22ed. S. Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

Destoando dessa concepção, os embriologistas defendem a ideia de que a vida começa na terceira semana de gravidez, pois até então o embrião pode se dividir e formar duas pessoas¹⁵. D'outra banda, os neurologistas apontam duas possibilidades: a oitava semana ou a vigésima, a partir de quando o feto apresentaria atividade cerebral.

Os ecologistas vão mais longe. Afirmam que o início da vida se dá quando tem o feto capacidade para viver fora do útero, quando o bebê já deve ter pulmões prontos, lá pela vigésima quarta semana da concepção. E por sua vez os metabolistas descartam a necessidade de se fixar um momento para o início da vida, alegando que o óvulo e os espermatozoides são tão vivos quanto qualquer pessoa e que o desenvolvimento do ser humano é um processo contínuo.

Entre os religiosos também há grande divergência. A visão católica defende a vida desde a concepção. O judaísmo, no quadragésimo dia da gestação. O islamismo, cerca de cento e vinte dias da concepção, pois creem que é nesse período que Alá sopra a alma no interior do ser humano. Para o budismo, se trata a vida de um ininterrupto processo, presente em tudo, pelo que não começa na fecundação do óvulo pelo espermatozoide. E o hinduísmo, semelhante ao catolicismo quanto ao momento da concepção, afirma que alma e matéria estão presentes na fecundação.¹⁶

Importante aqui ressaltar o que o Livro Sagrado dos judeus e dos cristãos aponta com relação à vida. A Bíblia Sagrada é uma coletânea de Escrituras reunidas em dois volumes denominados de testamentos. Para os judeus, o primeiro volume é o seu conjunto único de Escrituras, chamado de *Tanakh*¹⁷, e corresponde ao Antigo Testamento da Bíblia¹⁸ dos cristãos, cujo idioma original é o hebraico, com pequenas porções de aramaico. Para o cristianismo, além do *Tanakh* há as Escrituras Greco-Cristãs que são denominadas de Novo Testamento. Em ambos volumes o tema da vida tem sublime relevância.

As Escrituras Hebraicas do Antigo Testamento não validam a teoria do judaísmo de que a vida começa no quadragésimo dia. A palavra vida na língua hebraica é *hayiah*. No tocante ao momento do seu início, o salmista Davi, rei de Israel, declamou:

¹⁵ Há alguns casos raros que ocorrem trigêmeos ou mais, especialmente com a manipulação em laboratório.

¹⁶ GARCIA; GAMBA; MONTAL, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷ *Tanakh* – É uma sigla que reúne as três divisões das Escrituras Hebraicas: *Torah* – Lei, instrução; *Nevi'im* – Profetas; *Ketuvim* – Escritos. É formado por 24 livros que correspondem aos 39 do Antigo Testamento da Bíblia Sagrada de edição protestante.

¹⁸ A Bíblia Sagrada dos cristãos divide-se em Antigo e Novo Testamentos, sendo que as Bíblias de Edição Católica têm, na primeira parte, 46 livros, enquanto as de Edição Protestante têm 39 livros que correspondem exatamente ao *Tanakh* judaico. A presença de sete livros a mais e alguns outros acréscimos nas Bíblias de edição católica ocorre desde o Concílio de Trento ocorrido no período de 1445 a 1463.

Pois possuíste o meu interior;
 entreteceste-me no ventre de minha mãe.
 Eu te louvarei
 porque de modo tão terrível e maravilhoso fui formado;
 maravilhosas são as tuas obras
 e a minha alma o sabe muito bem.
 Os meus olhos não te foram encobertos,
 quando no oculto fui formado
 e entretecido como nas profundezas da terra.
 Os teus olhos viram o meu corpo ainda informe,
 e no teu livro todas estas coisas foram escritas,
 as quais iam sendo dia a dia formadas,
 quando nem ainda uma delas havia.¹⁹

Vislumbra-se, do texto acima transcrito, que a ideia religiosa na época do reino de Davi, por volta do século X a. C., era que a vida, concedida por Deus, começava desde o início da formação do ser humano no ventre materno e todo o processo se desenvolvia de forma maravilhosa. Somente muitos séculos depois o judaísmo introduziu a ideia do dia quadragésimo para o início da vida, o que não se coaduna com o conjunto dos estudos das Escrituras.

O Novo Testamento parece concordar com o pensamento católico, o qual também é compartilhado por muitos protestantes conservadores. Duas palavras gregas ocorrem nos livros dessa parte escriturística: *zoê bios*.²⁰ A primeira tem maior importância na Bíblia e define a vida no sentido mais elevado, plenamente expressa, de forma intensiva, sendo aplicável tanto no aspecto físico, material, quanto no imaterial e espiritual; tanto aos seres humanos quanto aos seres angelicais e ao próprio Deus. A segunda, por sua própria característica, é a vida na forma extensiva e se aplica apenas aos aspectos físicos, conforme a ciência denominada *biologia*.

Um dos textos mais significantes no Novo Testamento é a concepção do Filho de Deus, Jesus Cristo, no ventre da virgem Maria. O evangelho segundo Mateus destaca a concepção sobrenatural no cap. 1.18-25, e o evangelho segundo Lucas faz narrativa mais acurada no cap. 1.26-38. A partir da concepção a vida do Filho de Deus foi concebida no ventre. Portanto o pensamento evangélico e católico tem como fundamento as Escrituras Sagradas e encontra apoio nos dois testamentos.

Tecidas essas teorias, necessário se faz considerar o ponto de vista jusfilosófico. Há duas correntes principais do ponto de vista jurídico: a natalista, que defende que a tutela

¹⁹ Salmo 139.13-16. In: Bíblia do Obreiro Aprovado: sínteses, artigos, liturgia, concordância, dicionário, Harpa Cristã. Versão Almeida Revista e Corrigida, 4ed. 2009, SBB. Rio de Janeiro: CPAD, 2011.

²⁰ GINGRICH, F. Wilbur; DANKER, Frederick W. Léxico do Novo Testamento - Grego/Português. Trad. Júlio P. T. Zabatiero. S. Paulo: Vida Nova, 2005, p. 42 e 92.

jurídica é para os nascidos vivos; e a concepcionista, que afirma ser o nascituro, desde a sua concepção, sujeito de direitos.

O direito, tanto internacional quanto nacional, prima pela vida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem põe em relevância a dignidade humana e destaca os direitos naturais inerentes a cada pessoa independente de sua origem, raça, crença, idade, cor ou gênero sexual e coloca cada um em igualdade de direitos com os demais. Para que as pessoas possam exercer os seus direitos quanto à liberdade, à expressão, à propriedade e outros é necessário o bem maior e imprescindível que antecede a todos estes: a vida.

Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira de 1988 destaca o direito à vida como um dos direitos fundamentais, na verdade o mais importante de todos haja vista que sem este os demais não são possíveis de existir. O Código Civil brasileiro, no seu artigo 2º, destaca que é salvaguardado o direito do nascituro desde a sua concepção, definindo, assim, o reconhecimento legal do início da vida no ordenamento jurídico pátrio. Apesar das teorias contrárias, o *códex* é bem claro quanto ao momento em que o nascituro tem seus direitos garantidos, pois é a partir de então que ele tem vida.

A filosofia contribui de forma abundante para o debate sobre este tema. Do original grego *philia*, amor, mais *sophia*, sabedoria, é, literalmente, o amor à sabedoria, a arte de pensar. A filosofia é o empreendimento humano da inquirição em buscar da verdade dos fatos, das coisas, da vida e dos seres. E por ser assim, aponta o caminho a ser percorrido, indaga pela realidade, não se contenta com as aparências e encaminha pela lógica para esclarecer e indicar novas jornadas em buscar do verdadeiro saber. Desse modo muito útil se apresenta a filosofia, pois dela surge a ética e, por conseguinte, a bioética, que é a ética da vida, foco da abordagem do próximo tópico.

A vida, no pensamento filosófico, recebe tratamentos diversos conforme as diferentes correntes. A famosa frase de Descartes: “penso, logo existo”, tem sido objeto de muitos estudos e especulações, tanto no que tange à epistemologia – teoria do conhecimento, quanto à ontologia – estudo do ser. René Descartes indicou o caminho da consciência vital própria do ser humano que, ao contrário dos animais irracionais, é capaz de pensar e saber por si que vive e por isso pode pensar. O pensamento é a força motriz das ações no mundo, dos projetos e da própria ciência, pois sem ele nenhuma obra de arte poderia ser produzida, nenhum livro seria escrito e a ciência jamais existiria. Essa expressão racional própria do ser humano só é possível com a valoração da vida em seu sentido máximo. O ser existencial desde o momento da fecundação, ocorrida com o encontro entre o espermatozoide e o óvulo, merece respeito pleno para que possa se desenvolver, nascer e vir ao mundo como alguém

livre, com direito de nascer, viver, crescer e morrer no tempo certo, garantido o seu curso de vida tanto intrauterino como extrauterino.

Definida a vida quanto à sua origem, imprescindível é, a partir dessa concepção, perceber as implicações resultantes. O ser vivo concebido no momento da fecundação deve ser protegido de agressões que interrompam o seu desenvolvimento, bem como receber a tutela jurídica necessária nos diversos ramos do Direito para que possa vir a nascer e exercer plenamente a sua personalidade civil. O artigo 2º do Código Civil, supramencionado, na sua primeira parte define o início da personalidade a partir do nascimento, entretanto este só é possível acontecer se durante o período em que o feto encontra-se em formação no útero materno possa livremente se desenvolver sem interrupção.

Não se trata de interromper a gravidez por motivos alheios à vontade da mãe. A lei não tem como proteger as fatalidades oriundas de causas naturais, acidentes ou circunstâncias especiais que resultem em um aborto accidental ou natural. O foco é a interrupção do fluxo da vida intrauterina de forma dolosa ou culposa, quer por negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo por um ato voluntário danoso por parte da gestante ou de terceiros. Em tais circunstâncias a tutela penal visa inibir que tais fatos aconteçam, em caráter preventivo, embora muitas vezes não consiga ter êxito, pelo que prevê o Código Penal, nos seus artigos 124 a 127, sanções corretivas que também se antecipam aos fatos e, de modo semelhante, no artigo 128 do mesmo códex, assegura o direito ao abortamento em casos especiais.

1.3 Bioética: A Ética da Vida

O amor à sabedoria é o foco principal da filosofia. Tendo surgido no século VI a. C., com Tales de Mileto, este tipo de conhecimento especial indica os caminhos a serem percorridos na busca pelo saber e não apenas investiga, mas fornece o mapa para o percurso. Não se pode confundir filosofia com ciência. A primeira busca o entendimento do todo, enquanto a segunda se ocupa com a parte. Aquela parte da parte para o todo, enquanto a última, inversamente, parte do todo para a parte.

Os filósofos prestaram grandes contribuições à humanidade e ainda continuam revolucionando-a. Na divisão da filosofia em metafísica, política, estética, epistemologia e ética, para cada parte é possível encontrar trilhas que levam à percepção do todo. A ética, entre esses estudos, destaca-se por buscar entender e direcionar o comportamento humano ante suas variadas atividades.

Dos originais gregos *êthos* e *etos*, relativo à moral e aos costumes, ética é a parte da filosofia que procura definir o certo e o errado e indicar a conduta adequada a seguir. Grenz e Smith²¹ a definem como sendo a “filosofia moral, ou a divisão da filosofia moral que envolve o estudo do modo como devem viver os homens”, e asseveram que ela “se concentra em questões que envolvem o CORRETO e o impróprio, bem como a determinação do BEM humano.”²²

A palavra *bioética* vem da junção de dois vocábulo gregos: *bios*, vida, e *ética*. É, literalmente, a ética da vida, que tem como foco principal o estudo da vida humana como também do meio ambiente com as mais variadas formas de vida. É o respeito pela vida de todos seres vivos, incluindo o homem. Segundo o Dr. Raul Marino Jr²³, *apud* V. Coutinho, o termo surgiu pela primeira vez na versão alemã *Bio-Ethik*, em 1927, em um artigo de Fritz Jahr, e foi usado para designar “a aceitação de obrigações éticas não apenas para com o homem, mas para com todos os seres vivos”. Grenz e Smith fornecem a seguinte definição:

A aplicação da ética nos campos da ciência biológica, inclusive na medicina, na GENÉTICA e em áreas relacionadas. O uso do termo é relativamente recente, uma de suas mais antigas aparições tendo sido no livro de V. R. Potter, *Bioethics: bridge to the future* [*Bioética: ponte para o futuro*] (1971). Muitos pesquisadores veem o conteúdo desse campo como sendo identificado mais apropriadamente sob a rubrica da ética biomédica; no entanto, o termo *bioética* é ainda o identificador mais comum.²⁴

A despeito de ser um ramo de saber recente, a bioética se destaca face ao seu objeto de estudo, com indagações que vão além da existência da própria vida ou da sua origem, mas que a transcendem e abordam outras questões relacionadas ao seu propósito, como também o seu valor. A vida segue para a morte, pois esta é um fenômeno natural consequente. Todo o desenvolvimento dos seres vivos culmina com um final mortal. Entretanto esse resultado se dá de modo natural, incidental ou causal. E no escopo relacionado à causa a discussão filosófica e jurídica volta o seu foco, tendo a bioética seu papel preponderante.

Vale ressaltar, entretanto, a singular relação desta disciplina com outras. O Dr. Marino Jr. assim a descreve:

²¹ GRENZ, Stanley J.; SMITH, Jay T. Dicionário de Ética. Trad. Alípio Correia de França Neto, Glasfira Antas, Sandra Mara França. S. Paulo: Vida, 2005, p. 52.

²³ MARINO JÚNIOR, Raul. Bioética global: princípios para uma moral mundial e universal e de uma medicina mais humana. S. Paulo: Hagnos, 2009, p. 97.

²⁴ Op. cit., p. 18.

A Bioética, como ciência do presente mas com largas vistas para o futuro, se alimenta epistemologicamente da inter e da transdisciplinaridade, relacionando-se com grande parte de atividades humanas: a Filosofia, a Medicina, a Biologia, a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, a Política, a Economia, a Teologia, as Religiões, a Ecologia e todas as demais ciências, estendendo-se semanticamente à Ecobiologia e ao nível Antropocósmico, fazendo parte de sua existência em todos esses níveis como uma verdadeira ciência com estatuto próprio.²⁵

O relacionamento acima descrito tem característica de influência recíproca. Valendo-se das novas descobertas científicas dos mais diversificados saberes, a bioética, a partir da reflexão filosófica, atinge esses saberes e fornece novas orientações. Traz um novo olhar sobre a vida humana e os demais tipos presentes em outros seres vivos, propondo o respeito e a consideração de cada ser como um fim em si mesmo, se possível assim o for. Fornece uma cosmovisão motivadora sobre novas atitudes que o homem precisa ter em relação aos ecossistemas e aponta o dever tanto do indivíduo como da sociedade para com a natureza, de modo que haja responsabilidade e consciência no tocante à preservação do habitat e de todos os seres vivos.

Há quatro princípios fundamentais na bioética. O primeiro é o princípio da *autonomia*, que se caracteriza pelo *respeito à pessoa*, que, nas palavras de Marino Jr.²⁶ “tem caráter dúplice que infere a autonomia e proteção.” A autonomia, afirma o referido autor, tem como base o reconhecimento da liberdade, da capacidade e da autodeterminação pessoal de acordo com a razão. Em sendo assim os diversos profissionais que lidam com as pessoas e com a vida têm liberdade e autonomia no exercício de suas funções, ao mesmo tempo que devem respeitar os direitos próprios de cada indivíduo.

O segundo princípio é o da *beneficência*. De forma positiva, consiste em fazer o bem (*bonumfacere*). Aqui muito bem se enquadra o imperativo categórico enunciado por Immanuel Kant²⁷: “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”.

O terceiro princípio é o da *não maledicência*. Na forma negativa, é o dever de evitar o mal (*primumnon nocere*). Estabelece que não deve ser feito dano a terceiro. De grande valia na medicina e em face de todos os avanços tecnológicos que surgem de forma acelerada nestes tempos pós-modernos, pesa-se o grau de responsabilidade do indivíduo ou de determinado grupo quanto aos efeitos dos atos praticados ou do que possa ser feito,

²⁵ MARINO Jr., Raul, op. cit., p. 98.

²⁶ MARINO Jr., Raul, Op. cit., p. 319.

²⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 8ed. S. Paulo: Atlas, 2010, p. 324.

analisando-se as devidas consequências de modo que não causem males aos outros, sobretudo à sociedade.

O quarto é o princípio da *justiça*. Há muitas definições sobre o que é justo. Neste diapasão é necessário considerar o equilíbrio ante os benefícios, bem como os riscos e os custos envolvidos. Grenz e Smith²⁸ definem justiça como “uma VIRTUDE caracterizada pela retribuição do que é devido ou merecido, EQUIDADE e imparcialidade.” Platão a coloca como uma das quatro virtudes cardeais. Na bioética sua importância é de grande destaque, haja vista a busca equitativa do agir correto para com os outros, a necessidade de haver respeito tanto à vida humana como às demais formas de vida, bem como diante da responsabilidade que todos devem ter para com o meio ambiente.

A ética da vida destaca, assim, o valor supremo da vida humana, todavia o contrasta com outros valores. Sua preocupação é tanto ontológica quanto axiológica. Leva em conta o ser existencial e a escala de valores, quer relativos, quer absolutos, quando se defrontam questões éticas. E por assim ser envolve discussões e proposições relativas tanto à origem quanto à preservação da vida, levando em conta a responsabilidade de todos agentes envolvidos, quer direta quer indiretamente. Na amplidão desse debate adentram as questões de natureza psicológica, sociológica, teológica, filosófica, moral, genética e religiosa, haja vista o impacto que determinadas decisões podem resultar.

Considerando a origem da vida humana e o seu desenvolvimento intrauterino, o agir ético é de grande valia para a gestante, quanto também para as demais pessoas que com ela interagem, tanto no círculo familiar, como também entre amigos ou no ambiente profissional. A axiologia dos pais do nascituro e de várias outras pessoas envolvidas influenciará as decisões no tocante ao relacionamento com ele durante o pré-natal, como também após o seu nascimento. A forma e o momento da concepção, os projetos de vida, os propósitos para com a maternidade ou a paternidade, o planejamento familiar, os compromissos sociais, familiares, financeiros e profissionais, inclusive a cosmovisão de mundo dos genitores concorrem para definir atitudes quanto ao feto, as quais influenciarão até determinarão a preservação de sua vida ou o seu abortamento.

O número de abortos provocados intencionalmente é muito grande, conforme divulgado pela mídia e por órgãos do Governo Federal. Parte desses atos tem a ver com a postura ética dos genitores, dos parentes e dos profissionais envolvidos. A maneira como veem o mundo, a concepção religiosa, o peso dos valores morais e sobretudo a maneira como

²⁸ MARINO Jr., Raul, Op. cit., p. 99.

enxergam a vida são pontos definidores para atitudes que podem resultar em vida ou morte. Geralmente as mulheres que praticam o aborto tem uma postura diversa no que tange à ética da vida nos seus fundamentos, não consideram as questões morais envolvidas a partir de princípios oriundos da religião, da filosofia ou mesmo da sociedade, e pensam geralmente em sanar uma situação criada incidentalmente ante uma gravidez indesejada. Não levam em conta o fato de a vida gerada ser de um ser humano em potencial e que a provocação de sua morte se constitui em violação da ética e da legislação vigente.

A ética da vida pode, por sua vez, salvar muitos nascituros, caso seja refletida, concebida e posta em prática. Os genitores que possuem conhecimento de bioética e que consideram a vida como o bem jurídico de maior valor tem discernimento para ponderar sobre a gravidade de interromper o desenvolvimento vital do feto no útero da mãe com o consequente abortamento. Ao conceber a ideia que desde a fecundação a vida gerada já é um ser humano em potencial, sua percepção ética pode ver os valores religiosos, bem como os dados da genética, que apontam para a fecundação como sendo o momento inicial da existência desse ser, pelo que há de considerar a sacralidade da vida. Se levar em conta o imperativo categórico kantiano, de que o seu ato deve ser de tal modo que possa se tornar uma lei universal, os pais do nascituro ponderarão que, caso interrompam a vida o feto e esta ação se aplicasse para cada pessoa do planeta, logo haveria extinção de todos os seres humanos no planeta terra. Ou seja, o aborto, na ética kantiana, é uma violação ao direito universal da vida e põe em perigo a existência da raça humana.

As pessoas próximas dos genitores também exercem influência e muito contribuirão conforme seus códigos de valores. Caso vejam a vida de forma banal e não considerem ser o aborto um ato de alta gravidade, poderão através de seu conselhos se tornarem anjos da morte. Ao contrário, tendo em alto valor a sacralidade da vida humana, intervirão para que a vida do nascituro seja preservada. Daí então a necessidade da expansão do conhecimento da bioética, a qual além de orientar a preservação e a valoração da vida de todas as criaturas do planeta, tem também por escopo apresentar, em elevado grau axiológico, a vida humana e a importância de sua preservação com dignidade e qualidade.

Por derradeiro, os profissionais envolvidos, quer da área médica, quer da psicologia ou da sociologia, poderão se tornar agentes do bem ou do mal. É muito comum o fato de muitos médicos, à revelia do código de ética medicinal, realizar abortos clandestinos de modo a pôr em risco a vida da mãe, além de criminosamente matar o nascituro. O Código Penal Brasileiro estabelece penas tanto para a abortante quanto para os profissionais envolvidos, exceto nos casos permitidos em lei. A falta de respeito à ética *pro vita* por parte de

muitos profissionais da saúde tem causado danos irreparáveis tanto pelo extermínio de inocentes quanto pelas sequelas resultantes nas genitoras. A bioética, como fonte de orientação dos valores e das ações médicas, bem como dos psicólogos, dos assistentes sociais e outros profissionais os direciona a não agir na clandestinidade nem na ilegalidade, haja vista a ponderação dos princípios norteadores envolvidos que os levam a agir sob a égide da justiça.

Desde sua origem a vida humana precisa ser valorizada e que lhe seja assegurado o pleno desenvolvimento no ventre materno. Sua expulsão fora do tempo natural, quando provocada por razões alheias à vontade da mãe, quer por acidentes, fenômenos causados por terceiros, doenças ou outras circunstâncias imprevistas não trazem responsabilidade moral para a genitora, apesar de implicar, conforme for o caso, em responsabilização por parte de quem tenha dado causa. Logo, muito dependerá, nas questões morais, da cosmovisão dos envolvidos, razão por que o valor e a importância da bioética se fazem necessários e imprescindíveis nesses tempos pós-modernos.

2 OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA JURÍDICA

Os avanços obtidos nos últimos tempos com a modernização das ciências e com a evolução do pensamento filosófico, aliados às novas tecnologias e à revolução da informatização, têm sido decisivos para garantir meios viáveis de se viver dignamente, não apenas no que concerne aos valores morais, como também quanto ao relacionamento social dos seres humanos, suas possibilidades de comunicação e uma cosmovisão nova quanto às responsabilidades humanas com relação à natureza e a outros seres vivos. A atenção que recebem os nascituros, graças aos recursos pós-modernos e à conjuntura organizacional do Estado na prestação dos serviços de saúde, proteção, assistência e cuidado sanitário, dentre outros, faz com que haja significativa redução nas estatísticas de mortalidade infantil no Brasil, apesar de ainda haver alguns quadro negativos em alguns Estados da Região Nordeste. Entretanto, os índices demonstram ser bem menor essa incidência do que em tempos passados e isto se dá em razão do progresso experimentado nos últimos anos.

A garantia, porém, que sustenta a mobilização do Estado em prol da vida humana não é meramente moral ou ética. O fundamento está fincado no ordenamento jurídico brasileiro, pois a força normativa impele o Estado a agir, responsabiliza-o e o direciona a tomar as medidas cabíveis de prevenção e repressão aos diversos meios que ameaçam à vida. No entanto, há fatos que, vez por outra, apontam para a tomada de outra direção, até mesmo contrária à vida, razão por que se faz necessário assegurar as garantias jurídicas para que as pessoas humanas possam vir a existir, salvaguardando desde a concepção os direitos do nascituro. E o norteamento das normas que dão este direcionamento encontra-se arraigado na Constituição da República Federativa do Brasil.

2.1 A Tutela Constitucional

Reza o artigo 5º, *caput*, da Carta Magna brasileira, que “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.” Este artigo trata dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal e elenca como primeira garantia a inviolabilidade do direito à vida, haja vista ser esta imprescindível para que os demais direitos possam existir. Neste diapasão leciona Rodrigo César Rebello Pinho:

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada a sua vida. Consiste no direito à existência do ser humano. Como ensina José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.²⁹

Dada a garantia constitucional à inviolabilidade do direito da vida, não estabelece a Magna Carta, contudo, quando se dá o seu início. Para tanto é preciso buscar orientação a partir do conhecimento oriundo das ciências médicas e da fetologia, já sendo consenso que a vida se inicia no ato da concepção, bem como da compreensão de algumas normas infraconstitucionais. Em sendo assim, aplica-se o princípio da *máxima efetividade possível*, também definido por Canotilho como *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva*³⁰, o qual leciona que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Conforme afirmam as autoras Maria Garcia, Juliane Caravieri e Zélia Cardoso Montal, “onde há vida, há tutela constitucional”³¹.

Isto posto, toda a vida intrauterina do nascituro está garantida sob o amparo do direito constitucional constante no caput do art. 5º da Constituição Federal. Tal proteção também se estende ao nascituro gerado *in vitro*, ou seja, gerado de forma extrauterina, vez que ali se evidencia a vida. E paralelamente a esta ideia, concorre o direito fundamental elencado no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal, conforme segue:

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos seus Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, e tem como fundamentos:
 I – a soberania;
 II – a cidadania;
 III – a dignidade da pessoa humana;
 IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O princípio da dignidade da pessoa humana, recepcionado na Carta Magna de 1988, tem cunho internacional formulado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, ao final da segunda guerra mundial. É um princípio norteador e se destaca como sendo um dos principais entre os demais direitos fundamentais. Apesar da controvérsia sobre sua importância acima do direito da

²⁹ PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. Coleção Sinopses Jurídicas. 13ed. S. Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

³⁰ GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso. Biodireito Constitucional - questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 19.

³¹ Id., Ibid., loc. cit.

vida, pois até mesmo o morto tem direito que lhe seja respeitada a dignidade, é interessante destacar que, não havendo vida, não há que se falar em dignidade da pessoa humana pois sequer esta existe. Logo não pode ser mais importante que o direito à inviolabilidade da vida, haja vista que sem esta tal princípio fundamental se torna descabido.

Desde a concepção o nascituro se encontra sob a tutela constitucional tanto do direito à vida quanto à dignidade. Apesar de ainda não ser reconhecido como pessoa civil para os fins jurídicos, conforme pressupõe o artigo 2º do Código Civil, sua vida deve ser protegida com dignidade. Não é a mera proteção, pois a Constituição Federal elenca, no artigo 4, inciso II, a prevalência dos direitos humanos como princípio de relações internacionais. Tais direitos não apenas prevalecem nessas relações como também são descritos no texto constitucional para aplicação interna, conforme se verifica no artigo 5º. Logo ao nascituro são garantidos todos os direitos humanos enquanto ser humano concebido, sendo-lhe asseguradas as garantias de seu desenvolvimento intrauterino até que possa emigrar para a nova fase do mundo exterior, de modo que todos os seus momentos de vida sejam preservados com dignidade, proteção e respeito.

2.2 A Tutela Infraconstitucional

O artigo 2º do Código Civil reza que “a personalidade civil as pessoa começa do nascimento, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” De um lado, a definição do início da personalidade reconhece a partir do natal, desconsiderando o nascituro como pessoa. Importante, então, salientar que, conforme definido pelo Dicionário Aurélio, nascituro é “o que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se tem como futuro certo.”³²

A questão em torno da personalidade do nascituro tem sido tema de debate. Isto porque embora o Código Civil não a reconheça, afirma que o nascituro é sujeito de direitos. A problemática se dá no fato de que, sendo destituído de personalidade, parece inócua a possibilidade de tal subjetividade. Maria Helena Diniz, citada por Maria Garcia, Juliane Caravieri e Zélia Cardoso supõe, no entanto, a existência de personalidade jurídica formal para o nascituro, enquanto o nascido vivo tem personalidade jurídica material.³³

Carlos Roberto Gonçalves fornece o conceito de pessoa natural nos seguintes

³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coord.: Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 4ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1387.

³³ GARCIA, Maria; GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso, op. cit., 2010, p. 24.

termos:

É o ser humano considerado sujeito de direitos e deveres (CC, art. 1º). Para ser pessoa, basta existir.

Toda pessoa é dotada de personalidade, isto é, tem capacidade para figurar em uma relação jurídica. Toda pessoa (não os animais nem os seres inanimados) tem aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações (personalidade). O art. 1º, ao proclamar que “toda pessoa é *capaz* de direito e deveres na ordem civil” (grifo nosso), entrosou o conceito de capacidade com o de personalidade.³⁴

Para melhor esclarecer o exercício dos direitos e obrigações cujo sujeito é a pessoa natural, o referido autor assim conceitua capacidade:

Capacidade é a medida da personalidade. A que todos possuem (art. 1º) é a capacidade de *direito* (de *aquisição* ou de *gozo* de direitos). Mas nem todos possuem a capacidade de *fato* (de *exercício* do direito), que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida, também chamada de “capacidade de *ação*.” Os recém-nascidos e os loucos têm somente a capacidade de direito (de aquisição de direitos), podendo, por exemplo, herdar. Mas não têm a capacidade de fato (de exercício). Para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores.³⁵

Verifica-se, portanto, que para alguém ser classificado como pessoa basta haver nascido, não sendo necessário que tenha capacidade de fato, mas apenas de direito, pois ainda que não possa exercer seus direitos e obrigações, pode ser representado por alguém de capacidade plena, quer pelos pais, quer pelos curadores. Logo não parece haver razão plausível para não se conferir ao nascituro direito de personalidade conforme estabelece o artigo 2º do referido código, vez que de pronto se reconhece ser este sujeito de direitos, para os quais se faz necessário ser representado. O próprio Código Civil tem garantido vários direitos ao nascituro.

Divergindo sobre o início da personalidade, há duas correntes doutrinárias. A primeira é denominada natalista e interpreta o artigo 2º do Código Civil de forma literal. Para os adeptos dessa teoria, o nascituro tem direitos apenas em expectativa, vez que não se pode garantir que nascerá com vida, não podendo, inclusive, haver sucessão. Somente aos nascidos vivos podem então ser classificados como pessoas.

A outra corrente é denominada conceptualista. Admite que o nascituro tem personalidade desde a concepção e que com o nascimento se consolida a personalidade jurídica do nascituro, inclusive com vários direitos assegurados pelo Código Civil, bem como

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil – parte geral (Coleção Sinopses Jurídicas). 20ed. S. Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

³⁵ Id., Ibid., loc. cit.

por outras normas vigentes, dentre elas a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Esse argumento repousa no fato de que o nascituro não é objeto de direito, e sim, sujeito, conforme garantido em diversas normas jurídicas, o que o qualifica como pessoa.

Dentre os direitos do nascituro, um deles é o direito de filiação, o qual se encontra devidamente assegurado no Código Civil conforme segue:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Em face dos artigos acima mencionados, o direito em foco é pertinente ao nascituro desde a concepção, quer tenha ocorrido na constância do casamento de seus genitores ou fora dele e de modo algum é permitido haver designação que produza algum tipo de discriminação quanto à filiação. O artigo 1.597 do mesmo códex, acima citado, alista as circunstâncias que caracterizam a filiação dentro da esfera do casamento e traz em seu bojo os prazos que marcam a concepção a partir do início da convivência conjugal, bem como após sua dissolução por morte, separação, nulidade ou anulação.

Nos artigos 1.607 a 1.617, do referido Diploma Legal, o reconhecimento da filiação é tratada de modo singular. Para o filho concebido fora do casamento pode haver reconhecimento dos pais, conjunta ou separadamente, conforme preceitua o art. 1.607. O reconhecimento é irrevogável (art. 1.609), mesmo quando feito em testamento (art. 1.610) e pode preceder o nascimento ou suceder o falecimento do filho (art. 1.609, parágrafo único).

O direito de filiação é necessário também à concessão de pensão alimentícia nos autos de pedidos de alimentos gravídicos, haja vista as despesas adicionais do período gestacional da mãe ou decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, incluindo a alimentação e a assistência médica e psicológica, quando necessário. Essa matéria foi disciplinada pela Lei de nº 11.804/2008 que, nos artigos 1º e 2º, estabelece o seguinte:

Art. 1º. Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Esse direito foi inovador. Possibilitou ao nascituro, inclusive, os cuidados de assistência paterna em termos de alimentos como garantia pré-natal. Para tanto é necessário haver pelo menos indícios da paternidade, conforme reza o art. 6º:

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Posto haver uma clara evolução no ordenamento jurídico brasileiro, salvaguardando os direitos do nascituro cuja concepção se deu sem um relacionamento conjugal dentro da esfera do casamento, a jurisprudência brasileira tem demonstrado cautela no tocante ao acolhimento desses pedidos. Precisa a parte autora, representante do nascituro, demonstrar pelo menos a existência de indícios, pois nessa fase ainda não há como realizar exame de DNA. A título de demonstração, segue uma das decisões nesse sentido, que faz eco a diversas outras que trilham o mesmo caminho:

Data de publicação: 19/08/2014

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI 11.804/08 - ART. 6º. POSSIBILIDADE DIANTE DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE, AUSENTE NA HIPÓTESE. NECESSIDADE DE PROVA. Somente quando existente pelo menos indícios da paternidade apontada é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70061126694, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 14/08/2014).

Reconhecido, pois, pela jurisprudência, os direitos do gravídicos conforme a lei específica, importa salientar que o Código Civil, por sua vez, oferece ao nascituro garantias quanto a diversos outros direitos. O artigo 542 menciona o direito à doação, enquanto o artigo 1.798 o põe como parte legítima na sucessão. Maria Garcia, Juliane Caravieri e Zélia Cardoso

citam Maria Helena Diniz na abordagem desses direitos:

Conquanto comece o nascimento com vida (RJ, 172:99) a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1.609, parágrafo único, 1.779e parágrafo único, e 1798; L. 8.974/95), como o direito à vida (Cf, art. 5º), à filiação (CC, arts. 1596 e 1597), a integridade física, a alimentos (RT, 650:220; RJTJSP, 150:90-6), a uma adequada assistência pré-natal, à representação (CC, arts. 542, 1779 e parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único) em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança (CC, art. 542), a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade (*Lex*, 150:90) etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (...) passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, comente com o nascimento com vida (CC, art. 1800, § 3º). Se nascer convida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.³⁶

Pelo exposto, percebe-se que o conceito conceptualista tem sobejas razões para admitir a personalidade jurídica formal do nascituro desde a concepção. Os direitos que lhe são assegurados, conforme já foi demonstrado, dão-lhe caráter pessoal, haja vista ser ele o sujeito e não o objeto.

Não somente a esfera cível tutela os direitos do nascituro, como também o faz o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Reza o artigo 7º, da Lei nº 8.069/1990, que “A criança e o adolescente têm direito 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”. Esta redação reproduz o direito constitucional da inviolabilidade à vida para que a criança possa nascer e se desenvolver com saúde, o que é prerrogativa da sua fase de vida intrauterina. Para que isso se concretize, a lei estabelece a efetivação de políticas públicas e sociais e, inclusive, aduz ao princípio da dignidade da pessoa humana, descrito como o terceiro fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 3º, inciso III, da Carta Magna.

No artigo 8º do ECA são dadas garantias de atendimento pré-natal e perinatal à gestante, devendo ter, através das ações estatais, uma assistência médica especializada (§ 1º) e individualizada (§ 2º), apoio alimentar (§ 3º) e assistência psicológica (§ 4º). É o Poder Público o responsável por proporcionar todo esse apoio à gestante. Tudo isso para que se cumpra o princípio da máxima efetividade constitucional aplicado ao direito à inviolabilidade da vida, garantindo-se ao nascituro todos os cuidados necessários durante todo o tempo pré-

³⁶ GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso, op. cit., p. 24.

natal para que possa se desenvolver adequadamente e nascer de forma sadia. As garantias continuam no pós-natal, pois a criança e o adolescente são alvos da proteção plena dada pela lei em face de suas vulnerabilidades.

O artigo 10º do mencionado estatuto determina que “Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares,” tenham várias obrigações de registros das suas atividades pelo prazo de 18(dezoito) anos, através de prontuários individuais. Ou seja: desde fase pré-natal até que a criança atinja a maioridade civil os registros devem ser mantidos nas instituições de saúde que atenderam às gestantes. Dessa forma a lei preceitua amplamente todo amparo de proteção devido ao nascituro.

Os direitos do nascituro podem passar a uma nova fase no ordenamento jurídico brasileiro. Assim como existem estatutos para a criança e o adolescente, bem como para o idoso em face de suas condições de vulnerabilidade e especialidade, está em andamento no Congresso Nacional o PL nº 478/2007, denominado de Estatuto do Nascituro, de autoria dos deputados federais Luiz Bassuma (PT) e Miguel Martini (PHS). Em 2013 foi aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara Federal e já havia passado pela Comissão de Seguridade Social e Família (2010). Todavia, falta ainda ser analisado pela Comissão de Constituição e de Justiça e Cidadania. Em 31 de janeiro de 2015 foi arquivado, mas em 10 de fevereiro do corrente ano foi determinado o seu desarquivamento.³⁷

O projeto de Lei supracitado estabelece atenção especial ao nascituro e abrange definições constantes na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal, inclusive trazendo alterações nos crimes previstos nos artigos 124 a 127, com o agravamento das sanções, a transformação das penas de detenção em reclusão. Inclui a proposição da inserção dos crimes acima citados na lista dos que são definidos como hediondos. Contudo, mantém a mesma redação do artigo 2º do Código Civil sobre o início da personalidade, havendo aparente contradição com outro artigo posterior que afirma ter o nascituro os mesmos direitos da criança e do adolescente. Ora, se assim há de ser e de fato os direitos passarem a ser os mesmos, logo a personalidade deveria de pronto ser reconhecida e os crimes equiparados por uma questão de lógica jurídica. A redação penal também se torna obsoleta e contraditória ante o reconhecimento da igualdade de direitos, haja vista que, a despeito de agravar os crimes atuais, ainda não alcançam o mesmo nível de efetividade e aplicabilidade que é dado à criança na sua vida extrauterina.

Como garantias que vão além dos códigos supracitados, de grande alvitre no

³⁷<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>

reconhecimento dos direitos do nascituro foi a decisão do Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa, da 9ª Turma do TRT de Porto Alegre.³⁸ *In casu*, uma trabalhadora grávida foi demitida de seu emprego. Em contraste com a decisão monocrática da então Juíza da Comarca de Passo Fundo, o Desembargador entendeu que não deveria ser a trabalhadora demitida em face da proteção dos direitos do nascituro. Essa decisão consagra a ideia da proteção integral que deve ser dado ao nascituro em todas as áreas da vida humana, tanto nas atividades trabalhistas, quando na concessão de alimentos, como também na proteção à saúde da mãe e à do feto.

Na esfera penal, a proteção se dá buscando prevenir e punir os crimes contra a vida do nascituro. Não basta, pois, que haja políticas públicas estabelecidas em lei para o bem-estar e o cuidado à gestante e ao nascituro, mas é necessário haver sanção quando aos direitos de ambos, posto que se encontram vulneráveis e indefesos de modo especial ante a ameaça da violação das normas que os protegem.

2.3 A Tutela no Direito Internacional

Reza a Constituição Federal no tocante aos Tratados Internacionais:

Art. 5º.

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Da leitura desses dois artigos percebe-se, de imediato, que o rol dos princípios e garantia constitucionais previstos no artigo 5º da Carta Magna não tem caráter exaustivo, mas é apenas exemplificativo. Assim comenta Ricardo Cunha Chimenti et al:

A relação dos direitos, garantias e remédios é meramente exemplificativa; outros podem ser encontrados como decorrência do sistema constitucional. Não constitui, portanto, *numerusclausus*. Tal conclusão é extraída do § 2º do art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

³⁸ ACÓRDÃO 0182900-57.2009.5.04.0661 RO, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, DESEMBARGADOR CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA Órgão Julgador: 9ª Turma, Porto Alegre-RS.

decorrentes do regime dos princípios por ela adotados...»³⁹

Outros princípios e garantias podem ser acrescentados com peso de fundamental. Isto inclui os que são decorrente dos tratados internacionais conforme reza a segunda parte do artigo 2º, bem como o artigo 3º. O mesmo autor acima citado comenta:

Em regra, os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico com força de lei ordinária. Contudo, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem às Emendas Constitucionais(...).

Portanto os tratados internacionais veiculam certos princípios que podem servir como elemento de interpretação, para que, na análise das regras constitucionais escritas, possam ajudar a identificar os princípios implícitos.⁴⁰

Dada a importância do Direito Internacional Público e sua influência no Direito Público Interno, sobretudo no que tange aos tratados e convenções aos quais o Brasil anuiu, de grande valia é analisar, ainda que não de forma circumspecta, sobre o direito do nascituro na concepção do direito internacional. Os direitos e garantias fundamentais expostos na Carta Magna Brasileira refletem aqueles que constam na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgados pela Organização das Nações Unidas – ONU em 1948. A título do exemplo, seguem os três primeiros artigos:

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3

Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.⁴¹

Não é preciso grande esforço para perceber, em uma leitura simples comparativa da Constituição Federal Brasileira, que a influência dessa declaração universal foi decisiva para servir de parâmetro às normas constitucionais. E de pronto também se percebe a proteção

³⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha et all. Curso de direito constitucional. 7ed. S. Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

⁴⁰ Id., ibid, loc. cit.

⁴¹ <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>

dada ao direito à vida, que inclui necessariamente o nascituro.

Um dos pactos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, realizado em Nova York em 19 de dezembro de 1966. No Brasil foi inserido por via do Decreto de 592/1992, cujo Presidente da República era o Senhor Fernando Collor de Melo. Reza, no artigo 6.1, que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”⁴² Sendo, pois, um direito natural da pessoa humana, inerente ao seu ser, que deve ser protegido por lei, reconhece esse pacto o direito do nascituro, sopesando o que já consta no artigo 5º da Carta Magna Brasileira. Tal reconhecimento também é claramente expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme Maria Garcia, Juliane Caravieri e Zélia Cardoso menciona:

Nada obstante os documentos mencionados, um tratado internacional de direitos humanos merece ênfase neste capítulo, já que, expressamente, dispõe ser a concepção o momento inicial da proteção internacional. Trata-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, que no seu art. 4º, n. 1 prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (...)”⁴³.

Diante de tudo o que foi exposto, conforme interpreta a Convenção Americana dos Direitos Humanos supracitada, claramente é reconhecida, no Direito Internacional, a proteção ao nascituro desde a sua concepção. Nota-se, assim, a importância de ser votado pelo Congresso Nacional o Estatuto do Nascituro, apesar de necessitar fazer alguns ajustamentos para que não apenas esteja de acordo com o texto constitucional, como também possa de forma coerente refletir as lições do Direito Externo, de modo que conste no ordenamento jurídico a proteção a tais direitos, inclusive na esfera penal.

⁴² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm

⁴³ GARCIA, Maria; GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso. Op. cit., p. 31.

3 OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A TUTELA PENAL

3.1 A Tutela do Direito Penal

O direito à inviolabilidade da vida está formalmente garantido ao nascituro, tanto na Constituição Federal como no Direito Internacional. A legislação infraconstitucional de forma abrangente contém diversos direitos reconhecidos ao ser em formação durante o seu estágio de vida intrauterino. No entanto, para que as garantias constitucionais se tornem de fato eficientes é necessário que a lei estabeleça sanções quando houver violação dos direitos. Ao tratar do direito da vida, o maior bem jurídico, a legislação penal enfoca a sua proteção através de penas que têm caráter preventivo e reprovador, conforme o teor do artigo 59 do Código Penal. Ante o cometimento de um ilícito penal, há uma definição que o tipifica e uma sanção aplicável à medida do grau da infração.

As penas estabelecidas quanto aos crimes contra a vida estão no mais alto grau previsto no Diploma Penal Pátrio. Especialmente os crimes de homicídio previstos no artigo 121 do Código Penal, a menor sanção é pena de 6(seis) anos, em se tratando de homicídio simples. São submetidos à apreciação do Tribunal do Júri, com a decisão através de jurados leigos escolhidos dentre as pessoas comuns do povo. É no contexto do título dos crimes contra a vida que o infanticídio e o aborto estão inseridos. Conforme estabelece o referido códex, o primeiro é um crime de mão própria, no qual com exclusividade tem como agente ativo a genitora quando estiver no estado puerperal (artigo 123). Por sua vez, o sujeito passivo é o recém-nascido. Nesse caso específico, apesar do horror social e moral que causa o fato típico, o legislador optou por abrandar a pena, a qual varia de 2(dois) a 6(seis) anos de detenção, em face de estarem presentes fatores psicológicos emocionais muito fortes que alteram o estado de consciência e a conduta da parte ativa.

No que tange aos crimes especialmente cometidos contra o nascituro, o aborto pode ser praticado pela própria genitora, ou pode ser provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da mãe. Existem agravantes, conforme estabelece o artigo 127 do referido diploma penal, quando de sua ocorrência resultam lesões graves na genitora, ou quando culminam com a morte dela.

Resta considerar que a lei pune apenas o aborto provocado. O aborto natural não se enquadra no foco do Direito Penal. Além do mais, é necessário considerar que para os efeitos da aplicação da lei penal, é específico o tipo de aborto que a lei pune, como também são considerados fatores tais quais o início da vida e as situações excludentes.

Embora já tenha sido definido neste trabalho o início da vida como sendo a concepção, conforme prevê o artigo 2º do Código Civil, na esfera penal o tratamento segue caminho divergente. Isto ocorre por que a lei ampara o uso de mecanismos anticoncepcionais, tais quais o DIU e a pílula do dia seguinte, os quais na prática têm caráter abortivo, haja vista serem seus efeitos posteriores à concepção. Em sendo assim, no âmbito criminal se concebe a ideia do início da vida para fins puníveis apenas com a ocorrência da nidação, 14(catorze) dias após a fecundação. Assim leciona o ilustre penalista Rogério Greco:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal. Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem, justamente, a implantação do óvulo já fecundado.⁴⁴

Feita a distinção supra, com relação ao efeito da sanção penal quanto ao momento inicial de sua aplicação, também é importante destacar que o aborto só é possível de ser realizado em caso de concepção intrauterina. Isto porque pode haver concepção fora do útero, cuja retirada do óvulo fecundado não se enquadra nos tipos previstos no Código Penal. O autor acima mencionado discorre sobre essa possibilidade:

Suponhamos que o óvulo já fecundado não consiga chegar ao útero, mas se desenvolva fora dele. Temos aqui o que a medicina denomina de *gravidez ectópica* que, segunda a definição contida no *Manual Merck de Medicina*, seria a “gestação na qual a implantação ocorre em outro local que não o endométrio ou a cavidade endometrial; isto é, na cérvix, no tubo uterino, no ovário, nas cavidades abdominais ou pélvica.” (...)

Não é incomum ouvirmos falar na chamada *gravidez tubária*, em que o ovo se desenvolve nas trompas de Falópio. Nesse caso, realizando-se a retirada do óvulo já fecundado, estaríamos diante do delito de aborto? Não, uma vez que, juridicamente, somente nas hipóteses da gravidez intrauterina é que se pode configurar o delito em estudo.⁴⁵

Diante do exposto, observa-se que o aborto natural ou espontâneo não é punível, como também que a fecundação do óvulo fora do útero não caracteriza a sua retirada como aborto. Por outro lado, quando se trata de embrião gerado fora do útero, através de

⁴⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 238.

⁴⁵ GRECO, Rogério, op. cit., p. 239.

manipulação genética, a Lei de nº 11.105/2005 tratou especificamente de casos dessa natureza, estabelecendo penas de detenção e de reclusão conforme a gravidade do fato. No seu capítulo VIII, que trata sobre os crimes e as penas, a lei estabelece sanções para diversos delitos conforme segue:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

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

Conforme a lei supracitada, é punida a utilização de embrião com pena de detenção de um a três anos se estiver tal uso em desacordo com o seu artigo 5º, o qual no *caput* permite que “e células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento”, entretanto em conformidade com os incisos I e II, os quais devem ser “embriões inviáveis” ou “embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. A prática de engenharia genética, clonagem ou descarte, resulta em penas de reclusão, previstas nos artigos 25 a 27, com os agravantes do § 2º do último artigo para situações que resultem em dano à propriedade alheia, a outrem, ao meio ambiente e mesmo morte. Os artigos 28 e 29 estabelecem penas de reclusão quanto a vários atos relacionados às tecnologias genéticas e também à OGM – Organismos Geneticamente Modificados. Em sendo assim, o nascituro, mesmo oriundo via fertilização no procedimento *in vitro*, está sob a

tutela penal em lei especial, dada a evolução da sociedade, haja vista essa matéria não haver sido prevista nem vislumbrada à época da elaboração do Código Penal.

Na especificidade do Diploma Penal Pátrio, o objeto jurídico sob proteção nos crimes de aborto é vida do nascituro enquanto ser gerado no útero materno, conforme já demonstrado acima que o embrião *in vitro* recebe tutela especial prevista na Lei supracitada, a qual, no seu preâmbulo, apresenta o seu propósito nos seguintes termos:

Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

A matéria, pois, trata de vários temas pós-modernos ligados à vida e à biossegurança, pelo que inclui de modo específico o embrião humano e estabelece sanções para diversas violações. Malgrado o debate em torno da questão de haver descarte organismo humano ou de seu uso em fins científicos, a lei considerou as circunstâncias devidas para os usos respectivos, sem contudo deixar de tutelar o nascituro oriundo do procedimento científico *in vitro*. Garantiu, assim, sua proteção especial para casos que resultam da evolução social através dos tempos, atualizando uma lacuna até então existente no Código Penal, o qual, dada a época da sua elaboração, não conseguiu prever.

No que tange, pois ao nascituro, com relação aos crimes de aborto elencados nos capítulos descritos nos seus artigos 124 a 127 do Código Penal, ele é o sujeito passivo. Já o sujeito ativo pode ser a mãe (artigo 124) ou uma terceira pessoa (artigos 125 e 126), responsável por provocar o aborto com ou sem o consentimento da genitora. Em todos esses delitos tem de haver a ocorrência de dolo direto ou eventual, não sendo prevista punição para a culpa. Na lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

(...) **Elemento subjetivo.** É o dolo, direto ou eventual. Não existe aborto culposo como crime autônomo. Se alguém causa aborto por imprudência responde por lesão corporal culposa, pois, nesses casos, a existência de lesão na gestante é consequência natural do fato. A vítima, nessa hipótese, é a gestante. Por outro lado, se a própria gestante for imprudente e der causa ao aborto, o fato será atípico, pois não se pune a autolesão.⁴⁶

⁴⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal – Dos Crimes contra a Pessoa. Sinopses Jurídicas, vol. 8. 15ed. S. Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

Endossando tal entendimento, Greco exemplifica:

Não houve previsão da modalidade culposa para o delito de aborto. Assim, se a gestante, que conhecia a sua gravidez, resolve praticar um esporte radical, por exemplo, descendo um rio turbulento dentro de um caiaque, se em virtude da sua conduta imprudente vier a abortar, não poderá ser responsabilizada criminalmente, haja vista ter havido somente previsão para as modalidades dolosas do aborto. Da mesma forma, se um agente que se encontrava em uma fila de banco, ao ser chamado pelo painel eletrônico, dirige-se abruptamente ao caixa, esbarrando na barriga da gestante que se encontrava imediatamente atrás dele e, que em razão do impacto recebido, vem a abortar, somente responderá pelas lesões corporais culposas produzidas com a expulsão do feto.⁴⁷

Dados os exemplos supra, é importante considerar que a consumação do crime só se dá com a morte do nascituro, independente de sua saída do útero. Todavia deve ser determinado se o feto estava vivo no momento da ocorrência para que possa ser de fato caracterizado o aborto. D’outra forma, caso já estivesse morto o feto, o crime seria impossível e careceria de tipicidade.

Não se punem os atos preparatórios, mas a tentativa é possível. É preciso, para tanto, que o agente tenha dado início à execução e somente não o consuma em razão de circunstâncias outras, alheias à sua vontade. Novamente Greco fornece exemplos desta hipótese:

Na qualidade de crime material, podendo-se fracionar o *iter criminis*, é perfeitamente admissível a tentativa de aborto. Se o agente já tiver dado início aos atos de execução e, por circunstâncias alheias à sua vontade, a exemplo de ter sido surpreendido por policiais dentro da sala cirúrgica, não conseguir consumir a infração penal, deverá ser responsabilizado pelo aborto tentado, como também na hipótese daquele que, executando todas as manobras necessárias à expulsão do feto, este, mesmo tendo sido efetivamente expulso, consegue sobreviver.⁴⁸

Ressalte-se que, em face de os crimes de aborto estarem inseridos entre os crimes contra a vida, os seus praticantes são submetidos a júri popular.

3.1.1 O aborto e a responsabilidade materna

O artigo 124 do Código Penal reza: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.” A redação deste artigo claramente prevê duas situações puníveis quanto à responsabilidade da mãe do nascituro: a

⁴⁷ GRECO, Rogério, op. cit., p. 244.

⁴⁸ GRECO, Rogério, op. cit., p. 245.

primeira, quando o aborto é provocado por ela mesma. A segunda, quando ela permite que alguém o provoque. É o auto aborto e o consentimento para o aborto provocado por terceiro, circunstâncias nas quais é possível haver punição com pena de detenção de dois a seis anos para quem responsável for.

Este é um crime característico denominado de mão própria. A própria gestante dá causa, quer usando medicamentos que sabe ou acredita ter força abortiva, quer se valendo de instrumentos outros que o provoquem, mesmo com risco da própria vida. Há mulheres que tomam chás de ervas com objetivo de abortar. O dolo se faz presente haja vista a sua intenção.

É possível, entretanto, haver a tentativa e a intenção de realizar o aborto, mas este não chegar a se consumar em razão da inadequação dos meios. Neste caso inexistente a ocorrência do crime, que se classifica como impossível. A título de exemplo a gestante ingere determinada bebida, como um chá, pensando poder causar o aborto, mas não atinge o seu fim. Nessa circunstância nem mesmo a figura da tentativa de aborto é possível. Sobre tais possibilidades Victor Eduardo Rios Gonçalves afirma que “se o meio utilizado pelo agente não pode provocar o aborto, como no caso da ingestão de medicamentos que não têm o potencial de provocar a morte do feto, ou na realização de rezas ou simpatias para provocar o aborto. Nessas hipóteses também ocorre crime impossível, por absoluta ineficácia do meio.”⁴⁹

Além do atos comissivos, pode o aborto ser praticado por omissão. Exemplo disso se dá quando a gestante deseja a morte do feto e, sabendo da necessidade de tomar certos medicamentos conforme prescrição médica, se omite a fazê-lo. Há casos graves em que diariamente a gestante precisa tomar injeções, sob risco de perder o feto e, em certas situações, sua própria vida corre perigo. Estas são algumas das hipóteses para a ocorrência omissiva da responsabilidade materna.

Outra hipótese é a tentativa de homicídio por parte da gestante que, não se consumando, pode por consequência resultar no aborto. Há duas correntes opostas sobre tal fato. Uma afirma que não existe o crime de aborto culposo e que não é punível a autolesão, pelo que o fato é atípico. A outra, no entanto, considera haver dolo eventual, haja vista a gestante ter assumido o risco de provocá-lo quando decidiu suicidar-se. Neste diapasão, é importante considerar que a intenção da mulher suicida grávida tinha como foco não apenas dar fim à sua própria vida, mas também ao nascituro que estava abrigado no seu útero. Sua morte provocaria também a do inocente indefeso e em razão de não haver sido levado a efeito sua tentativa gerou consequência para aquele que é mais frágil, pelo que é possível então ser

⁴⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, op. cit., p. 57.

tal conduta tipificada criminalmente na sanções do artigo 124 do códex em tela.

Além do ato de provocar o aborto em si mesma a gestante pode incorrer nas mesmas sanções através do consentimento para que outrem o realize. Esta é a segunda figura do crime abordado no artigo supracitado. Tal permissão concedida pela genitora ocorre geralmente quando ela busca a assistência de um médico, de uma parteira ou de algum outro profissional de saúde, para que nela realize o procedimento abortivo. Esses profissionais ou quaisquer outras pessoas que executem tal atividade serão incurso nas sanções previstas do artigo 126 do Código Penal.

Pode acontecer, contudo, que apesar de toda a preparação pró-aborto este, por fatores outros, não venha a ocorrer, sequer iniciando-se o procedimento. Neste caso não há crime, pois o que houve foi meramente fase preparatória. Entretanto se a manobra abortiva começa e não se conclui por ocorrência de circunstância alheia à vontade das partes envolvidas, o crime então se caracteriza-se como tentado, mesmo no caso em que o feto não venha a perecer.

Ressalte-se que não é necessário que seja o feto expelido para que o aborto se concretize. A sua morte, ainda no ventre, desde que provocado, caracteriza o delito. A ocorrência espontânea e natural, conforme já foi abordado, não se define como crime.

Outrossim, para a gestante que incorre em uma das figuras tipificadas no artigo em foco é possível haver a proposição de suspensão condicional do processo. A sanção prevista para esse crime é pena de detenção de um a três anos. Permite, no estado de flagrância, o arbitramento de fiança pela autoridade policial para que possa responder ao processo em liberdade e, no curso o processo penal, a suspensão condicional com todos os benefícios inerentes ao cumprimento das respectivas condições ao final do período probatório.

O crime de aborto, em todas as suas modalidades, trata-se de um dos tipos penais de ação pública incondicionada. A autoridade policial age ao ter conhecimento de ofício e o Ministério Público ajuíza a ação incondicionalmente, tão-somente diante de sua convicção da ocorrência do delito e dos indícios e vestígios que diante de si tiver. É preciso haver materialidade pois há rastros nesse tipo de delito. Greco leciona:

O aborto é um crime que deixa vestígios. Nesse caso, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, *quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*

Contudo, também de acordo com o art. 167 do diploma processual penal, *não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova*

*testemunhal poderá suprir-lhe a falta.*⁵⁰

A genitora infratora é contemplada com certa complacência no atual diploma penal. As penas referentes às suas ações delitivas quanto ao aborto são mais leves que a de outros envolvidos apesar de se tratar de crime contra a vida. Isto se dá em razão do tratamento diferenciado conferido ordenamento jurídico brasileiro vigente em relação ao nascituro na fase pré-natal, haja vista apenas reconhecer o direito de personalidade para os nascidos vivos. Conforme abordado anteriormente, a despeito de vários direitos garantidos ao nascituro, ainda há considerável diferença no tratamento dado a ele antes do seu nascimento.

3.1.2 O aborto e a responsabilidade de terceiros

A lei penal prevê punição mais severa para terceiros que se envolvem no crime de aborto do que para a gestante em relação à sua execução. Quer com o consentimento da genitora, quer sem sua permissão, as sanções previstas nos artigos 125 e 126 do Código Penal se caracterizam por serem penas de reclusão, enquanto no artigo 124 é de detenção. Esta é uma particularidade do Diploma Penal Brasileiro, que contraria a teoria monista, pela qual os partícipes em um crime respondem de igual modo por ele.

Nos casos em que a participação de outras pessoas for de incentivo, aconselhamento pró-aborto e auxílio para a sua realização, como por exemplo com a doação de remédios ou instrumentos a fim de que a gestante realize, por conta própria, a manobra abortiva, responderão pela mesma infração que a genitora, ou seja, pelo delito previsto no artigo 124. Por outro lado, se a participação de terceiros é apenas o que prevê o artigo 20 da Lei das Contravenções Penais (Lei nº 3.688/1941), sobre o anúncio do processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto, a pena prevista é apenas de multa.

3.1.3 O aborto sem o consentimento da genitora

Reza o artigo 125 do Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos.” A terceira pessoa envolvida pode ser um profissional de saúde, um médico, uma enfermeira ou uma parteira, ou mesmo uma outra pessoa responsável diretamente pelo aborto sem a permissão da gestante. A pena é de

⁵⁰ GRECO, Rogério, op. cit., p. 247.

reclusão, considerada grave, pois varia de três a dez anos. Em havendo flagrância não pode ser arbitrada fiança pela autoridade policial.

Uma das probabilidades desse tipo de ocorrência pode ser que, diante de uma gestante maior de idade que não queira abortar, alguém maliciosamente poderá adicionar em sua comida ou bebida substância que provoque o aborto. Ou pode ser que, havendo consentido realizá-lo, o profissional de saúde responsável, quer seja médico, enfermeira ou parteira começa o processo, quando então a gestante se arrepende e não quer que continuem, todavia o terceiro a ignora e leva a efeito o processo abortivo. Neste derradeiro caso inicialmente o aborto seria com consentimento, previsto no artigo 126, mas então a situação muda e ocorre o enquadramento da conduta dos responsáveis nas sanções previstas no artigo 125 do Código Penal.

Há possibilidade também de que o terceiro envolvido pratique dolo eventual em face de não haver modalidade culposa nos crimes de aborto. Em uma situação de violência doméstica contra a mulher, fato corriqueiro nos tempos hodiernos cuja matéria é disciplinada pela Lei nº 11.340/2006, denominada de “Lei Maria da Penha”, o autor do fato realize agressões, quer físicas, quer verbais ou psicológicas, e conhecendo de antemão o estado de gravidez em que se encontra a vítima, esta, por consequência dos fatos, sofra o aborto. O agressor assumiu o risco de provocá-lo.

É oportuno enfatizar, no entanto, que as agressões direcionadas à gestante podem não ter o caráter de violência doméstica, pois podem ser perpetradas por homem ou mulher, quer seja do seu relacionamento próximo ou não. O objeto definidor no presente caso é ter o autor ou a autora do fato prévio conhecimento de que a vítima estava grávida e mesmo assim a atacou, sem se importar das consequências que poderiam advir sobre ela e o nascituro. Essa atitude irresponsável e criminosa, pode ter agravadas as sanções previstas no artigo 125, conforme preceitua o artigo 127 do mesmo códex que “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 sobre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

Duas são as situações agravantes. Na primeira, é prevista a ocorrência de lesão corporal de natureza grave em razão do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, aumentando-se a pena em um terço. Na segunda, havendo morte, a pena é duplicada. No caso em foco, somente o terceiro tem a majoração da pena, não sendo aplicável à gestante quando ela própria provoca a lesão em si com o fito de abortar, ou quando o consente, pois não é punível a autolesão.

Importante é frisar que as majorantes previstas no artigo em foco são imputadas ao terceiro de forma culposa por crime preterdoloso, cuja pretensão inicial seria apenas o aborto, entretanto a coisa fugiu do seu controle e resultou em lesão grave na gestante ou na morte desta. Todavia, se havia intenção de duplo resultado, causando a morte do nascituro e da mãe, ou a morte do primeiro e a lesão corporal grave na segunda, responderá pelo crime de aborto e pelo outro delito que tiver praticado. Sobre esse assunto o ilustre penalista Rogério Greco expõe a possibilidade de tais ocorrências no seguintes termos:

Os resultados apontados no art. 127 do Código Penal – *lesão corporal grave e morte* – somente podem ter sido produzidos culposamente tratando-se, na espécie, de crime preterdoloso, ou seja, o dolo do agente era o de produzir tão somente o aborto e, além da morte do feto, produz lesão corporal na gestante ou lhe causa a morte. Assim, as lesões corporais graves e a morte somente podem ser imputadas ao agente a título de culpa. Se ele queria, com o seu comportamento inicial, dirigido à realização do aborto, produzir na gestante lesão corporal grave ou mesmo a sua morte, responderá pelos dois delitos (aborto + lesão corporal grave ou aborto + homicídio) em concurso formal impróprio, posto que atua com desígnios autônomos, aplicando a regra do cúmulo material de penas.⁵¹

3.1.4 O aborto com o consentimento da genitora

O artigo 126 do Código Penal reza:

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 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Conforme já dito anteriormente, pela teoria monista a gestante deveria responder no mesmo grau que o terceiro na prática do aborto consentido. Entretanto aqui o Código Penal faz diferença, pois trata de forma desigual a genitora e o terceiro envolvidos no ato delitivo. A pena para a terceira pessoa responsável pelo aborto varia de um a quatro anos de reclusão, enquanto a gestante que deu o consentimento responde pelo artigo 124, que prevê pena de um a três anos de detenção. A lei favorece a genitora na prática abortiva, quer seja ela a provocadora, quer seja quem consente a sua realização.

O parágrafo único do artigo em tela agrava a pena, remetendo para a aplicação do artigo 125, quando a gestante for menor de 14 (catorze) anos, alienada ou débil mental, bem

⁵¹ GRECO, Rogério, op. cit., p. 246 e 247.

como na ocorrência de fraude, grave ameaça ou violência para a realização do aborto. Em se tratando de menor de 14 (catorze) anos, alienada ou débil mental, a gestante foi vítima de estupro de vulnerável, conforme previsão legal estabelecida no artigo 217-A do mesmo códex. Além do mais, tais pessoas não têm reconhecimento legal de capacidade para por si só decidir pelo aborto, pelo que os responsáveis pela condução do aborto deverão sofrer as sanções do artigo anterior. Outrossim, as mesmas pessoas terão supridas as necessidades caso haja consentimento dos seus responsáveis, ou seja, pais, tutores ou curadores. Neste caso, partindo-se do pressuposto que tais pessoas foram vítimas de estupro presumido, os agentes, autorizados por quem de direito, estão sob a proteção da excludente prevista no artigo 128, II, do Código Penal. Do contrário, respondem pelo artigo 126, não sendo aplicável à gestante a sanção do artigo 124 em razão de sua própria condição especial pessoal.

O consentimento forçado mediante fraude, ameaça ou violência também exclui a gestante das penas do artigo 124 e remete os terceiros envolvidos às sanções do artigo 125. A permissão da gestante precisa ser livre e espontânea, jamais sob pressão psicológica, engano ou agressão. Pode ocorrer que alguém que tenha interesse no abortamento ofereça à gestante alguma bebida ou comida e propositalmente tenha adicionado alguma substância abortiva. Outra hipótese é que o companheiro, agindo de modo irresponsável e com má intenção, não queira arcar com as consequências do fruto do seu relacionamento com a gestante, pelo que lhe faça ameaças severas com o propósito de que o aborto seja realizado, inclusive realize agressões físicas, verbais ou psicológicas para obter o resultado desejado. Todas essas hipóteses remetem ao artigo anterior e, em havendo gravidade no que tange às lesões sofridas pela genitora, ou morte, o terceiro responderá pelas sanções dos artigos 125 ou 126, conforme for o caso, e as majorantes do artigo 127.

No tocante a pessoas que se unem para manutenção de clínica clandestina ou estabelecimento destinado ao aborto, a partir de quatro pessoas haverá a ocorrência do crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal. A participação deles inclui as sanções dos crimes previstos nos artigos 125 ou 126 do mesmo Diploma Legal, cumulando-se com as penas previstas no do artigo 288.

Não é incomum a ocorrência de tais fatos no Brasil, pois somente no ano de 2013, segundo dados divulgados, teriam ocorrido aproximadamente 865 mil abortos clandestinos⁵². O Ministério da Saúde tem classificado o aborto clandestino como sendo a quinta causa que

⁵²http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/09/28/interna_nacional,573606/cerca-de-865-mil-mulheres-fizeram-abortos-ilegais-no-brasil-em-2013.shtml

mais mata as mulheres brasileiras⁵³. Tais fatos têm gerado diversas discussões sobre a descriminalização do aborto, assunto a ser abordado no tópico *os direitos do nascituro e a pós-modernidade*.

3.2 Permissão legal ao abortamento

O artigo 128 do Código Penal estabelece:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante.
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O artigo em epígrafe prevê as excludentes de punibilidade para dois casos específicos. O primeiro é chamado de aborto necessário, quando está em perigo a vida da mãe. E o segundo tipo leva em conta fatores psicológicos e emocionais, pois especificamente trata de casos em que tenha havido estupro.

Além dessas duas possibilidades específicas, o direito brasileiro também tem sido favorável ao aborto em caso de anencefalia, conforme jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Todas essas questões têm sido foco de debates jusfilosóficos e teológicos, pois não interessam apenas ao campo do direito, mas também à ética, à religião à toda a sociedade brasileira.

3.2.1 Aborto necessário: permitido ante a escolha entre a vida da mãe e a do feto

Aborto necessário ou terapêutico é aquele previsto no artigo 128, I, do Código Penal, que isenta de pena o médico quando está em risco a vida da genitora. É um caso que se alinha com a excludente do estado de necessidade, previsto no artigo 23, I, do mesmo código. O artigo 24 do mesmo diploma legal, por sua vez, define o que estado de necessidade: “**Art. 24.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Estando em perigo a vida da genitora, o médico, não tendo outra forma de salvá-la, fica isento de pena ao optar realizar o aborto. Dessa forma, além do amparo legal previsto

⁵³<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/02/11/aborto-legalizado-salvaria-vidas-dizem-defensores.htm>

no artigo 128, resta a aplicação dos artigos 23 e 24 do mesmo código, enquadrando-se tal previsão na hipótese do estado de necessidade, haja vista a prática do fato para salvar o direito alheio da vida da genitora. Grego comenta:

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário, isso porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. 128 do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal.⁵⁴

Há de se considerar aqui duas circunstâncias necessárias para essa excludente. Primeira, deve ser realizado por médico. Segunda, deve haver um perigo real de modo que outro meio não haja para salvar a vida da gestante. Observa Rios Gonçalves: “Não é necessário que haja risco atual para a gestante. Basta que os exames médicos indiquem que o prosseguimento da gravidez colocará em risco a vida da mulher, mesmo que o perigo seja futuro.”⁵⁵ Outrossim, a prática prevista nesse inciso por parte de uma enfermeira ou parteira só é abrangida pela excludente se houver de fato a comprovação do estado de necessidade, caso contrário haverá crime de aborto em uma das modalidades previstas nos artigos 125 e 126 do Código Penal.

Ante o amparo legal para a excludente referente ao médico, há a hipótese de haver este interpretado o perigo de forma equivocada. De fato, não havia risco, mas o médico assim o interpretou e perpetrou a prática abortiva. Nesse caso ocorre a circunstância prevista no artigo 20 do mesmo código, que trata de erro sobre elementos de tipo. O dolo é excluído, mas é permitida a punição por crime culposo. Como os crimes de estupro são de caráter doloso o médico então nada responde.

O caso em foco deve ser algo raro nos dias atuais em face dos avanços científicos, que envolvem a medicina. Do ponto de vista ético, tal posição poderia ser justificável apenas quando de fato seria impossível salvar as duas vidas e, no esforço por salvar uma, a outra perece. O artigo 128 no seu inciso I categoricamente afirma esta ideia, pois é dito que deve ser procedido quando não houver outro meio. Norman Geisler analisa essa questão eticamente:

Graças aos avanços da medicina moderna, tornou-se raro iniciar um procedimento

⁵⁴ GRECO, Rogério. op. cit., p. 250.

⁵⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Op. cit., p. 64.

drástico em que haverá a necessidade de abortar-se o nascituro para salvar a vida da mãe. Entretanto, quando isso se torna necessário (como no caso de uma gravidez tubária), é moralmente justificável tomar qualquer precaução médica para salvar a vida da mãe. Esse caso não pode ser caracterizado como um aborto, e isso por várias razões. Em primeiro lugar, a intenção não é matar o bebê; é salvar a vida da mãe. Isso se justifica pelo princípio do duplo efeito, que afirma que, se uma ação (salvar uma vida) leva a duas consequências, uma boa (salvar a vida da mãe) e uma má (levar à morte o feto), o ato é justificável se um deles determinar um resultado bom. Em segundo lugar, trata-se de uma questão de vida por vida, e não de um aborto sob demanda. De fato, não é um aborto em absoluto, pois não se trata de uma operação cuja finalidade é matar o embrião. Em terceiro lugar, quando a vida de uma pessoa está ameaçada, como é o caso da vida da mãe nessa situação, ela tem o direito de preservar a vida com base no direito de legítima defesa (...)⁵⁶

Pelo exposto, a cobertura da excludente que se coaduna para o estado de necessidade deve levar em conta o fato de não haver dolo nessa prática. Não se tem por objetivo provocar o aborto, mas salvar a vida da mãe quando outro meio não há senão o perecimento do feto. É uma questão tanto moral quanto jurídica, justificável pela lei e pela ética, exceto em se tratando do sistema ético absolutista, o qual de forma alguma aceita outra alternativa.

3.2.2 Aborto sentimental: permitido ante a ocorrência de estupro

O inciso II do artigo 128 do estatuto penal pátrio estabelece que o aborto também é permitido em caso de estupro. Todavia condiciona-o ao consentimento da gestante ou, caso esta seja incapaz, de quem possa representá-la. Este é o chamado aborto sentimental, humanitário ou ético e envolve questões morais mais complexas que o item anterior, pois aqui não está presente alguma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 do mesmo código. Também é questionável o argumento em razão da honra da ofendida, pois a vida tem maior valor que a honra. Sobre esta controversa questão, Greco se pronuncia:

(...) Pela redação do art. 24 do Código Penal, somente se pode alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ora, há uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por esse último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária, não poderíamos falar em estado de necessidade. Com relação à teoria diferenciadora, o tema fica mais evidente. Se o bem da vida é de valor superior ao bem honra, para que ela o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas, sim, no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto. (...)

Entendemos, com a devida *veniadas* posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexistência de

⁵⁶ GEISLER, Norman L. *Ética cristã: opções e questões contemporâneas*. Trad. Alexandros Meimaridis; Djair Dias Filho. 2ed. S. Paulo: Vida Nova, 2010, pp. 179-180.

conduta diversa, não podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será atípico e ilícito, mas deixará de ser culpável.⁵⁷

No caso em foco três condições são exigidas: primeira, que o aborto seja praticado por um médico; segunda, que tenha havido estupro; terceira, haja consentimento da gestante ou de quem possa representá-la. Acrescente-se que para que o médico realize o procedimento é preciso que, além das provas da ocorrência do estupro, haja um procedimento de justificação quanto à autorização para que seja ser realizado por ele, com a oitiva detalhada da gestante sobre o fato, na presença de dois outros profissionais de saúde, devendo realizar a prática abortiva apenas com o acordo unânime de todos, conforme estabelece a Portaria nº 1.145/2005 do Ministério da Saúde.⁵⁸

3.2.3 Aborto permitido ante a ocorrência de anencefalia

Antes de dar sequência ao presente assunto, se faz necessário observar o conceito da palavra anencefalia. O dicionário Aurélio traz a seguinte definição: “**Anencefalia**. “[de *na-* + *encéfalo* + *-ia*] **S. f.Ter.** Monstruosidade em que não há abóbada craniana e os hemisférios cerebrais, ou não existem ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio.”⁵⁹ Maria Garcia et all fornece o seguinte conceito:

A anencefalia é uma doença decorrente de um defeito no fechamento do tubo neural (DFTN), que ocorre entre o 26º e o 28º dias de vida embrionária. A anencefalia se caracteriza, ainda, pela ausência da calota craniana e hemisférios cerebrais rudimentares ou ausentes, vindo a responder por cerca de metade dos caso de DFTN. A incidência de anencefalia é de um em cada mil nascidos vivos, variando em razão da localização geográfica e da condição socioeconômica.⁶⁰

Não há no Brasil ainda uma lei específica para o caso de anencefalia. O Código Penal não abrange este tema. No entanto a jurisprudência brasileira se encarregou de fornecer diretrizes ao caso. Em decisão nos autos da ADPF Nº 54, de 17 de junho de 2004, em 12 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da interpretação que tinha a interrupção da gravidez, nesses casos, como crimes tipificados nos artigos 124, 126 e 128, I, II, do Código Penal. Para tal fato, a gestante

⁵⁷ GRECO, Rogério, op. cit., p. 252.

⁵⁸ Rio Gonçalves, ibidem, op. cit., p. 64.

⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, op. Cit., p. 136.

⁶⁰ GARCIA, Maria; GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso, op. cit., p. 127.

tem o direito de ser informada pelo médico sobre o diagnóstico e quais as consequências de interromper a gravidez ou de mantê-la e, no seu livre arbítrio, decidir o que fazer. Qualquer que seja a sua decisão terá o apoio do Estado, quer para a retirada do feto quer para a continuidade da gravidez até o fim, conforme Resolução nº 1989, datada de 10 de maio de 2012, pelo Conselho Federal de Medicina. Esse é um caso em que não há crime caso seja realizado o procedimento abortivo e não se enquadra em nenhum dos artigos que versam sobre a questão do aborto no Código Penal.

3.3 A insuficiência da tutela penal quanto aos direitos do nascituro

A tutela penal ante os direitos do nascituro caminha na direção do direito à inviolabilidade da vida, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. São sanções que visam prevenir o fato delituoso e reprová-lo quando ocorrer. Entretanto a forma como está posta no Código Penal se apresenta com ampla incompletude, deixando de abranger atos e fatos que prejudiquem a saúde do nascituro durante o período gestacional, apesar de a lei fornecer garantias de cuidados por parte do Estado e da sociedade. Outrossim, também trata o nascituro na questão do aborto com penas bem inferiores às sanções previstas nos casos de homicídio, colocando o feto em um patamar menor de garantias. Parte desses problemas possivelmente pode ter um avanço significativo com a possível aprovação futura do estatuto do nascituro, atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

3.3.1 A ausência de previsão penal em questões de saúde do nascituro

O nascituro é sujeito de direitos e para tanto a Lei de nº 11.804/2008 garantiu-lhe o dever do pai de manutenção de modo que a sua saúde seja preservada. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) trata, no seu capítulo I, do Direito à Vida e à Saúde não apenas da criança e do adolescente, mas também do nascituro, e estabelece deveres que envolvem o Poder Público e a iniciativa privada para que todos os cuidados necessários à gestante que visam o bem-estar tanto dela como do nascituro sejam prontamente fornecidos. Assim o nascituro encontra amparo na legislação vigente quanto ao seu direito à saúde em todo o tempo que estiver abrigado no útero de sua mãe.

Conquanto existem tais previsões legais, a legislação penal tem sido omissa no que tange a estabelecer sanções concernente à violação do direito à saúde e à integridade

física do feto. Tanto a genitora como terceiros podem, dolosa ou culposamente, adotar condutas que afetem a saúde do nascituro e a comprometam durante todos os estágios sucessivos da vida intra e extrauterina. Há milhões de mulheres no Brasil que ingerem bebidas alcoólicas durante a gravidez, fumam cigarros e consomem drogas, tais quais maconha, haxixe, cocaína, craque, heroína, LSD e outras, sendo que tal comportamento resulta muitas vezes em sérios danos ao ser em formação no seu útero. Muitas vezes comem e bebem irresponsavelmente e realizam atividades geradoras de risco quanto ao futuro do seu filho.

Não poucos casos há em que outras pessoas, às vezes o genitor da criança ou alguém que entra em atrito com a genitora, apresentam posturas que põem em risco o feto. Exemplo de casos assim são as agressões verbais ou físicas dirigidas à mãe grávida, que resultam em sequelas físicas ou psicológicas e se manifestam na vida da criança de forma permanente. Faz-se necessário disciplinar essa matéria no âmbito penal de modo a estabelecer sanções para os responsáveis.

3.3.2 A insuficiência das sanções nos crimes contra o nascituro

Posto que o Diploma Penal pune crimes de aborto, as sanções são muito inferiores ao crime de homicídio e não admitem a modalidade culposa presente naqueles. Está no mesmo título dos crimes contra a vida, porém é tratado de forma diferenciada. Tal postura no Direito Brasileiro segue um contrassenso, haja vista que a lei temoptado, geralmente, por garantir proteção especial ao mais fracos e, na esfera penal, normalmente estabelece agravantes para os delitos praticado contra os vulneráveis. Desse modo há um estatuto especial para a criança e o adolescente, bem como para o idoso, a fim de que essas faixas etárias recebam tutela específica em face das próprias condições dos seres humanos nesses estágios de vida. Entretanto o nascituro se encontra na fase humana de maior vulnerabilidade, razão pela qual seria de esperar receber tratamento e proteção especial.

Os crimes de aborto, portanto, se a sequência lógica aplicada nos outros estatutos legais supracitados fosse seguida, seriam tratados no nível do crime de homicídio com os agravantes previstos para os casos dos vulneráveis, portanto com qualificadoras, de modo a incidir na forma qualificada. Rogério Greco se manifesta sobre esse assunto do seguinte modo:

O problema do delito de aborto é que não percebemos a dor sofrida pelo óvulo, pelo embrião ou mesmo pelo feto. Como não presenciamos, não enxergamos, não ouvimos o seu sofrimento, aceitamos a morte dele com tranquilidade.

A vida, independentemente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando sua quantidade de tempo.⁶¹

Exsurge, portanto, por decorrência de equiparação no tratamento próprio do Diploma Penal e de todo o ordenamento jurídico, que deveria haver uma proteção maior. A lei penal, no entanto, na forma como atualmente rege a matéria, tem se apresentado insuficiente não apenas no que tange à lacuna com relação à total ausência de sanções que violem a saúde do nascituro, como também no que tange ao *quantum* das penas relacionadas ao aborto numa possível equivalência aos crimes contra a vida ou contra a pessoa. Haveria então de ser punível, por exemplo, as lesões corporais provocadas no feto em razão de atitudes delituosas contra a genitora que resultaram-lhe sequelas, inclusive, com a aplicação da modalidade culposa.

Na busca por mudar este quadro foi elaborado o estatuto do nascituro (PL n° 478/2007). Dentre os diversos direitos anunciados a parte criminal representa uma verdadeira revolução em relação ao Código Penal vigente. Caso venha a ser aprovado, ocorrerão as seguintes alterações: inclusão do crime culposos para quem causar morte ao nascituro; mudança na contravenção penal prevista no artigo 20 da Lei de Contravenções Penais, a qual passará a ser crime, com pena de um a dois anos de detenção; nova redação aos artigos 124 a 127 do Código Penal, transformando todas as penas de detenção em reclusão com o agravamento das sanções. Na forma em que está proposto, todavia, o estatuto certamente será aperfeiçoado em várias partes. Contudo representa um avanço quanto aos direitos do nascituro, a ponto de prever punição até para os danos à sua imagem e à sua moral. Entretanto, quanto ao reconhecimento da personalidade do nascituro, sua definição se assemelha à prevista no art. 2º do Código Civil como sendo a partir do nascimento, ao invés de seguir a corrente doutrinária que contempla a existência de personalidade formal antes do nascimento, tornando-se em material a partir do natal.

É sabido que o direito não nasceu pronto, mas ao longo dos milênios vem sendo aperfeiçoado ao passar por diversas fases conforme a evolução das sociedades complexas. Nos tempos pós-modernos boa parte do mundo vivencia os benefícios do Estado Democrático de Direito, sob a égide constitucional, com a valoração dos direitos humanos e a prevalência da dignidade da pessoa humana. Busca-se, de forma progressiva, reconhecer direitos e garantias que deem aos humanos e à sociedade estabilidade e melhores condições de vida,

⁶¹ GRECO, Rogério, op. cit., p. 237.

tanto nas esferas cívicas quanto penais, para que os dias presentes e os tempos vindouros possam cada vez mais serem melhores, de modo que as pessoas alcancem seu pleno desenvolvimento social, psicológico, cultural, físico, espiritual e moral. Tudo isso é possível com o exercício da cidadania e da justiça na valorização da vida, o maior dos bens jurídicos, para que esta possa alcançar levados graus axiológicos, tutelada em todas as fases com o máximo rigor, principalmente nos estágios mais vulneráveis.

4 OS DIREITOS DO NASCITURO E O FUTURO DA TUTELA PENAL

O processo evolutivo do Direito garantiu, especialmente a partir do século XX, a expansão dos direitos para incluir as pessoas que antes sofriam discriminação. Ainda no século XIX e no início do século XX, a mulher sequer tinha direito de votar. O ideal proclamado pela revolução francesa no século XVIII de liberdade, igualdade e fraternidade se desenvolvia lentamente pelo mundo e alcançou o Brasil, especialmente através de intelectuais que estudavam na Europa.

A partir do século XX houve uma aceleração na ampliação dos direitos humanos com alcance tão abrangente como nunca antes na história. Nova conquistas e novos ideais surgiram e se fixaram nos ordenamentos jurídicos de diversos países. O Brasil tem participado desse processo de forma positiva, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer quatro fundamentos norteadores no seu artigo 1º, dentre os quais destaca a dignidade da pessoa humana e, ao expor seus objetivos fundamentais, destaca dentre eles, no artigo 3º, o propósito de promover o bem-estar de todos, sem distinção de origem, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Além do mais, nos princípios fundamentais que regem suas relações internacionais, no artigo 4º, inclui a prevalência dos direitos humanos. E o artigo 5º, caput, começa por firmar o princípio da igualdade de todos perante a lei e a garantir a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Esses direitos fundamentais protegem tanto as pessoas indistintamente como os seus bens jurídicos de maior relevância, cruciais para o exercício do direito da dignidade humana. A proteção à vida dos cidadãos desde o seu surgimento até o seu termo final é um dos direitos invioláveis defendido, conforme já foi exposto, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, como também no Direito Internacional. Paralelamente, a mulher goza de uma proteção especial, tendo avançado na conquista dos seus direitos de modo que não mais está em posição inferior ao homem, mas em plena igualdade de direitos. Em face de apenas a mulher tem o privilégio e o dom exclusivo da maternidade, o debate entre os seus direitos e o do nascituro tem sido travado nos últimos anos de forma acirrada e, aparentemente, conforme muitos discursos, conflitantes entre si. Segue-se uma abordagem sobre estas questões.

4.1 Os direitos da mulher e os direitos do nascituro sob a perspectiva penal

Ao longo da história, as mulheres viveram, na maioria das civilizações, debaixo do jugo dos homens. No Brasil, até há bem pouco tempo, o Código Civil de 1916 restringia os seus direitos pondo-a submissa ao marido. Para poder trabalhar fora de casa ela precisaria do aval do marido, quadro este que mudou a partir do Estatuto da Mulher Casada, que não mais precisava de sua autorização, passando a exercer diversos direitos, inclusive o de receber herança e até pedir a guarda dos filhos em caso de separação.

O século XX culminou, no seu último quartel, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a qual igualou homens e mulheres em direitos e deveres. E o novo Código Civil de 2002 incorporou o processo evolutivo dos direitos civis, de modo que a mulher passou ao status de igualdade plena em todos os direitos com relação ao homens.

A despeito de todos os avanços, ainda no século XXI é perceptível haver discriminação com relação à mulher, inclusive alto índice de violência doméstica. Foi necessário criar um lei especial para combater esses atos abusivos, a denominada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), cuja execução coloca a mulher sob proteção estatal ante a selvageria de seu cônjuge ou companheiro.

Saliente-se, entretanto, que as mulheres têm alcançado espaços antes não imaginados. É comum mulheres ocupando os mais altos escalões dos cargos públicos, como atualmente há uma Presidenta da República, ministras do Supremo Tribunal Federal, governadoras de Estado, senadoras, deputadas federais etc. O nível educacional, inclusive, está maior para as mulheres na atualidade do que para os homens. Apesar dos avanços, ainda há disparidade entre os rendimentos auferidos pelos homens em relação às mulheres.⁶²

Muitos discursos parecem colocar os direitos da mulheres com exclusividade quanto ao seu corpo, de modo a poderem fazer o que quiserem com ele. Nesse diapasão, consideram de suma importância o direito ao aborto, pelo que muitos são os militantes em favor da sua legalização ou descriminalização. Alegam que cabe à mulher decidir se deseja ou não levar avante sua gravidez até o fim ou abortar quando quiser.

Por outro lado, há os defensores da vida do nascituro. Estes argumentam que a vida do feto é individual e plena e que o aborto é, de fato, um assassinato. Deveria ser tratado com mais rigor ao invés de ser banalizada, pois a descriminalização do aborto seria a implantação legal da pena de morte no Brasil, a qual é inadmissível segundo o texto constitucional.

⁶²<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2747>

O direito da mulher sobre o seu corpo e o seu livre arbítrio de decisão sobre a vida do feto são alguns argumentos utilizados pelos que defendem a legalização do aborto. Não está sendo considerado o direito fundamental à inviolabilidade da vida, que precede o direito de liberdade, igualdade, segurança e propriedade, conforme consta no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Portanto, colocando os direitos da mulher e os do nascituro em disputa ante a sua vida e a liberdade de escolha dela, claramente se percebe que a questão não gira em torno de ela poder ou não dispor como quiser do seu corpo, mas da responsabilidade que ela tem para com outra vida, autônoma, individual e temporariamente abrigada no seu útero.

A ciência atesta que a vida humana começa no momento da sua concepção. O feto, uma vez gerado, não é um amontoado de células, uma coisa qualquer, mas um ser humano em potencial, com todos os códigos genéticos prontos, definidos como um programa que orientará o desenvolvimento completo do nascituro não só em toda a sua vida intrauterina, mas também no pós-natal, em todas as fases de sua vida normal. A interrupção da gravidez por mera vontade da mãe é a legalização do assassinato, o que contraria a cláusula pétrea do direito à vida garantido na Carta Magna. Maria Garcia, Juliane Cavariere e Zélia Cardoso enfatizam:

Percebe-se claramente, portanto, que o problema vem sendo visualizado por um lado incorreto e distorcido, ou seja, propugnando-se a liberação do aborto quando, ao contrário, toda a problemática levantada pelo editorial continuará, e agravada. Pretende-se, afinal, a implantação da pena de morte no Brasil para os indefesos seres concebidos nas circunstâncias mais desfavoráveis, irresponsáveis ou descuidadas – que, isto sim, incentivadas, ademais, pelos meios de comunicação, permanecerão ativas na sociedade brasileira.⁶³

Conforme as autoras ora citadas descreveram, estaria sendo implantada a pena de morte no Brasil para os nascituros indefesos. Aqueles que mais precisam de proteção estariam à mercê das decisões das gestantes, dentre elas um grande número de mulheres que irresponsavelmente engravidam sem planejamento algum e encontram a solução com a morte do ser inocente que fora gerado. Cabe aqui ressaltar que seria importante haver um preceito legal que responsabilizasse, inclusive, o genitor do nascituro abortado ou em risco de aborto, pois muitas vezes a impensada atitude da mãe se dá em razão de o seu companheiro não querer assumir a paternidade da criança.

Paralelamente às questões envolvendo os direitos das mulheres e o aborto, deve ser levada em conta a necessidade de se promover a educação e a cultura, com melhor

⁶³ GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso, op. cit., p. 426.

assistência por parte das entidades estatais, a fim de que as gestantes recebam apoio pleno.

Ressalte-se que já existe intenso programa social no Brasil por parte do Estado para conceder ampla assistência às mulheres grávidas, inclusive com diversas leis que as privilegiam. A elas são garantidos lugares específicos nos veículos de transportes públicos, como assentos em ônibus, trens etc. São privilegiadas em filas nos diversos estabelecimentos públicos e privados, como bancos, comércios, escolas, hospitais etc. E há todo um acompanhamento médico durante todo o período pré-natal até os meses seguintes ao nascimento do bebê.

4.2 A proposta de legalização do aborto ante o Direito Penal

Uma questão que envolve a luta das mulheres no mundo na ampliação dos seus direitos está relacionada à legalização do aborto. O Deputado Federal Jean Wyllys protocolou o projeto 882/2015 que permitiria ser o aborto realizado pelo SUS ou pela rede privada até a 12^a semana de gestação, e justificou:

A interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como um instrumento de controle de natalidade, mas um direito da mulher a decidir sobre seu corpo. E sua legalização deve ser encarada como uma decisão política de acabar com a morte de milhares de mulheres pobres que recorrem a cada ano ao aborto clandestino pela omissão do Estado.⁶⁴

Esse argumento de que a mulher tem o direito de decidir sobre o seu próprio corpo é recorrente entre os defensores do aborto. Seguindo o mesmo raciocínio, afirma a professora Silvia Pimentel:

Constatando em meu país a dramática realidade de milhares de mulheres, que, por não poderem se valer da Saúde Pública, provocam interrupção de gravidez que não podem ou não querem assumir, das maneiras mais precárias e com sérios prejuízos para a sua saúde, quando não a própria morte, eu me indago: tem o Estado brasileiro o direito de considerar criminosa a mulher que não se julga em condições de pôr um filho no mundo? E respondo: Não! Esta é uma intervenção arbitrária, descabida. Um desrespeito a um direito fundamental da mulher: dar ou não dar a vida.⁶⁵

Por outro lado, o governo brasileiro muito se tem empenhado para aprovar leis que descriminalizem ou legalizem o aborto. Para tanto tem fornecido estatísticas duvidosas à população brasileira e até mesmo diante da ONU. No ano de 2012, a ONU questionou o

⁶⁴<http://oglobo.globo.com/sociedade/jean-wyllys-protocola-projeto-de-regulamentacao-do-aborto-15687763>

⁶⁵http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000300005

Brasil sobre a mortandade de 200 (duzentas) mil mulheres por ano em consequência de abortos inseguros. Outrossim, a então ministra da saúde corroborou tais informações alegando que o aborto estava entre as cinco principais causas que mais resultavam em mortes de mulheres neste país.

Os dados alarmados do governo não resistem ao escrutínio das verídicas informações fornecidas pelo Data Sus. Em 2010, que era o último ano de dados contabilizados até o momento daquelas notícias, ocorreram 66.323 (sessenta e seis mil e trezentas e vinte e três) mortes de mulheres incluindo todas as causas, um número total muito inferior ao número específico fornecido pelo governo. Fazendo-se uma seleção sobre os óbitos ocorridos devido a gravidez, parto e aborto, o número foi de 1.162 (um mil e cento e sessenta e dois). E, prosseguindo na especificidade, exclusivamente por aborto houve 83 (oitenta e três) registros de mortes.⁶⁶ Em 2011, esse número foi reduzido para 68 (sessenta e oito) óbitos clandestinos e um em aborto legal, e em 2012 para 56 (cinquenta e seis). Há, portanto, alguma discrepância entre os dados veiculados pelo governo e a realidade dos que são oficialmente registrados.

O jornal “O Globo” publicou uma informação de que houve um número de abortamentos em 2013 no total de 205.855 (duzentos e cinco mil e oitocentos e cinquenta e cinco), e que estimativas de professores da UERJ e da ONG Ações Afirmativas em Direito de Saúde elevam esses números entre 685.334 (seiscentos e oitenta e cinco mil e trezentos e trinta e quatro) e 856.668 (oitocentos e cinquenta e seis mil e seiscentos e sessenta e oito). Estima-se que atualmente há no Brasil 37 (trinta e sete) milhões de mulheres e que desse número cerca de 7.400.000 (sete milhões e quatrocentos mil) já fizeram aborto. Ao lado desses dados, seguem opiniões favoráveis à legalização do aborto:

Sem dúvidas, se esses procedimentos fossem feitos com responsabilidade, em lugares equipados com fiscalização, as complicações seriam menores. Eu não acredito que os números de abortos aumentaria se fosse legalizado, como defende quem é a favor da proibição. O número é absurdamente alto. É preciso se discutir e achar um molde, onde o aborto não seja feito indiscriminadamente. Mas as pessoas precisam parar de morrer. Nenhuma mulher gosta de fazer aborto. É um abalo muito forte psicológico e uma dor física enorme — relata Ferreira.⁶⁷

Na contramão desses dados, organizações contrárias à descriminalização do

⁶⁶<https://brasilsemaborto.wordpress.com/2012/02/19/os-incriveis-numeros-do-aborto-no-brasil/>

⁶⁷<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>

aborto apontam para a sublevação dos dados, conforme o governo brasileiro tem feito. Em palestra fornecida pela Dra. Isabela Mantovani⁶⁸, os dados das ONGs favoráveis ao aborto e do movimento feminista no mundo têm sido propositalmente manipulados. Ao invés dos mais de 800 (oitocentos) mil abortos por ano, no Brasil ocorrem, de fato, cerca de 100 (cem) mil. A referida especialista apontou que ao contrário do que pregam os abortistas, nos países onde o aborto foi legalizado o número de abortamentos aumentou grandemente. O Uruguai teve um aumento dez vezes superior; nos Estados Unidos, esse aumento foi de mais de 750%; a Espanha triplicou tais ocorrências em 10 anos.

Comparando os países que legalizaram o aborto com o Brasil, proporcionalmente o número de abortos daqueles é bem superior. Exemplo disso é a França, que tem dez vezes mais abortos que o Brasil; a Suécia, oito vezes; a Inglaterra e o Japão, quatro vezes mais. Além do mais, não existe relação alguma comprovada entre a legalização de aborto e a redução da mortalidade materna.

4.3 Perspectivas da tutela penal sobre os direitos do nascituro

O Direito Penal fornece tutela aos direitos do nascituro, sobretudo no que tange à vida intrauterina, à medida em que pune o crime de aborto nas três modalidades delituosas: por mão própria, quando cometido pela genitora; por terceiros com o consentimento dela e também por eles quando sem o seu consentimento. Os crimes de aborto estão inseridos no título dos crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a vida, de modo que os seus praticantes são submetidos a júri. Embora na mesma esfera de tratamento, o Diploma Penal Pátrio o coloca em posição inferior ao crime de homicídio, pelo que a vida intrauterina é considerada com menos valor que a vida pós uterina. Ou seja: o indivíduo, ainda que já dotado de todos os genes e códigos conducentes ao seu desenvolvimento por toda a vida pré-natal e pós-natal, é considerado menos importante e sua vida de menor valor quando na fase de desenvolvimento de maior fragilidade.

No que concerne ao seu futuro, o nascituro pode ficar sem essa tutela ou tê-la de forma mais forte. À força dos princípios constitucionais do direito à inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas na Carta Magna brasileira, parece que não seria possível haver retrocesso na garantia penal, pois essa tutela confere efetividade às normas principiadoras à medida que pune a violação a esses direitos. Entretanto há duas

⁶⁸<http://reacnaria.org/blog/reacablog/elaboracao-e-evolucao-das-estatisticas-de-aborto-no-mundo/>

possibilidades opostas que militam contra si, com projetos que tramitam no Congresso, representando os pensamentos e as vontades dos defensores do aborto, os quais se apresentam como defensores dos direitos da mulher, em contraste com os que são contrário à legalização ou descriminalização do aborto, que se arvoram como defensores do direito da vida como direito sagrado a todo ser humano.

O projeto pró-legalização do aborto, descrito no tópico anterior, representa o discurso de que a mulher tem direito ao seu próprio corpo e deve decidir se quer ou não continuar com uma gravidez indesejada. Alegam os seus protagonistas que labutam em prol dos direitos das mulheres, tão discriminadas ao longo dos séculos pelas diferentes sociedades humanas, marcadas pelo machismo e pela violência. Sob esse argumento, os direitos das mulheres se tornam ilimitados, podendo decidir pela vida e pela morte do nascituro, a ponto de torná-lo uma figura descartável conforme ocorria no período romano nos tempos históricos da idade antiga.

Por outro lado, o projeto do Estatuto do Nascituro busca condensar em um só legado os vários direitos dispersos pela legislação brasileira. Propõe-se pô-lo em patamar semelhantes a outros estatutos, como o da Criança e do Adolescente e o do Idoso, que asseguram tratamentos, garantias e cuidados especiais para os seres humanos em momentos de grande fragilidade na vida, quer na infância e adolescência, quer na fase geriátrica. Vislumbram seus defensores que, de fato, o nascituro encontra-se em um estágio de vulnerabilidade maior que todos os demais períodos da vida humana, razão por que se faz necessário dar-lhe atenção e proteção especiais. Eis então por que a proposta sagra vários direitos oriundos do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Penal e sobretudo da Constituição Federal. Além de firmar garantias, amplia as medidas punitivas para os crimes de aborto e institui outros.

É oportuno, entretanto, considerar que o embrião gerado *in vitro* também é alvo da proteção legal. O projeto do Estatuto do Nascituro também o alcança, embora a lei, na atualidade, já o ponha sob a tutela penal, todavia ainda não adentrou no Código Penal qualquer acréscimo a essa matéria. É interessante sua proteção porque se trata de vida humana gerada, a qual não deve ser manipulada a bel-prazer, pelo que a lei brasileira impõe limites aos laboratórios e a todos os que lidam diretamente com células-tronco e embriões.

Contudo, a despeito dos avanços, o futuro é incerto. Dependerá do triunfo das legislações pró-nascituro ou pró-aborto. A corrida que segue avante pelas Casas Legislativas passa pela perspectiva dos brasileiros, mas não se pode prever com plena certeza o que há de acontecer. Se, dentro da perspectiva dos fundamentos constitucionais, a legalização do aborto

não pode ocorrer por violar flagrantemente os princípios e garantias do direito à vida, sabe-se que todo o texto constitucional está sujeito a revisão e reinterpretação do Supremo Tribunal Federal. Um projeto que *a priori* parece ser inconstitucional dependerá da perspectiva dos ministros intérpretes da Carta Magna, cuja hermenêutica se submete ao crivo da subjetividade, haja vista não haver um rigor pleno na interpretação. Oscila-se, pois, entre o campo da vida e o da morte, vez que o mundo pós-moderno tem estado sob a égide do Estado Democrático de Direito em defesa dos direitos humanos, mas não quanto ao direito pleno da vida. Cerca de 97(noventa e sete) países no mundo, com aproximadamente 66%(sessenta e seis por cento) da população mundial, têm leis permissivas ao aborto⁶⁹. Diversos desses países são democráticos, regidos por uma Constituição e integram os pactos internacionais em defesa dos direitos humanos. Logo, qual rumo o Brasil há de tomar ainda é incerto para fazer alguma previsão.

⁶⁹<http://aborto.aaldeia.net/estatisticas-aborto-mundo/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo do presente trabalho foi possível verificar as considerações sobre o direito à vida por parte do nascituro. Considerado como parte do corpo da mãe pelos romanos, por muito tempo estiveram totalmente desprotegidos, pois ficavam à mercê dos seus interesses. Muitas vezes o aborto era provocado tão somente por questões estéticas e o pai só costumava intervir quando havia interesses patrimoniais envolvidos. Em Roma, um homem não gerava um filho, mas o pegava, suspendendo-o diante dos olhos de outros, de modo que entendiam as pessoas haver ele reconhecido a filiação da criança. Quando não, muitas vezes a criança era levada a um lugar isolado e deixada ao relento para morrer. Diversas outras civilizações tratavam o nascituro e o recém-nascido com o mesmo desdém.

O Cristianismo foi responsável por mudar a configuração dos direitos do nascituro. Com sua forte valorização na vida, ao longo dos últimos dois milênios a igreja cristã elaborou conceitos e tem acompanhado a evolução das descobertas científicas, bem como proporcionou a ampliação da proteção aos seres humanos desde sua mais remota origem no ventre materno. O sagrado valor da vida passou a ser um foco de interesse cada vez maior na perspectiva filosófica, sobretudo na Bioética, a qual na atualidade influencia diversas áreas do saber, das atividades e da vida social, levando o homem a uma relação mais responsável e sensata com relação à vida humana e a outras espécies de vida, de modo a gerar em perspectiva crescente o respeito pela natureza em sua inteireza.

Visto isso, vislumbrou-se como os Direitos Humanos passaram a ser foco no mundo. O capítulo segundo contemplou a análise do maior de todos os direitos do homem, a vida, sob a égide do Direito Constitucional, da Legislação Infraconstitucional e do Direito Internacional. Os insights extraídos da legislação brasileira e internacional voltam a atenção jurídica para a importância da vida e de sua tutela plena, abrangendo o nascituro de modo a fornecer-lhe diversas garantias, tais quais os direitos à filiação, à proteção, aos alimentos gravídicos, à proteção do trabalho da mãe enquanto grávida, à plena assistência à gestante pelo Estado e por diversos órgãos, quer públicos quer particulares, como também o reconhecimento do direito à sucessão, dentre outros. O direito à vida é cláusula pétrea, pois que serve de base para todos os demais. Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana uma norma norteadora para todos os demais direitos, ela é precedida pela inviolabilidade à vida, pois sem esta não existe pessoa para ter dignidade.

Feito isso, passou-se à verificar quais os efeitos da tutela penal sobre os direitos do nascituro. A vida, para ser protegida, não basta apenas de cuidados: é preciso que haja normas inibidoras da sua violação, as quais tragam sanções à quem infringir à lei, de modo a reprovar a conduta antijurídica e prevenir que outras ações de modo semelhante aconteçam. É nesse diapasão que o Código Penal trata os crimes de infanticídio e de aborto e os coloca entre os crimes contra a vida, a serem julgados perante o Tribunal do Júri Popular. Quer a prática seja feita apenas pela genitora, quer por terceiros com ou sem o consentimento dela, o delito do aborto é punível com penas de detenção para a primeira e de reclusão para os derradeiros. Prevê-se, contudo, duas exceções quanto ao aborto necessário e ao sentimental. Uma terceira é acrescentada não pelo Código, mas pela jurisprudência, através de decisão do Supremo Tribunal Federal concernente à autorização para casos de anencefalia.

Ainda foi mencionado o embrião gerado fora do ventre, *in vitro*, no que tange à violabilidade de sua vida. A Lei nº 11.105/2005 tratou sobre crimes dessa natureza estabelecendo penas detenção ou reclusão, conforme o fato. Assunto um tanto controvertido, todavia de grande importância, dada a questão bioética envolvida e as consequências ante a responsabilidade daqueles que lidam com pesquisas dessa natureza sobre o que fazer com tais embriões.

Verificou-se, também, nesse capítulo, que a lei penal é insuficiente, haja vista não prever sanções que visam proteger a saúde do feto, pois o futuro dele, tanto na vida intrauterina como após o nascimento pode ser gravemente comprometido ante a irresponsabilidade da genitora ou de terceiros. Outrossim a própria penalidade estabelecida para os crimes contra o nascituro se apresenta de forma muito branda e por demais inferior aos demais crimes contra a vida. Isto porque não é considerado o feto como pessoa, apesar de vislumbres na doutrina da sua personalidade formal. Ao contrário, a vida do nascituro é dada como de importância bem inferior, quando este já é um ser humano em potencial com todo o patrimônio genético definido para toda a sua vida. A fase mais frágil da vida é a menos protegida pela lei, o que parece ser um contrassenso ante todas as garantias legais e jurídicas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

No que tange ao futuro da tutela penal observou-se duas tendências antagônicas, entre os defensores da vida e os advogados da morte. Os primeiros torcem pela continuidade e aprovação do projeto do Estatuto do Nascituro, que amplia a tutela legal, inclusive penal, a despeito de algumas discrepâncias a alguns direitos, como é o caso da personalidade. Esse projeto é passível de modificação, e o reconhecimento do nascituro como pessoa desde a sua concepção representaria uma evolução no direito à vida, trazendo conseqüentemente uma

nova avaliação a certos métodos anticoncepcionais, tais quais o DIU, que tem caráter abortivo, e a pílula do dia seguinte, que estaria matando o ser já gerado. Entretanto, o Estatuto representa um avanço nas garantias pró-nascituro ante tudo o que já consta na legislação brasileira.

Por outro lado, os militantes pró-aborto alegam defenderem os direitos das mulheres e estarem zelosos para que muitas delas, que procuram clínicas clandestinas para a prática abortiva, possam ter acesso à assistência adequada de forma legalizada, deixando de se expor ao perigo de morte. Propagam a ocorrência exagerada de cerca de um milhão de abortos e duzentas mil mortes de mulheres devido a tais práticas. Também defendem a ideia de que elas devem ter o direito sobre seus próprios corpos e de decidirem se querem ou não continuam com uma gravidez acidental e indesejada. Para tal fim foi protocolado na Câmara Federal mais um projeto para a legalização do aborto.

Ficou demonstrado que as estatísticas divulgadas pelo Governo Brasileiro e pela mídia não correspondem à verdade e não se fundam em dados reais. Solta-se ao ar sem haver fundamento ou solidez quanto às informações, as quais são bem conhecidas do governo, todavia este propositalmente as distorce junto com os militantes da morte em favor da causa abortiva. Os exageros são protagonizados diante de uma sociedade ainda conservadora, na qual mais de 70% (setenta por cento) dos brasileiros são declaradamente contrários ao aborto.

Resta, por fim, salientar que a proteção à vida do nascituro jamais contradiz com os direitos das mulheres. Segundo a máxima kantiana, de agir eticamente de modo que o comportamento humano possa ter caráter universal, o aborto, se fosse ético, automaticamente exterminaria a raça humana. Sua prática eliminaria o ser humano do planeta terra, o que é, por si só, abominável, pois é um crime contra a humanidade.⁷⁰

⁷⁰http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=416204&filename=PL+7443/2006

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bíblia do Obreiro Aprovado:** sínteses, artigos, liturgia, concordância, dicionário, Harpa Cristã. Versão Almeida Revista e Corrigida, 4ed. 2009, SBB. Rio de Janeiro: CPAD, 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 8ed. S. Paulo: Atlas, 2010.
- BOSCHILIA, Cleusa. **Minimanual compacto de biologia: teoria e prática.** 2ed. S. Paulo: Rideel, 2003.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional.** 7ed. S. Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. S. Paulo: Martins Fontes, 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** Coord.: Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 4ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.
- GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso. **Biodireito Constitucional - questões atuais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GEISLER, Norman L. **Ética Cristã: Opções e questões contemporâneas.** Trad. AlexandrosMeimaridis; Djair Dias Filho. 2ed. S. Paulo: Vida Nova, 2010.
- GHEDIN, Evandro. **A Filosofia e o Filosofar.** S. Paulo: Uniletras, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil – parte geral (Coleção Sinopses Jurídicas).** 20ed. S. Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal – Dos Crimes contra a Pessoa.** Sinopses Jurídicas, vol. 8. 15ed. S. Paulo: Saraiva, 2012
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 11ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.
- GRENZ, Stanley J. **A busca da moral (fundamentos da ética cristã).** Trad. Almino Pisetta. S. Paulo: Vida, 2006.
- _____; SMITH, Jay T. **Dicionário de Ética.** Trad. Alípio Correia de França Neto, Glasfira Antas, Sandra Mara França. S. Paulo: Vida, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12ed. S. Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINO JÚNIOR, Raul. **Bioética global: princípios para uma moral mundial e universal e de uma medicina mais humana.** S. Paulo: Hagnos, 2009, p. 97.
- MARTINS, Alexandre Andrade. **Bioética, saúde e vulnerabilidade: em defesa da dignidade dos vulneráveis.** S. Paulo: Paulus, 2012.
- MORELAND, J. P.; CARIG, William Lane. **Filosofia e Cosmovisão Cristã.** Trad. Emerson Justino; HanderHeim; Lena Aranha; Rogério Portella; Sueli da Silva Saraiva. S. Paulo: Vida

Nova, 2005.

O Livro da Filosofia. Trad. Douglas Kim. S. Paulo: Globo, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais.** 13ed. S. Paulo: Saraiva, 2013 (Coleção Sinopses Jurídicas, vol. 17).