

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**  
**Faculdade de Direito**

**Marianna Santos Rangel Brandão**

**O DIREITO DE LIVRE DETERMINAÇÃO DA MULHER E A PROIBIÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO  
JURÍDICO**

Juiz de Fora  
2014

**Marianna Santos Rangel Brandão**

**O DIREITO DE LIVRE DETERMINAÇÃO DA MULHER E A PROIBIÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO  
JURÍDICO**

Trabalho apresentando como monografia de conclusão do curso, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

Juiz de Fora  
2014

Marianna Santos Rangel Brandão

**O DIREITO DE LIVRE DETERMINAÇÃO DA MULHER E A PROIBIÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO  
JURÍDICO**

Trabalho apresentando como monografia de conclusão do curso, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

Aprovado em 03 de julho 2014.

---

PROFESSOR DOUTOR LUIZ ANTÔNIO BARROSO RODRIGUES  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

---

PROFESSOR DOUTOR CLEVERSON RAYMUNDO SBARZI GUEDES  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

---

PROFESSOR MESTRE CRISTIANO ÁLVARES VALLADARES DO LAGO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Juiz de Fora  
2014

Ao meu filho *Bernardo Henrique*,  
porque todas as vezes em que eu  
quis desistir, foi pensando nele que  
consegui forças para continuar.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sempre classificada entre as melhores do país nas avaliações de ensino superior, da qual muito me orgulho e posso dizer que tive a honra de cursar. Agradeço aos docentes que me lecionaram alguma disciplina ao longo do curso, por terem comigo compartilhado um pouco de seus vastos saberes jurídicos. Dentre eles, agradeço especialmente ao meu orientador, o Professor Doutor Luiz Antônio, que me deu aulas de Direito Penal III, por quem tenho um apreço imenso. Agradeço em especial, também, ao Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes, que também me lecionou duas disciplinas, a meu ver, importantíssimas, pessoa pela qual nutro imensa admiração, não só por seu trabalho como professor, mas, também, por sua brilhante atuação junto ao Ministério Público de Minas Gerais. Agradeço ao Edmundo, funcionário da coordenação, que em todos esses meus anos de faculdade esteve sempre solícito e me auxiliou na resolução de diversas questões acadêmicas. Não poderia deixar de agradecer aos meus tios Cláudia Mônica e Rubens, bem como aos amigos Matheus Henrique, Thalita, Kassio e Leôncio, e às colegas de trabalho, Patrícia e Mônica, pessoas que participaram intensamente do processo de elaboração deste trabalho de conclusão de curso, me ajudando com o empréstimo de materiais bibliográficos, bem como tendo a paciência de, por mais de uma vez, lerem e fazerem apontamentos de enorme valia. Por fim, agradeço a Deus, pois, é ele que torna tudo possível.

*“Melhor caminho é a descriminalização, deixando, assim, a questão ao alvedrio da consciência de cada um, sabido, além do mais, que, em muitos casos, a interrupção da gravidez tem inteira justificativa.”*  
(José Afonso da Silva)

## RESUMO

Este trabalho se propõe a demonstrar a colisão principiológica vislumbrada ao analisar o binômio liberdade da mulher e a proibição da interrupção voluntária da gravidez. Para resolver tal impasse há que se abandonar e superar a visão positivista da norma, no intuito de se adentrar em um terreno novo, dando aos princípios a devida força normativa. Adotando-se a ótica pós-positivista torna possível esclarecer que a criminalização do aborto, da forma como está posta, mostra-se incompatível com os ditames constitucionais. Após discussão acerca das normas positivadas, dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, bem como da jurisprudência e da doutrina, conclui-se que a escolha de um marco científico para determinação do início da vida é a mais correta a se fazer, na defesa dos interesses femininos, frente a um Estado laico.

**Palavras-Chave:** Direito. Mulher. Aborto. Pós-positivismo. Vida. Dignidade. Determinação. Crença.

## **ABSTRACT**

This paper aims to demonstrate the collision of principles that occurs when analyzing the binomial women's freedom and prohibition of abortion. To resolve this impasse, we must abandon and overcome the positivist view of the rule, and enter a new ground, giving principles the proper normative force. Adopting the post-positivist perspective makes it possible to make clear that the criminalization of abortion, in the way it is presented, seems incompatible with the constitutional principles. After discussion of standards, the guiding principles of law, and the law case and doctrine, it is concluded that choosing a scientific framework for determining the beginning of life is the right thing to do, in defense of women's interests ahead of a secular state.

Right. Women. Abortion. Post-positivism. Lifetime. Dignity. Determination. Belief.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1- O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>12</b>
<b>2- BRASIL: UM ESTADO CONSTITUCIONALMENTE LAICO.....</b>	<b>15</b>
<b>3- A RELATIVIZAÇÃO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>21</b>
3.1- Possibilidade de pena de morte .....	22
3.2- Hipóteses permitidas de aborto .....	23
3.2.1- Aborto necessário .....	26
3.2.2- Aborto sentimental .....	27
3.2.3- Aborto eugênico .....	29
3.3- Pesquisa com células-tronco embrionárias humanas .....	32
<b>4- O ABORTO NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>34</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, conta com diversos dispositivos que preveem, dentre outros, direitos à liberdade e à igualdade. O protagonismo destes direitos na Carta Magna, bem como a preocupação com sua afirmação e garantia, revela-se consoante com a conjectura política e social contemporânea à sua elaboração, refletindo expectativas de consolidação da democracia e cidadania após um extenso período de exceção experimentado na ditadura militar. À época, edição de uma nova Carta Magna era iminente: com o fim dos governos ditatoriais, os povos clamavam para que seus direitos fundamentais, amplamente violados, fossem, de alguma forma, resguardados e garantidos.

Ocorre que, muito embora tenha sido editada essa nova Constituição, mais atual e baseada nos anseios da sociedade da época, a legislação infraconstitucional, em sua maioria, foi não foi reeditada, de maneira que passamos a ter vigorando leis que iam de encontro à nova ordem constitucional. Desta feita, haveria que se invocar os fenômenos da “recepção”<sup>1</sup> e “não recepção”. Assim, é possível notar muitas incongruências entre os ditames presentes na Carta Magna agora em vigor e os demais códigos e/ou leis. A temática abordada neste estudo é justamente uma dessas incompatibilidades, mais especificamente entre essa nova ordem constitucional e o Código Penal vigente, que data de 1940.

Apura-se que a sociedade de 1940 tinha anseios muito diversos da sociedade de 1988, além de conceitos morais e costumes muito diferentes. Dessa forma, mostra-se natural a existência de incompatibilidades entre o Código Penal e Constituição vigentes. Uma delas diz respeito ao direito de livre determinação da

---

<sup>1</sup> O reconhecimento da validade de leis anteriores à edição de uma nova Constituição é chamado de fenômeno da recepção. André Ramos Tavares, em seu livro de Direito Constitucional, preleciona: “O surgimento de novas Constituições faz iniciar, consoante a teoria constitucional, um novo ordenamento jurídico. O conjunto das normas pretéritas existentes no Estado é simplesmente superado para dar lugar a uma nova realidade normativa, a partir do documento supremo, que é a Constituição. [...] Contudo, a dificuldade prática em conceber e introduzir toda uma nova regulamentação das relações sociais ergue-se como obstáculo insuperável. [...] KELSEN reconhece e enfrenta essa dificuldade de ordem prática. Consoante sua doutrina, no momento em que a nova Constituição é colocada em vigor haveria, com ela, automaticamente, um processo de reconhecimento da legislação pretérita e, automaticamente, uma verificação de sua conformidade com a nova ordem que se estabelece. No caso de esta ocorrer, imediatamente, numa espécie de processo legislativo simplificado, a norma anteriormente editada passa a ter existência (e validade) perante a nova ordem jurídica. É o que comumente se designa como recepção das normas jurídicas pela nova Constituição.” (p. 197)

mulher. Isso porque, enquanto o artigo 5º, inciso I, da Carta Magna, determina que “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações”, os artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, vêm incriminar a interrupção voluntária da gravidez pela gestante e/ou com o seu consentimento.

É possível observar, então, que há uma discrepância de tratamento, uma vez que os indivíduos do sexo feminino têm seu direito de livre determinação limitado, ao serem impedidos, de forma irrestrita, de praticar o aborto por motivações pessoais. Limita-se a liberdade das mulheres, na medida em que, com tal proibição, retira-se das mesmas, por exemplo, os poderes de decisão sobre o próprio corpo e o de exercer livremente suas opções de consciência e crença, ambos direitos assegurados no ápice da pirâmide normativa brasileira.

A presente análise da temática foi feita a partir de uma visão jurídica pós-positivista, explicada no item 1, intitulado “O Pós-Positivismo Jurídico”. Esta pesquisa pautou-se na análise de obras e, conseqüentemente, de teorias de autores renomados na ciência do direito, como Cezar Roberto Bitencourt e Rogério Greco, especialistas em direito penal, José Afonso da Silva e Gilmar Mendes, doutrinadores de direito constitucional. Ademais, muito se pesquisou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na legislação positivada.

A permissão da interrupção da gravidez pela gestante, em um primeiro olhar, pode sugerir uma dissonância em relação à proteção, conferida pela Constituição Federal, à vida. No entanto, deve-se, inicialmente, analisar e pontuar, quando se dá o início da existência humana para o direito, ou seja, quando a mesma se torna digna de proteção pelo ordenamento jurídico. Tendo em vista que há diversos critérios de determinação do início da vida (moral, religioso, médico, filosófico, etc.), deve-se fazer uma análise teleológica<sup>2</sup> dos ditames constitucionais, a fim de que a escolha desse marco seja feita de forma correta. O item 2, chamado “Brasil: Um Estado Constitucionalmente Laico” dá conta desta abordagem.

Além disso, há que se notar, também, que a proteção à vida não é absoluta, comportando exceções na própria codificação vigente, a exemplo da pena de morte que é permitida em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da

---

<sup>2</sup> O método teleológico de interpretação visa compreender a norma na “plenitude de seus fins sociais”, ou seja, busca entender qual objetivo se buscou verdadeiramente alcançar. Tais fins seriam, nas palavras de Miguel Reale: “sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor”. (REALE, 2007, p. 290)

Constituição Federal) e do aborto feito por médico, legalizado em caso de risco para a gestante e de gravidez resultante de estupro (artigo 128 do Código Penal). Algumas dessas hipóteses estão analisadas a fundo no item 3: “A Relativização da Vida no Direito Brasileiro”.

Observa-se, ainda, que a problemática do aborto, além de uma questão jurídica, apresenta um viés social e de saúde pública. Em consequência disso, recaem constantemente sobre o Estado diversos problemas decorrentes de interrupções gestacionais realizadas na clandestinidade, bem como de gestações indesejadas levadas a termo. Devido a isso, no item 4 (“O Aborto no Anteprojeto do Novo Código Penal) analisa-se que o Projeto de Lei nº 236 de 2012, que vem propor um novo Código Penal, sugere, dentre outras coisas, a inserção de novas hipóteses de realização do aborto; tal ampliação, apesar de singela, torna evidente uma necessidade de mudança intrínseca a situação jurídica e social do país.

Dessa forma, esse trabalho de conclusão de curso analisa a necessidade de descriminalização do aborto em decorrência das mudanças na sociedade que, agora, se submete ao Código Penal datado de 1940, e em função dos direitos garantidos aos indivíduos pela Constituição Federal de 1988. Ademais, faz-se uma análise dos ditames constitucionais envolvidos nessa problemática e dos dispositivos já existentes de relativização da vida, além de relatar e dissertar sobre quais serão as prováveis mudanças legislativas em relação à temática abordada.

## 1- O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Trata-se de teoria que, na visão de Dworkin, defende que o direito depende da moral, tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no momento de sua aplicabilidade. Nesse diapasão, os princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o bem-estar social ou a isonomia, influenciariam a aplicação das leis e demais normas concretas.

O Pós-positivismo Jurídico vem propor, portanto, solução para o legado deixado pelo Positivismo Jurídico, que não resolveu o problema da determinação do Direito no caso concreto, haja vista não ser dotado o legislador da sabedoria suprema capaz de abarcar as infinitas vicissitudes da realidade concreta.

Assim, é possível citar, como referência contundente de tal marco teórico, a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios, fazendo cair por terra o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete. Isso porque não há como fugir de um caráter ideológico.

O Direito se expressa por meio de normas. Norma jurídica é, portanto, gênero que comporta duas espécies: regras e princípios. As regras disciplinam dada situação; ocorrendo tal situação, dizemos que a norma tem incidência; não ocorrendo, dizemos que ela não tem incidência. É que as regras se submetem à lógica do "tudo ou nada" (Dworkin). Havendo colisão entre elas, fala-se em conflito, de modo que apenas uma será aplicável, afastando a incidência da outra. O conflito entre as regras há que ser resolvido pelos clássicos mecanismos de solução de antinomias: lei especial derroga lei geral, lei posterior derroga lei anterior, e assim por diante. Os princípios, por sua vez, são considerados verdades fundantes de um ordenamento jurídico, na medida em que são suas diretrizes gerais. Não se fala em conflito de princípios, mas em colisão. Isso porque, sendo seu espectro de incidência muito mais amplo que o das regras, quando colidem os princípios não se excluem, mas convivem no caso concreto. Isso é possível porque se usa a ponderação dos valores, permitindo a aplicação simultânea de princípios que, *a priori*, se repelem. É por tal razão que os princípios são chamados de "mandados de

otimização" (Alexy<sup>3</sup>), haja vista que devem ser aplicados na maior possibilidade possível.

O que vai diferenciar, portanto, regras e princípios é que aquelas tratam de concretude, enquanto estes, ao revés, norteiam múltiplas situações, apresentando-se como fundamento de outras normas jurídicas. Além disso, os princípios acabam por servir de norte interpretativo para toda a ordem jurídica, tendo, ainda, função supletiva ou integradora, na medida em que auxiliam no preenchimento de eventuais lacunas.

Não há como não reconhecer a força normativa dos princípios. Não há como desprezar a realidade fática.

O pós-positivismo não busca negar a importância do Direito Positivo, mas torná-lo mais flexível, ao adotar, além da racionalidade, princípios, tais como, a razoabilidade e a proporcionalidade, submetidos à uma ponderação de valores (...). Para os pós-positivistas há a aceitação da normatividade dos princípios como instrumento capaz de resolver conflitos concretos, ou seja, a utilização dos princípios, sejam eles explícitos no ordenamento constitucional, ou apenas existentes como razões de ordem ético-moral. E, ainda, há a tentativa de ponderação de interesses legítimos que, ao serem tratados de forma equânime, respeitando as diferenças e particularidades de cada caso concreto, estariam em maior sintonia com um Estado Democrático de Direito comumente encontrado nas sociedades contemporâneas.<sup>4</sup>

Os princípios constitucionais são normas que baseiam e sustentam toda a lógica do sistema jurídico constitucional, representando valores supremos e fundamentais do ordenamento jurídico de uma dada comunidade jurídica.

O estudo das formas que solucionam os conflitos entre princípios ganha especial relevância, em especial se considerarmos a força normativa dos princípios constitucionais. Sendo assim, ao se analisar tal empreitada a partir de uma moderna teoria da argumentação jurídica, estar-se-ia diante de uma rediscussão e redefinição da hermenêutica constitucional clássica, que se vale da lógica formal positivista. Adentra-se num terreno novo, pautado, agora, por uma nova hermenêutica constitucional, que vai ser vivificada por um raciocínio tópico e pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

---

<sup>3</sup> (apud TOLEDO, 2003, p. 63/64)

<sup>4</sup> (SAENGER, 2010, p.1)

É assim que se pretende fazer uma leitura da proibição da interrupção voluntária da gravidez constante no Código Penal em seus artigos 124 e 126. Enquanto tal vedação visa garantir que o direito à vida seja preservado, proibir o aborto, de forma incondicional, pode inviabilizar o direito de livre determinação da mulher.

## 2- BRASIL: UM ESTADO CONSTITUCIONALMENTE LAICO

Tem-se que o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, democrático que é, pauta-se, entre outras coisas, na liberdade. Dentre as liberdades protegidas de forma expressa encontram-se a de consciência e crença. Tal proteção pode ser encontrada no artigo 5º, inciso VI, da Carta Magna, que discrimina que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Deve-se ressaltar que há diferença entre direito de livre consciência e de crença. O primeiro diz respeito a uma “visão de mundo”, um conglomerado de idéias sobre diversas questões; ter direito a uma livre consciência é poder formular suas próprias concepções morais e agir segundo elas. A esse respeito tem-se que:

A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e idéias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade –, propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas.<sup>5</sup>

Fica claro que a liberdade de crença encontra-se abarcada na de consciência, tendo em vista que, para formulação dos critérios morais, o indivíduo levará em consideração, também, suas concepções religiosas. No entanto, por uma vontade do constituinte originário, optou-se por delimitar tal questão de forma expressa, a fim de não deixar dúvidas sobre esse tema de grande relevo (e circundado por enormes polêmicas) que é a religião.

Seguindo mais adiante na leitura dos ditames constitucionais observa-se que é vedado aos entes estatais vincularem-se a qualquer tipo de religião ou culto, exceto nos casos de colaboração com o interesse público.

Assim sendo, ao se analisar em conjunto a proteção conferida pelo artigo 5º, inciso VI, e a vedação estabelecida pelo artigo 19, inciso I, ambos da Constituição Federal, pode-se inferir que o Estado brasileiro não professa qualquer religião, por

---

<sup>5</sup> (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 456)

isso, depreende-se daí a sua laicidade<sup>6</sup>. Tal opção, feita pelo legislador constitucional originário, só externaliza a vontade de fazer do Brasil um país que garanta e respeite as diferenças, inclusive as de cunho religioso/espiritual.

Aderir a um modelo de Estado laico não significa instigar o ateísmo, nem mesmo obrigar que os membros da sociedade submetida a uma Constituição nestes moldes não se vinculem a uma religião. Muito pelo contrário, tal opção legislativa, dentro de um Estado democrático de direito, vem assegurar que os indivíduos possam livremente eleger qualquer manifestação de ordem religiosa dentre as várias existentes, ou, até mesmo, optar por não professar qualquer fé, se assim acharem por bem, sem que sofram retaliações ou censuras.

Vale dizer, ainda, que, ao aderir à laicidade, o poder constituinte originário instituiu que a gerência estatal não se pautaria em nenhuma religião. Dessa maneira, suas normas, princípios, decisões e atos devem visar abarcar, na maior medida possível, as diversas crenças coexistentes no território nacional. Menos não poderia se esperar de um ordenamento que garante o direito de livre consciência e crença, isso porque de nada valeria dar a opção de livre escolha ao cidadão e, posteriormente, editar regulamentos e normas que venham a cercear e coibir a predileção feita pelo indivíduo.

Assim sendo, é possível observar que na Carta Magna, em seu artigo 5º, *caput*, encontra-se a proteção ao direito à vida, no entanto, não há na legislação (constitucional ou infraconstitucional) qualquer estipulação de quando se daria o marco inicial da existência humana, a partir do qual a mesma seria passível de proteção. Nesse ponto, vale citar José Afonso da Silva:

Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida *desde a concepção*, o que importava proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, responsabilidade da mulher, o que possibilitaria o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida.<sup>7</sup> (grifo nosso)

---

<sup>6</sup> Laico deriva do grego: “*laikós*”, que significa “do povo”. Diz-se laico àquele que não se sujeita a qualquer religião. (<http://www.significados.com.br/laico/>)

<sup>7</sup> (SILVA, 2012, p. 69)

Como bem salientado pelo renomado autor, a questão encontra-se diretamente atrelada ao “início da vida”.

Dessa maneira, ante tudo o que já foi percorrido até o presente momento, tem-se que para delimitar qual seria essa “vida” protegida pela Constituição Federal, não devem ser utilizados critérios religiosos ou filosóficos, tendo em vista as liberdades anteriormente analisadas e resguardadas expressamente em nossa constituição; isso no intuito de se satisfazer, na maior medida possível, o direito de crença (ou de não crer em nada). Assim, deve-se optar por um critério científico de determinação do início da vida humana.

A determinação do início da vida é assunto tão polêmico que até cientificamente existem vários critérios para escolha deste momento. Na tabela abaixo<sup>8</sup> constam alguns marcos utilizados pelos cientistas, bem como o período gestacional em que ocorre o fenômeno determinante. Pode-se notar que os critérios definidos são puramente biológicos e estão ligados ao desenvolvimento humano.

<b>Tempo Decorrido</b>	<b>Característica</b>	<b>Critério</b>
0 min	Fecundação – fusão de gametas	Celular
12 a 24 horas	Fecundação – fusão dos pró-núcleos	Genótipo estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genótipo funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciada das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Senciência

---

<sup>8</sup> (GOLDIM, 2007)

8 semanas	Registro de ondas encefalográficas	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobrevivida fora do útero	Viabilidade extra- uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto	Nascimento

Não há, dentre os critérios acima elencados, um que seja “mais correto” que o outro. Dessa forma, há que se buscar no ordenamento jurídico pátrio e nos princípios por ele resguardados e a ele aplicados, um parâmetro que permita a escolha de um desses momentos para o início da vida.

Assim sendo, ao realizar essa busca, podemos destacar que, atualmente, para o direito, o momento da cessão da vida (morte) é determinado por um critério científico, mais precisamente pela interrupção da atividade cerebral do ser humano. Nesse sentido:

O direito, todavia, não pode deixar de absorver a contribuição da ciência, ao procurar resposta atual à indagação: em que consiste a morte? Situava-se o momento da morte na cessação das grandes funções orgânicas: ausência de batimentos cardíacos, término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar. A ciência moderna, entretanto, chega a uma conclusão diferente. A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. E enuncia que a vida termina com a “morte cerebral”, ou *morte encefálica*. Chegam os cientistas a admitir que, ocorrendo esta, será lícita a remoção de órgãos para fins de transplante.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> (PEREIRA, 2011, p. 187)

Ademais, há de se destacar a posição médico-legal a respeito do tema:

Assim, passados os instantes de dúvidas e expectativa, cobra-se uma maior reflexão sobre um novo conceito de morte, quando as cirurgias de transplantes tornam-se uma realidade técnica e quando as condições atuais permitem prolongar por muito tempo uma vida através de meios artificiais. Por outro lado, não é justo que se tenham dois conceitos de morte: um, de caráter utilitarista e pragmático, para satisfazer os interesses da transplantação; outro, de caráter protocolar, para proveitos de ordem estatística e sanitária. É necessário, pois, que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte, de tal forma que tudo seja colocado em seu justo limite: no benefício da sociedade e no respeito incondicional da dignidade humana.

[...]

Atualmente, a tendência é dar-se privilégio à avaliação da atividade cerebral e ao estado de descerebração ultrapassada como indicativo de morte real.<sup>10</sup>

Tem-se que o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.480 de 1997, definiu os critérios a serem utilizados, bem como os exames a serem realizados, para determinação da morte cerebral. No seu artigo 4º dispõe que “os parâmetros clínicos a serem observados para constatação da morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-epinal e apneia”.

Dessa maneira, se a morte se dá pela interrupção da atividade cerebral, a vida deveria ser determinada pelo início desta. Ou seja, deveria ser utilizado o critério neocortical. Conforme se vê na tabela, com a determinação deste marco, a existência humana se iniciaria na 12ª semana de gestação, com a completa formação da estrutura cerebral.

É importante notar que da determinação do momento em que ocorre o fim da existência do indivíduo, também decorre várias consequências jurídicas. Uma delas, como relatado nos trechos acima transcritos, trata-se da possibilidade do transplante de órgãos. Muito embora haja diversas discussões e, com isso, críticas de cunho religioso e moral acerca da adoção do critério “morte cerebral”, o ordenamento, bem como a doutrina e a jurisprudência, abraçaram tal fundamento. No entanto, deixou-se a cargo do indivíduo<sup>11</sup> e de seus familiares as decisões decorrentes da

---

<sup>10</sup> (FRANÇA, 2001, p. 308)

<sup>11</sup> Em um primeiro olhar pode parecer incorreto ou, até mesmo, incongruente, bem como causar estranheza, dizer que fica a critério do indivíduo as providências a serem tomadas quando declarada sua morte cerebral. No entanto, isso é plenamente possível uma vez que o ser sobre o qual se deu a constatação de fim da atividade cerebral, pode ter, em vida, declarado, expressa ou tacitamente, sua vontade.

constatação do fim da atividade cerebral como, por exemplo, a autorização para a retirada de órgãos destinados a transplante ou o desligamento de máquinas de manutenção artificial da vida.

Pode-se concluir que, em relação à determinação da morte, optou-se por um marco científico e, dessa forma, se conseguiu, na maior medida possível, respeitar e garantir os direitos de liberdade de consciência e crença, bem como de livre determinação dos cidadãos. Isso porque, apesar da escolha deste critério, não se impôs aos indivíduos qualquer obrigação decorrente da declaração de cessação da atividade cerebral: quando constatada a “morte cerebral”, cada indivíduo e/ou sua família irá decidir como proceder de acordo com suas convicções pessoais.

Assim sendo, mostra-se prudente agir da mesma maneira ao se tratar da escolha do marco para determinação do início da vida. Opta-se por um critério científico e deixa-se que os indivíduos ajam conforme suas concepções morais, religiosas e filosóficas.

Até mesmo porque, a própria realidade jurídica prevê hipóteses onde a existência humana é colocada em situação de inferioridade, quando comparada a outro bem juridicamente tutelado, assunto sobre o qual se discorrerá mais detalhadamente no item a seguir.

### 3- A RELATIVIZAÇÃO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Constata-se que o direito brasileiro, além de não ter definido qual o marco delimitador do início da vida, sustenta em seu ordenamento jurídico e em sua jurisprudência hipóteses que vêm negar o caráter absoluto da vida. São previsões expressas de relativização desse bem jurídico: o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal, o artigo 128 do Código Penal, e o artigo 5º, *caput*, incisos I e II, da Lei 11.105/05. Há, ainda, o aborto eugênico<sup>12</sup>, outra possibilidade que, embora não codificada, mostra-se pacificada pela jurisprudência. É possível citar, também, a previsão do artigo 23, inciso II, do Código Penal, de exclusão da ilicitude pela legítima defesa, esta definida no artigo 25 do referido diploma legal, plenamente aplicável aos crimes de homicídio.

Nesses casos, ao sopesar a existência humana com outro bem juridicamente tutelado, e partindo de uma análise teleológica das construções legislativas, chegou-se à conclusão de que, nestas situações específicas, a vida não seria digna de proteção absoluta. Vale frisar que o termo “absoluta” foi utilizado porque, nas hipóteses citadas anteriormente não há uma obrigação de cessamento da vida. O que existe é a previsão de uma possibilidade.

Com tal cenário, o ordenamento vem demonstrar que a vida, como bem jurídico que é, pode ser alvo de uma valoração, de um sopesamento. Cumpre destacar mais: a existência humana pode não ser, após uma contraposição, o valor mais importante a ser tutelado.

Passar-se-á, nos subitens seguintes, à uma análise pormenorizada das situações acima elencadas. Vale dizer que não será analisada a legítima defesa em delitos de homicídio, visto que se trata de uma hipótese bastante restrita à hipótese do caso concreto.

---

<sup>12</sup> Não se utilizou tal terminologia com o intuito de realizar qualquer alusão ao sentido a ele empregado pelos governos nazistas. Considera-se aborto eugênico àquele em que se constata que o ser humano que está sendo gerado, ao ser separado do corpo materno, virá a falecer, por alguma razão médica.

### 3.1- Possibilidade de pena de morte

O primeiro caso de relativização pode ser encontrado codificado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”. Citado dispositivo, em sua primeira parte, veda a aplicação da pena de morte. Assim sendo, observa-se que, de início, o bem jurídico vida é protegido de maneira irrestrita, ao se proibir o emprego deste modelo de reprimenda.

No entanto, em um segundo momento, o referido artigo prevê uma exceção à regra: em casos de guerra declarada. O artigo 84, inciso XIX, do mesmo Códex, estabelece que ocorrerá guerra declarada em casos de agressão estrangeira, ou seja, caso ocorra uma investida por parte de outro organismo internacional que ponha em risco nossa soberania. Dessa maneira, pode-se dizer que se deflagra guerra quando a soberania nacional encontra-se ameaçada.

A justificativa da exceção está em superpor o valor da “Pátria em perigo” ao valor individual da pessoa responsável e sujeita ao compromisso de sua defesa. Assim sendo, a aplicação da pena de morte em tais casos deve ser devidamente ponderada, pois há uma faixa razoável para apenar o imputado com reclusão satisfatória.<sup>13</sup>

Observa-se, portanto, que os bens jurídicos aqui contrapostos são: soberania nacional (insculpida no artigo 1º, inciso I, da Carta Magna) e vida (artigo 5º, *caput*, do mesmo Códex). O poder constituinte originário entendeu que a existência humana, uma vez que comparada ao poder soberano nacional, seria menos relevante, por assim dizer.

Cumprido ressaltar, ainda, que o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, do ápice da pirâmide normativa brasileira, não preleciona que, quando o país estiver em guerra declarada, a pena de morte será aplicada obrigatoriamente. Ele apenas autoriza que a mesma seja utilizada nessas situações. Conforme bem salientado no trecho acima transcrito, o Magistrado, ao se decidir sobre a condenação à pena de morte ou não, deve se utilizar dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, norteadores de todo Estado Democrático de Direito.

Deve ser realizado um esclarecimento: mesmo em casos de guerra declarada, a aplicação da pena de morte não é cabível amplamente a todos os

---

<sup>13</sup> (SILVA, 2012, p. 152)

delitos. Ela é restrita a algumas condutas tipificadas no Código Penal Militar, às quais tal modalidade de pena já se encontra cominada no preceito secundário<sup>14</sup>.

### **3.2- Hipóteses permitidas de aborto**

O artigo 128 do Código Penal, positiva situações em que é excluída a ilicitude da prática abortiva ao estabelecer que “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”. Além dessas duas hipóteses, conforme já relatado anteriormente, a jurisprudência admite a interrupção de gestações cujos fetos, por razões de anomalias ou defeitos genéticos irreversíveis, não apresentam condições de sobrevivência após o parto. Antes de estudar tais casos individualmente é necessário tecer breves considerações sobre as figuras típicas dos artigos 124, 125 e 126, todos do Código Penal.

O citado artigo 124 pode ser dividido em duas partes: a primeira incrimina a interrupção voluntária da gravidez pela própria gestante, comumente denominado autoaborto, enquanto sua segunda parte tipifica a conduta da mulher que permite que interrompam seu processo gestacional, doutrinariamente chamado de aborto consentido. A diferença entre essas figuras jurídicas é que, no primeiro caso, as manobras abortivas são praticadas pela própria grávida, enquanto que, no segundo, os atos executórios são praticados por terceiro.

Em relação ao disposto do artigo 125 do Códex Penal, temos que tal dispositivo estabelece que constitui crime “provocar aborto sem o consentimento da gestante”. Dessa forma, estará enquadrado nesta conduta àquele que interromper a gestação sem que a mulher grávida autorize ou coadune com tal procedimento. Importante observar que responderá por este delito a pessoa, mesmo que autorizado pela mulher, quando esta contar com menos de 14 anos, for “alienada ou débil mental”<sup>15</sup>, ou o consentimento tenha sido obtido por meio ilícito, conforme

---

<sup>14</sup> Parte do dispositivo penal onde se encontram elencadas as penas a serem aplicadas.

<sup>15</sup> A autora do presente estudo não coaduna com tal terminologia, tendo em vista que a expressão mais adequada a ser utilizada é “deficiente mental”.

determina o artigo 126, parágrafo único, do Código Penal. Isso porque, nesses casos, considera-se o consentimento viciado, uma vez que tais pessoas são tidas como incapazes ou vulneráveis<sup>16</sup>, ou sua anuência foi obtida mediante conduta dolosa (fraude, grave ameaça ou violência).

Passando ao aborto consensual, criminalizado no art. 126 do Diploma Penal, irá se subsumir a esta hipótese àquele que praticar as manobras abortivas com o consentimento válido da gestante. Vê-se que aqui encontramos um caso de concurso necessário, uma vez que para incidência nesse tipo penal necessita-se da anuência da grávida. Com a concessão de tal autorização, a mulher estaria praticando a conduta prevista no artigo 124, segunda parte, do referido Códex, ou seja, o aborto consentido. Além disso, é uma das exceções à teoria monista<sup>17</sup>, adotada pelo Código Penal em seu artigo 29 (“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”). Isso porque os autores (a gestante e o terceiro) irão incidir em tipos penais diversos, inclusive com penalidades diferentes.

Essa exceção à teoria monística, no crime de *aborto consensual*, fundamenta-se no *desnível do grau de reprovabilidade* que a conduta da gestante que *consente* no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. Com efeito, a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior à conduta do terceiro que realiza as manobras abortivas consentidas. O *desvalor do consentimento* da gestante é menor que o *desvalor da ação abortiva* do terceiro que, concretamente, age, isto é, realiza a atividade de provocar o aborto.<sup>18</sup>

Cumprido esclarecer, ainda, o que ocorre em relação ao companheiro que concorda com o aborto. Quando o mesmo somente instiga, induz ou auxilia a grávida a praticar a interrupção da gestação, sem intervir no procedimento, irá responder pelo artigo 124, como partícipe. No entanto, se a conduz até o terceiro que praticará as manobras abortivas, contratar e arcar com os custos do “serviço”, irá se subsumir à norma inculpada no art. 126, conjuntamente com o terceiro.

---

<sup>16</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 167/168)

<sup>17</sup> Rogério Greco explica que “para a teoria monista, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. (p. 91)

<sup>18</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 168)

Observa-se que não há previsão legislativa para a possibilidade de aborto culposo. Dessa forma, entende-se que o tipo subjetivo<sup>19</sup> dos delitos analisados é o dolo, podendo este ser direto ou eventual. Quanto ao tipo objetivo<sup>20</sup>, tem-se que, para configuração das condutas descritas nos artigos 124 a 126 do Código Penal, é necessário que haja morte do produto da concepção, e que esta derive das manobras abortivas, não sendo necessária a expulsão. No entanto, há divergências doutrinárias em relação ao momento em que o falecimento do gameta configuraria interrupção criminosa da gestação.

Alguns autores, como Cezar Roberto Bitencourt e Hélio Gomes, defendem que o aborto ocorre a partir da concepção: “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto”<sup>21</sup>. Rogério Greco apresenta visão diversa:

[...] 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 (quatorze) dias após a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal.<sup>22</sup>

Da existência dessas duas visões decorre uma discussão acerca dos métodos contraceptivos que atuam de forma a impedir que o óvulo já fecundado seja implantado no útero, ou seja, agem impedindo a nidação. O dispositivo intra-uterino (DIU) e a “pílula do dia seguinte”, possuem tal característica, ambos não impedem a ovulação da mulher, nem mesmo a fecundação. De acordo o posicionamento, segundo qual ocorre aborto a partir da concepção, a utilização de tais modelos de contracepção caracterizaria o aborto. No entanto, já se encontra plenamente pacificado que não incide na conduta do artigo 124 do Codex Penal, a mulher que faz uso de tais métodos. Dessa forma, mostra-se mais condizente com a atual realidade jurídica e social a visão segundo a qual a interrupção gestacional é criminalizada apenas após a nidação.

---

<sup>19</sup> “O *tipo subjetivo* abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo.” (BITENCOURT, 2011, p. 313)

<sup>20</sup> “O *tipo objetivo* é composto por um núcleo, representado por um verbo (ação ou omissão), e por elementos secundários, tais como objeto da ação, resultado, nexos causal, autor etc.” (BITENCOURT, 2011, p. 311)

<sup>21</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 164)

<sup>22</sup>(GRECO, 2012, p. 300)

Diante da análise das tipificações das condutas, fica especificado que a problemática desenvolvida neste estudo gira em torno dos artigos 124 e 126. Isso porque o que se deseja não é obrigar as gestantes a realizarem o aborto, até mesmo porque agir de tal maneira iria completamente de encontro a defesa ora feita do direito de livre determinação da mulher. O que se almeja é que se resguarde a possibilidade daquelas que desejam fazê-lo e, por suas concepções, não se sintam impedidas moral ou religiosamente. Assim, passamos à análise das hipóteses já permitidas de aborto.

### **3.2.1- Aborto necessário**

O aborto terapêutico, ou necessário, está previsto no inciso I do art. 128 do Código Penal. Ocorre quando a interrupção da gestação é indispensável para salvar a vida da gestante. Dessa maneira, há algumas considerações a serem feitas, a primeira delas é que a grávida deve estar em situação de iminente perigo de morte. Vale ressaltar que risco e perigo não configuram a mesma situação jurídica: o primeiro demonstra uma possibilidade, enquanto que o segundo retrata uma hipótese concreta e efetiva de morte<sup>23</sup>.

O segundo ponto importante a ser aqui abordado é que, se voltarmos um pouco no Códex Penal, veremos que o artigo 24 descreve a excludente de ilicitude chamada de estado de necessidade, prevista no artigo 23, inciso I, e que se entende como sendo “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro meio evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Assim sendo, observa-se que tal hipótese de interrupção da gestação já teria sua ilicitude afastada pelas disposições da Parte Geral do Código Penal. No entanto, devido à sua importância e as enormes polêmicas que existem em relação ao aborto, o legislador optou por exprimir sua vontade de maneira clara, a fim de evitar qualquer desvio de finalidade ou interpretação.

---

<sup>23</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 199)

Do fato de estar configurado o estado de necessidade, decorre a terceira ponderação a ser feita. Como se trata de uma situação onde a morte da mulher é iminente, não é necessário o consentimento da mesma, ou de qualquer outra pessoa, para que se proceda a interrupção gestacional. Isso porque, em dadas circunstâncias fáticas, não haverá meios ou tempo hábil para se buscar uma autorização. É a única hipótese de aborto permitido que não precisa da anuência da gestante e/ou de seu representante legal.

Ambos os bens jurídicos aqui sopesados são a vida, de um lado a da mulher e, do outro, a do ser humano em formação. Por óbvio, e não poderia ser diferente, o legislador consagrou como mais importante a vida já existente e consolidada para o ordenamento. Isso porque esta mulher já se encontra inserida na realidade jurídica, sendo-lhe atribuída uma série de garantias, enquanto que o embrião/feto não é sequer ser considerado sujeito de direitos.

### **3.2.2- Aborto sentimental**

A interrupção da gestação por motivo sentimental, comumente chamada de aborto humanitário, segundo os atuais ditames penais, não é passível de punição. Tal estipulação encontra-se prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal. Ocorre essa modalidade abortiva quando o médico, autorizado pela gestante, interrompe a gravidez que resulta de um estupro. Vários apontamentos merecem ser feitos a respeito dessa questão.

Inicialmente deve-se destacar que os bens jurídicos contrapostos nesse caso são a vida em formação e a dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado brasileiro, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. O legislador optou, muito razoavelmente, por proteger a dignidade da mulher vítima de violência sexual. Tal decisão justifica-se na medida em que esse indivíduo do sexo feminino ao sofrer o estupro teve seu direito à liberdade sexual violado, e, com isso, sua dignidade brutalmente ofendida. Ademais, pode-se dizer, também, que teve suprimido, pelo próprio Estado, seu direito constitucionalmente garantido à segurança (artigo 5º, *caput*, da Carta Magna), uma vez que não se conseguiu, por meio do exercício

regular do poder de polícia, impedir a ocorrência do fato delituoso. Dessa forma, sentido algum faria obrigar esta mulher a gerar um ser oriundo de diversas ofensas aos seus direitos e que a faria lembrar de todo esse sofrimento.

Daí decorre a segunda consideração a ser tecida: o Códex Penal não estipula uma obrigatoriedade para as vítimas de estupro, ele prevê uma possibilidade. Isso porque o que se almeja, não punindo-se o aborto ético, é que a dignidade da mulher seja respeitada. Em nada coadunaria com esta ideia, obrigar àquelas que não desejam abortar, em decorrência de suas concepções, a fazê-lo.

Há, ainda, um ponto a ser discutido sobre o aborto sentimental. Sabe-se que a duração de instrução de um inquérito policial e, posteriormente, de um processo penal muitas vezes extrapola o tempo gestacional que é, em média, de 40 semanas, conforme se depreende da tabela inserida no item 2 deste trabalho. Assim sendo, não faria sentido exigir-se o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória para que se proceda a interrupção da gravidez, tendo em vista que isso poderia vir a inviabilizar o exercício deste direito pela mulher. Ademais, sabe-se que, conforme estipula o artigo 225, *caput*, do Código Penal, a ação penal é pública, no entanto, condicionada à representação, salvo se a vítima for menor de 18 anos, dessa maneira, em muitos casos não haverá nem mesmo processo.

Entende-se, portanto, que o médico, ao realizar a interrupção da gravidez, deve buscar saber sobre a veracidade da ocorrência da violação sexual, no intuito de se garantir. No entanto, é desnecessária qualquer autorização judicial. Nesse sentido:

A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em Direito admissíveis. É desnecessário *autorização judicial*, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual. Essa *restrição* não consta do dispositivo, e, conseqüentemente, sua ausência não configura o crime de aborto. o médico deve procurar certificar-se da autenticidade da afirmação da paciente, quer mediante a existência de inquérito policial, ocorrência policial ou processo judicial, quer por quaisquer outros meios ou diligências pessoais que possa e deva realizar para certificar-se da veracidade da ocorrência de estupro.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 173/174)

Para concluir o presente subitem e seguir para a análise da hipótese jurisprudencialmente aceita de relativização da vida, vale realizar a transcrição de um julgado que compila e confirma todas as ideias abordadas nesse subitem:

O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima de crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada.<sup>25</sup>

### **3.2.3- Aborto eugênico**

Trata-se da hipótese não codificada de exclusão da ilicitude pela prática abortiva. O aborto eugênico consiste na interrupção da gestação onde o feto, por algum defeito ou anomalia genética, após o parto, não conseguirá sobreviver. O grande exemplo, e o único sobre o qual a jurisprudência se pacificou, é o diagnóstico de anencefalia fetal.

Para análise do tema é importante fazer um panorama de como a situação veio sendo tratada juridicamente, até se chegar a uma pacificação jurisprudencial. É perceptível que a medicina existente em 1940 (ano em que entrou em vigor o Código Penal ainda vigente) não é a mesma que se apresenta para nós hoje. Dessa maneira, como naquela época não era possível, quando da gestação, realizar-se o diagnóstico de defeitos genéticos como a anencefalia, não havia nem como ocorrer uma discussão sobre a inclusão ou não de um dispositivo que previsse tal hipótese.

Houveram muitos avanços, e vão continuar ocorrendo, e é fato que a lei positiva não consegue acompanhar tais evoluções. Dessa forma, as mulheres que

---

<sup>25</sup> (apud GRECO, 2012, p. 303)

se viam envolvidas nesse tipo de situação, para realização de uma interrupção gestacional lícita, tinham como único meio a busca ao auxílio do judiciário. Ocorre que, como é sabido, o sistema é moroso e tal morosidade levava, em muitos casos, à ineficácia das decisões judiciais ou à perda do objeto da causa, uma vez que ocorria o fim da gestação pelo parto.

Foi então que, em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde entrou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>26</sup> nº 54, sob o fundamento de que, em relação a “antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos”, os artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, estariam lesionando as disposições constantes dos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Carta Magna. Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu, pacificando o entendimento, que o aborto de fetos anencéfalos não se subsumiria àqueles tipos penais. A decisão transitou em julgado em 06 de maio de 2013.

Várias consequências jurídicas decorrem do trânsito em julgado dessa decisão, que possui eficácia *erga omnes*<sup>27</sup> e efeito vinculante. A primeira delas é a extinção de inquéritos ou processos instaurados para apuração e julgamento de interrupções gestacionais de fetos anencefálicos. Além disso, devem ser extintas as penalidades que eventualmente tenham sido aplicadas às gestantes ou aos terceiros pelo abortamento nesses moldes. Ademais, têm-se agora que, ao se constatar a anencefalia, a antecipação do parto pode ser feita de ofício, sem consulta ao judiciário. É válido esclarecer, ainda, que tal decisão não obriga as mães de fetos anencéfalos a interromperem sua gestação, somente permite que o façam se assim acharem necessário.

Nota-se que no caso em apreço, os bens juridicamente tutelados que estão sendo contrapostos são, sobretudo, àquele previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, a dignidade da pessoa humana, e a vida em formação. Dessa maneira, assim como em relação ao aborto sentimental, prevaleceu a dignidade da mulher. Isso porque obriga-la a manter em seu ventre, por cerca de nove meses, um ser que não apresenta qualquer chance de

---

<sup>26</sup> Conhecida como ADPF, é uma das ações existentes de controle constitucional e está regulamentada na Lei 9.882/99. Seu processamento é feito originariamente junto ao Superior Tribunal de Justiça.

<sup>27</sup> Aplicável a todos, não somente as partes do processo.

sobrevivência, bem como a suportar todas as mudanças corporais (metabólicas, hormonais e de aparência) advindas dessa gravidez, seria expô-la a condições desumanas e degradantes.

Uma observação, de altíssima relevância, há de ser feita: muito se sustentou, e ainda se sustenta, que nessas hipóteses o feto não seria digno de proteção porque, além da ausência de chance de sobrevivida após sua desvinculação ao corpo materno, não poderia se falar em vida, uma vez que nele estaria ausente a capacidade de funcionamento cerebral. O uso desse argumento demonstra, mais uma vez, a utilização de um critério biológico de determinação da existência humana. Mostra-se mais, que tal critério, novamente, está ligado à atividade cerebral. Nesse sentido, vale transcrever os dizerem de Bitencourt:

O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que “a morte cerebral” põe termo à vida humana. Ora, se a “morte cerebral” significa a *morte*, ou se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? Portanto, a *interrupção de gravidez* em decorrência de *anencefalia* não satisfaz aqueles elementos, que destacamos anteriormente, de que “o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”, e que “a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas”. Com efeito, na hipótese da *anencefalia*, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre das manobras abortivas.<sup>28</sup> (grifo nosso)

Assim, finaliza-se a análise do aborto eugênico e passa-se a discorrer sobre a autorização dada pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) para realização de pesquisas com embriões humanos congelados, oriundos de fertilização *in vitro*, a qual também foi alvo de uma ação constitucional, como veremos a seguir.

---

<sup>28</sup> (BITENCOURT, 2012, p. 182)

### 3.3- Pesquisa com células-tronco embrionárias humanas

O artigo 5º, incisos I e II, da Lei 11.105/05, vem permitir que sejam realizadas pesquisas com embriões oriundos de fertilização *in vitro*. Preleciona que: “é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam 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 03 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. Com a promulgação da referida lei, surgiram diversas discussões e questionamentos acerca do assunto.

A indignação de alguns setores sociais culminou com a propositura, pelo Procurador Geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>29</sup> nº 3510, em maio de 2005, ao argumento de que tal dispositivo seria inconstitucional, na medida em que estaria violando o direito à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Depois de muito se debater, e com a formulação de um acórdão de 526 páginas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam, em uma votação por maioria<sup>30</sup>, pela constitucionalidade dos dispositivos.

A conclusão a que se chegou foi a de que o direito à saúde (artigos 6º, *caput*, e 196, ambos da Carta Magna) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, do referido diploma), entendidas neste caso por àquelas acometidas de graves doenças, até o momento, incuráveis, são objetos de maior proteção pelo ordenamento jurídico, quando sopesados com o direito à vida do embrião congelado. Têm-se que são esses os direitos contrapostos nessa hipótese, uma vez que, com a autorização dessas pesquisas com as células-tronco embrionárias, vislumbra-se a possibilidade do descobrimento de uma cura para essas pessoas. Nesse sentido é o voto do Ministro relator que ora se transcreve:

---

<sup>29</sup> Conhecida como ADI, é uma das ações existentes de controle constitucional e está prevista na regulamentada na Lei 9.868/99. Seu processamento é feito originariamente junto ao Superior Tribunal de Justiça.

<sup>30</sup> Diz-se daquela onde não ocorreu unanimidade entre os Ministros votantes.

“Era do conhecimento”, ajunta-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus.<sup>31</sup>

É preciso esclarecer, ademais, que o §1º, do artigo 5º, da Lei 11.105/05, estabelece que o uso de tais embriões está condicionado à autorização de seus donos/pais. Ou seja, mais uma vez, observa-se que o legislador deixa a cargo do particular e, portanto, de suas concepções morais e religiosas, a decisão de como proceder.

Dessa maneira, podemos observar que o poder legislativo, bem como o judiciário, vêm incorporando as alterações ocorridas na sociedade, tanto de cunho propriamente social, como medicinal, tecnológico. Nota-se tal fato através da análise de julgados, o que se fez acima, bem como pelo exame das novas leis e projetos de lei. O que se fará no item seguinte é justamente analisar o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.

---

<sup>31</sup> (Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, p. 207)

#### 4- O ABORTO NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, proposto pelo senador José Sarney, visa a instituição de um novo Código Penal, mais atual e concernente com a presente sociedade brasileira e seus anseios. Nele se encontram inseridas diversas mudanças, tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial, inclusive com a tentativa de reunião de toda temática material penal, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro conta com muitas leis extravagantes relativas a este assunto. No texto inicialmente proposto constam algumas alterações em relação a problemática do presente trabalho: a interrupção voluntária da gravidez.

A primeira mudança a ser relatada foi que as penas do autoaborto/aborto consentido e do aborto consensual foram igualladas e diminuídas. Ademais, aumentou-se a pena mínima para o atual artigo 125 do Código Penal, bem como o quantum de majoração previsto para as causas de aumento, dispostas no artigo 127 do atual Código Penal, além de restringir sua aplicação fazendo-as incidir somente ao aborto sem consentimento. As modificações elencadas demonstram uma tendência do legislador em respeitar o direito de livre determinação da mulher, na medida em que iguala e diminui as penas cominadas à interrupção gestacional feita por ela mesma ou com sua anuência, e aumenta a reprimenda de quem o faz sem sua permissão.

Quanto às hipóteses de exclusão da ilicitude, o projeto inicial versa que “Art. 128: Não há crime de aborto: I- se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo contatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. De início observa-se que a palavra “médico” foi suprida do *caput*, assim sendo, qualquer pessoa que praticasse a interrupção gestacional nas hipóteses ali previstas não seria punida.

Há de se notar, ainda, que nos incisos I e II foram incluídas as expressões “saúde” e “emprego não consentido de técnicas de reprodução assistida”, respectivamente, ampliando-se, dessa forma, os casos de incidência da excludente. Foram acrescentados, também, mais dois incisos, muito embora, somente um deles represente uma inovação. Isso porque a antecipação do parto de anencéfalos, como discutido em item anterior, já se encontra jurisprudencialmente pacificada, portanto, tal inclusão somente serve para positivar o que já vem sendo aplicado. O inciso IV, sim, seria uma verdadeira inovação para o direito brasileiro, em relação ao aborto. Isso porque permitiria a interrupção gestacional até os três meses de gravidez. No entanto, tal avanço não seria pleno, na medida em que se impõe uma condição para que a mulher exerça sua vontade, tendo em vista que se estipulou a necessidade de constatação da sua incapacidade de lidar com a situação de “ser mãe”.

Houve, também, a inclusão de um parágrafo único ao artigo 128, o qual preleciona que “nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”. Nota-se por este dispositivo que, conforme já ressaltado diversas vezes ao longo do texto, com essas alterações não se busca impor a prática abortiva à gestante. O que se quer é estabelecer possibilidades para que a grávida decida.

Tais foram as mudanças substanciais ocorridas em relação ao aborto. Ocorreram mudanças, também, na ordem dos dispositivos, bem como em sua numeração, no entanto, tais não carecem de análise, uma vez que não apresentam relevância.

Em 17 de dezembro de 2013, ocorreu uma deliberação onde aprovou-se um parecer, com acatamento de diversas emendas propostas em relação ao projeto de lei inicial. Com isso, alguns dos avanços que haviam sido previstos foram cortados: a pena cominada para o autoaborto/aborto consentido e para o aborto consensual, embora mantida equiparada, voltou a ser de um a três anos; o vernáculo “médico” retornou ao *caput* do artigo 128; e excluiu-se o inciso IV desse mesmo artigo.

Finaliza-se esse item e passa-se à conclusão do trabalho com uma transcrição que evidencia bastante a situação jurídica brasileira em relação ao aborto:

É impensável que, no Brasil, em horizonte visível, se possa chegar à descriminalização do aborto. O tema está impregnado, ainda, de intolerância religiosa e moral. E, todavia, dever-se-ia pensar no assunto muito séria e racionalmente. O Brasil rural, sem espaços públicos para discussão da autonomia e liberdades públicas, ambiente em que foi editado o código que vigorou em 1940, não existe mais. Deu lugar a um país urbano e favelizado, com imensas diferenças sociais, com enorme índice de exclusão, com absoluto desrespeito pelas minorias, mas com paradoxal consciência do coletivo, de espaços conquistados na direção da cidadania, dos direitos individuais e transindividuais e dos direitos humanos. O direito como legislação e como interpretação tem que recuperar o tempo perdido, eis que evoluiu menos que a sociedade.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> (apud BITENCOURT, 2012, p. 186)

## CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente trabalho de conclusão de curso, é possível notar que criminalizar a interrupção voluntária da gravidez de modo generalizado ofende ditames e princípios constitucionais<sup>33</sup>. Diz-se “de modo generalizado” porque, muito embora haja casos em que o aborto não é punido, conforme analisado no subitem 3.2, dentro de cada hipótese está presente uma justificativa para a interrupção da vida: risco de vida para a mulher, gravidez resultante de estupro, feto anencéfalo. E se a mulher não se encaixa em nenhuma dessas regras e, mesmo assim, não deseja ter aquele filho? Não lhe será permitido, de forma alguma, que por razões outras (de cunho moral, financeiro, afetivo), venha a optar por interromper a gravidez. Isso porque sob o argumento de que, permitir tal ato, seria ofender o direito à vida insculpido na Constituição Federal.

Ocorre que não há, como se viu, em qualquer ponto do ordenamento jurídico uma determinação de onde se iniciaria a vida. Portanto, observa-se que ao se afirmar que a existência do ser humano, passível de proteção pelo direito, ocorre junto com a fecundação, há um interesse religioso/moral embutido em tal pensamento. Isso porque, conforme discorrido no item 2, há diversos critérios científicos, que se utilizam de marcos do desenvolvimento humano, para determinação do início da vida.

Cumprе ressaltar que já se pacificou que o fim da vida ocorre com a “morte cerebral” e, não mais, com a cessação de todas as atividades vitais do ser humano. Demonstra-se contraditório dizer, em um momento, que haverá vida enquanto houver atividade cerebral, e, em outro, afirmar que há vida num mero encontro de gametas. Até mesmo porque, tal encontro de gametas pode vir a gerar um feto anencéfalo que é considerado inviável e, portanto, autoriza-se a interrupção de tal gestação. Essa inviabilidade se deve a uma significativa ausência de massa cerebral que torna impossível o exercício do funcionamento do cérebro do nascituro.

Jurisprudência e doutrina, ao interpretarem e aplicarem o ordenamento jurídico aos casos concretos demonstram ser a tão falada “atividade cerebral” um

---

<sup>33</sup> Cumprе esclarecer que o presente estudo não objetivou fazer qualquer apologia ao aborto, ou mesmo incentivar tal prática. O que se pretendeu foi realizar uma análise da pertinência da proibição à luz dos direitos constitucionalmente garantidos.

marco decisivo para a existência humana. Dessa forma, o mais correto a se fazer é utilizar tal critério para determinação, também, do início da vida passível de proteção jurídica.

Ao se determinar tal marco para o início da vida, a interrupção gestacional feita antes da ocorrência deste fenômeno fisiológico no feto seria lícita. Assim sendo, estar-se-ia respeitando os direitos constitucionalmente garantidos à mulher como o de livre consciência e crença e o de determinação sobre o próprio corpo, na maior medida possível, tendo em vista que a escolha passaria a ser feita somente por ela, de acordo com suas convicções pessoais.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral 1**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal Parte Especial 2: Dos Crimes Conta a Pessoa**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Anteprojeto Código Penal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acessado em: 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Brito, 25 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERREIRA, Verônica., Pela vida das mulheres. **Revista Inscrita**, Brasília, n. 10, p. 54-55, mai. 2009.

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. Disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>. Acessado em 13 de julho de 2014.

KEMP, Pedro; CHAVES, Francisca; FERREIRA, Verônica. **O Trabalho do/a Assistente Social e a Questão do Aborto**. In: 38º ENCONTRO NACIONAL CFESS-CRESS, 2009, Campo Grande. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2011, p.74-110.

LEOCÁDIO, Elcylene., O aborto é legal! Cumpra-se a lei. **Revista Inscrita**, Brasília, n. 10, p. 56-57, mai. 2009.

MATOS, Maurílio Castro de. **A Criminalização do Aborto em Questão**. Coimbra: Almedina, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Volume I**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2003.