



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

JOSÉ ROGÉRIO INÁCIO JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE
GESTAÇÃO:**

A preservação da vida humana

CARATINGA - MG

2019

JOSÉ ROGÉRIO INÁCIO JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE
GESTAÇÃO:**

A preservação da vida humana

Monografia apresentado ao curso de Direito da Rede de ensino Doctum como requisito parcial para aprovação em bacharel em direito, sob a orientação do Professor Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior.

CARATINGA

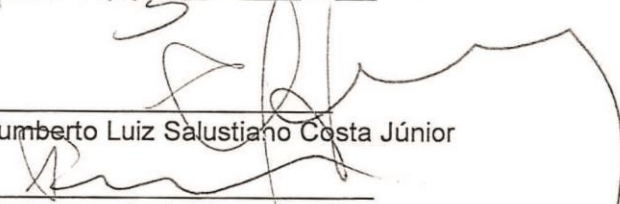
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

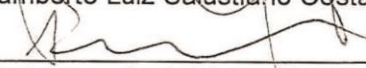
Trabalho de Conclusão de Curso A possibilidade do aborto até o terceiro mês de gestação: A preservação da vida humana, elaborado José Rogério Inácio Júnior foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 6 de dezembro 2019



Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior



Prof. Salatiel Ferreira Lúcio



Prof. Pedro Henrique Lúcio

Dedico a todos aqueles que foram importantes
nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial aos professores e orientadores que auxiliaram na construção desse trabalho monográfico e por todo conhecimento adquirido durante o curso.

RESUMO

O aborto até o terceiro mês de gestação é um assunto que tem sido muito discutido, principalmente no que se refere à descriminalização dessa conduta. A seguinte pesquisa traz conhecimento amplo sobre o abortamento no campo jurídico, com debates amplos, pautados nos votos do Habeas Corpus nº 124.306 e as considerações doutrinaria nesse aspecto. Muito são os posicionamentos sobre o tema, contrários e favoráveis e cada um deles com argumentação específica. Não se pode negar os argumentos favoráveis, contudo seguimos o posicionamento no sentido de reconhecer a impossibilidade do aborto, visto a necessidade de preservação da vida humana, prevalecendo as possibilidades apenas nos casos de aborto consentido ou aborto necessário em conformidade com o prescrito no artigo 128 do Código Penal. Assim, o direito à vida daquele que está sendo gestado, enquanto direito fundamental deve ser respeitada principalmente por entender a necessidade de respeito e dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Aborto; aborto necessário; direito à vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I-O DIREITO À VIDA	13
1.1 Garantia constitucional do direito à vida	13
1.2 liberdade de escolha	16
1.3 Teorias de concepção da Vida	18
CAPÍTULO II- ASPECTOS DO CRIME DE ABORTO	24
2.1 O objetivo do ordenamento jurídico e considerações sobre o aborto no brasil.....	24
2.2 Tipos de aborto conforme previsão legal descrito no Código Penal	28
2.3 Aborto Sentimental ou Humanitário	30
CAPÍTULO III- DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	33
3.1 Análise dos votos.....	34
3.2 Impossibilidade de descriminalização do aborto	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Analisar de forma geral, o sentido da vida em diversos aspectos em determinadas ocasiões, embasado em diferentes conceitos, coletar dados referentes às pesquisas documentais e bibliográficas, a partir de mulheres que sofrem um conflito entre o direito à vida e o direito do seu corpo.

Com os diversos questionamentos sobre o tema, pretende-se identificar se o aborto até o terceiro mês de gestação pode ser descriminalizado ou não. Frisando a garantia de constitucional do direito à vida e o contido no Código Penal que criminaliza a conduta, quando o aborto é realizado a qualquer tempo de gestação.

A vida é um bem supremo, e como direito não autorizar o aborto é preservar o princípio da vida, e da dignidade da pessoa humana, já para outros, o aborto é considerado um exercício do direito que a mulher tem do seu próprio corpo, de acordo com o exercício da cidadania, a mulher tem o reconhecimento da sua competência ética, para decidir sobre a sua sexualidade e reprodução.

Como marco teórico da pesquisa usa os dizeres do ministro Barroso:

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o direito à vida¹⁰⁸. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o direito à igualdade¹⁰⁹. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade de como reconhecimento).¹

O tema abordado é de grande relevância para a vida, pois implicam em ganhos sociais, jurídicos e acadêmicos. A lei vigente não se impõe de forma satisfatória.

O ganho social é proteger a vida do feto e conseqüentemente a vida humana que não está sendo protegida, uma vez que a vida deve ser preservada a todo e qualquer tempo.

¹ BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2014, p 22/23

O ganho jurídico esclarece a importância de um estudo mais aprofundado sobre a legislação aplicada ao aborto, as decisões submetidas no campo judicial, e a questão de sua legalidade no país, requerem uma motivação, e um grande interesse por parte da população de preservar a vida.

Dentro dos princípios éticos, é necessário lutar pela autonomia, dignidade, e cidadania do nascituro. O acadêmico tem a necessidade de aprimoramento dos conhecimentos científicos e jurídicos da pesquisa, o que será essencial para futuras pesquisas.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o teórico dogmático, valendo-se da análise da legislação nacional, de estudos jurídicos existentes, jurisprudência, doutrinas, leis e artigos científicos que correspondam ao tema. O trabalho científico em desenvolvimento tem natureza interdisciplinar, sendo Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Bioética.

A monografia foi dividida em três capítulos distintos sendo o primeiro com o título de “o aborto e os tipos de aborto” em que o instituto do aborto será o foco. E o segundo capítulo dedicado ao direito e preservação da vida humana. Para finalizar o terceiro capítulo dedicado à impossibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação, com posicionamentos contrários e favoráveis ao tema.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O aborto é crime no Brasil, mesmo assim mais de um milhão de abortos são realizados por ano no país. Quando se fala em aborto, remete-se à interrupção da gestação. Capez traz um conceito sobre isso:

Considere o aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção consiste na eliminação da vida intra-uterina não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto pois ocorre que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise, ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.²

Também conceituando o aborto Cleber Masson expressa que:

Aborto ou abortamento é a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção. É com a fecundação que se inicia a gravidez – a partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal – a proteção penal ocorre desde a constituição do ovo ou zigoto até a fase em que se inicia o processo de parto, pois a partir de então o crime será de homicídio ou infanticídio. O aborto pode ser: a) natural; b) acidental; c) criminoso; d) legal ou permitido; e) eugênico ou eugenésico; f) econômico ou social.³

Existem ainda os casos em que o aborto é legalizado, como ocorre nos denominados aborto necessário, legal ou permitido no qual a conduta é legalizada considerando os casos concretos bem como a finalidade da medida tomada em prol da preservação da vida da gestante ou mesmo para evitar um mal maior.

Os casos em que a conduta abortiva é legalizada ou mesmo considerada como necessária estão contidos no artigo 128 do Código Penal, aqui transcrito:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
 Aborto necessário
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁴

² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.2. São Paulo: Saraiva, 2019.p.108

³ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**, 2 ed., São Paulo: Método, p.512

⁴ BRASIL, CÓDIGO PENAL. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.518.

Portanto, em se tratando de casos em que o aborto é a melhor indicação médica para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é resultante de estupro o aborto é permitido, cabendo ao Estado propiciar formas de fazê-lo por meio do Sistema Único de Saúde- SUS

Quando se fala em aborto tem-se num primeiro momento a proteção à vida humana, numa perspectiva de ser o bem maior existente no ordenamento jurídico brasileiro

O direito à vida é voltado a todos no sentido de proteção e cuidado com todos os cidadãos dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e conforme Alexandre de Moraes é função do jurista dar o resguardo que os indivíduos necessitam para que esse direito possa efetivar com integralidade.

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez...e assegura, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia como posteriormente analisados⁵

O que é vida no contexto jurídico, como forma de valoração é definida como:

Já por força do instinto de sobrevivência – sempre foi um bem caro para o ser humano, no contexto de sua organização social, política e jurídica, tanto é que a proteção da vida e da integridade física do ser humano foi considerada um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência⁶

Os direitos de personalidade são aqueles relacionados às pessoas, o indivíduo em si. Voltados ao resguardo da personalidade humana, como diz o artigo 5º, X da Constituição Federal que o reconhece e resguarda: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.⁷

⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.88.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Constitucional** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p.412.

⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, p. 229.

Veja que a Constituição os considera como invioláveis, ou seja, qualquer tipo de afronta aos direitos ali relacionados, sendo passíveis de indenização de natureza moral e material em caso de violação.

Dentre os conceitos de direito à vida surgem os questionamentos referente à possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação, num contexto em que o direito sob o crivo constitucional encontra totalmente respaldado na dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana é preciso considerar os dizeres de Pedro Lenza, principalmente no que tange a aplicação desse princípio nas relações privadas, consagrando os direitos fundamentais, como o da preservação da vida humana exercido pelas pessoas.

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado. Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁸

Feitas as considerações sobre o direito à vida e a ordem constitucional sobre a possibilidade do aborto segue a dissertação do tema em si.

⁸ LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed. rev. Atual. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p.110.

CAPÍTULO I-O DIREITO À VIDA

O direito à vida é voltado a todos no sentido de proteção e cuidado com todos os cidadãos dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e conforme Alexandre de Moraes é função do jurista dar o resguardo que os indivíduos necessitam para que esse direito possa efetivar com integralidade.

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez...e assegura, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia como posteriormente analisados⁹

Dessa feita, a partir de então passaremos a dissertar sobre o direito à vida enquanto garantia constitucional, bem como a liberdade de escolha e as teorias de concepção da vida reconhecidas por nosso ordenamento jurídico.

1.1 Garantia constitucional do direito à vida

Dentre os bens jurídicos preservados pelo ordenamento jurídico brasileiro o Direito à vida, enquanto garantia constitucional recebe importância especial, quando estimado como o bem maior, o mais valorado a ser resguardado pelo direito como um todo

Nesse ponto são as considerações de Bulos as quais se tornam pertinentes nesse momento:

Anunciar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor soberano na ordem constitucional, que orienta, confirma e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais¹⁰

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.88.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.70/2012. São Paulo: Saraiva, 2014. p.573.

Dentro do melhor entendimento sobre o direito à vida, é de suma importância dizer que tal proteção se dá dentro de uma amplitude de resguardo, seja de valores objetivos ou patrimoniais, seja de valores subjetivos também considerados como extrapatrimoniais.

Assim, Alexandre de Moraes expressa o seu entendimento em concordância com a afirmativa feita, dizendo ser a Constituição Federal a grande guardiã do ordenamento jurídico e por consequência, do direito à vida.

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. É o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente.¹¹

Logo a existência humana compõe o pressuposto principal para que haja a regulamentação de todos os demais ramos do direito, sendo identificado como direito principal proclamado pelo legislador constituinte.

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse¹²

Com isso é possível dizer que o direito à vida vai além de meramente viver e sim estar dentro dos limites pretendidos pelo legislador constitucional sendo reconhecidamente o bem jurídico mais importante a ser tutelado.

Nesse ponto pautam as considerações de Gilmar Mendes

Assim, em face do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano. Em face do direito de privacidade, o Estado não pode divulgar certos dados pessoais dos seus cidadãos. O direito de defesa, neste passo, ganha forma de direito à não afetação dos bens protegidos¹³

¹¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.312.

¹² BARBOSA, Gabriela **A vida enquanto direito fundamental do ser humano**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>. Acesso em 04 set 2019

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p.146

Nesse entendimento a conceituação do direito fundamental da vida resguardados no texto legal e em toda ordem de princípios aplicáveis ao direito.

Desse modo, os princípios constitucionais coadunam com o direito à vida, sobretudo no que tange a dignidade da pessoa humana o qual estende o direito à vida como forma de vivência dentro dos padrões de respeito, sejam ele para a preservação da vida ou para a liberdade de escolha que cabe a cada indivíduo.

O direito à vida tem ligação com a defesa e proteção que o ordenamento jurídico deve dar a todos os cidadãos brasileiros em sua integralidade.

Desse modo, a defesa e proteção entram nesse conceito de abrangência do direito à vida, impondo ao Poder Público a necessidade de deliberar, por meio de políticas públicas para confirmar essa proteção em diversos aspectos, seja na saúde, educação, lazer, cultura, dentre outros direitos sociais garantidos pela legislação brasileira.

No que se refere à proteção tem-se a legislação penal que visa efetivar o direito à vida permitindo com que o Estado aja com efetividade nesse sentido:

Esse dever de proteção admite contornos importantes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na seara do Direito Penal. Sendo um direito e não uma liberdade, não cabe no direito à vida a escolha pelo suicídio. A vida deve ser protegida, não obstante da vontade contrária do seu titular. O Estado deve agir de modo a promover a efetiva concretização da proteção à vida e a implantação verdadeira das normas penais para os crimes transgressores desse preceito fundamental. Com isso, se o Estado não pune aqueles que desobedecem ao bem principal dos seres humanos, o direito à vida é novamente violado. Assim sendo, toda morte deve ser verificada e todo risco iminente à vida deve ser impedido pelos poderes públicos.¹⁴

Grande questionamento se faz em relação a força que o direito à vida tem sobre os princípios, como por exemplo, a paternidade responsável e a melhor solução apresentada por Robert Alexy está pautada na técnica da ponderação:

Conforme o autor os direitos fundamentais quando conflitados devem ser verificados conforme o caso concreto, ou circunstâncias de fato, a fim de que possa ser demonstrado o de maior estima no caso estudado, fundamentando porque um deve ser considerado mais importante que o outro. Assim dizendo:

¹⁴ RÊGO, Luciana dos Santos Nogueira, **Direito à vida na ordem constitucional brasileira**

Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível de maneira tal que quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.¹⁵

Diante disso, o direito à vida, ainda que não seja hierarquicamente superior aos outros, exibe estima decisiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é imperativo para a obtenção de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, quando o direito à vida entrar em conflito com outro direito, este último, ante a circunstância fática, deve-se mostrar definitiva, para que se releve a não observância do direito à vida. O direito à vida exerce função fundamental na ordem jurídica brasileira, devendo, por isso, deve sempre ser conservado.

1.2 liberdade de escolha

O Código Civil traz em seu bojo, no artigo 21 o a segurança a liberdade de escolha na vida privada do indivíduo. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.¹⁶

Nota-se que o legislador afirma que a privacidade do indivíduo é inviolável, mesmo se tratando de norma infraconstitucional deve ser respeitado.

Os direitos de personalidade são aqueles relacionados às pessoas, o indivíduo em si. Voltados ao resguardo da personalidade humana, como diz o artigo 5º, X da Constituição Federal que o reconhece e resguarda: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹⁷

Veja que a Constituição os considera como invioláveis, ou seja, qualquer tipo de afronta aos direitos ali relacionados, sendo passíveis de indenização de natureza moral e material em caso de violação.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669

¹⁶ BRASIL, CÓDIGO CIVIL *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2018 p. 312.

¹⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2018p. 229.

Como expressa Pedro Lenza, tratam-se de direitos subjetivos e próprios e sua defesa estende aos seres vivos, alcançando, de igual maneira, os mortos:

Entende-se por *direitos da personalidade* aqueles subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua *integridade física* (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua *integridade intelectual* (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua *integridade moral* (honra, imagem, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).¹⁸

O direito à personalidade deriva da proteção da dignidade da pessoa humana. “pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana constitui um dos poucos consensos teóricos no mundo contemporâneo, reconhecendo o valor de essencialidade do ser humano.”¹⁹

Tem-se, portanto, que são direitos imprescindíveis para que a pessoa humana se desenvolva, sendo direitos absolutos e de proteção e preservação do ser humano, em todos seus aspectos, seja moral, intelectual ou físico.

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos,

Quanto ao objeto os direitos de personalidade, mesmo diante da subjetividade que reveste a matéria, são mistos existindo traços de direitos voltados às liberdades públicas, limitando a atuação do Estado nesse sentido:

Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são dos direitos subjetivos e a personalidade e por terem guardada no texto constitucional pode reconhecer-se que os direitos de personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.²⁰

Enquanto direitos fundamentais, necessário ponderar a evolução da sociedade e sua mutabilidade, até mesmo diante dos impactos ocasionados pelas inovações tecnológicas. Tudo está em constante transformação e por conta disso,

¹⁸ LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p.50.

¹⁹ MARTINEZ, Pablo Dominguez; **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.13.

²⁰ MARTINEZ, Pablo Dominguez; **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.24.

“o direito deve se adaptar às novas formas de violação ao direito de personalidade. Exigindo configuração de mecanismos de proteção”²¹

O direito de escolha é uma conquista trazida pelo Estado Democrático de direito que permite a todos o exercício dos seus “quereres” sempre apoiados no descrito pelo ordenamento jurídico, indo ao encontro do contido no artigo 5, II da Constituição da República.

Assim pode ser entendido o direito de escolha, o direito à liberdade de escolha:

Liberdade consiste na escolha de uma das possibilidades da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitude axiológica desse termo, a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias individuais em suas diversas modalidades. Por isso que alguns doutrinadores chegam a denominar direito às liberdades, devido à pluralidade de liberdades abordadas por nossa Carta Magna. Mas vale ressaltar a posição de Pimenta Bueno “A liberdade é sempre uma e a mesma, mas como ela pode ser considerada em diferentes relações, por isso costuma-se dividi-la ou classificá-la.”²²

É possível dizer, então, que o direito de liberdade de escolha vai ao encontro no solidificado pelo direito de personalidade, reconhecendo que o indivíduo deve exercer a liberdade de escolha nos parâmetros trazidos pelo ordenamento jurídico, dentro da nova ordem constitucional de respeito, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

1.3 Teorias de concepção da Vida

Entender as teorias de concepção da vida nesse momento do estudo é importante para compreender os posicionamentos que são favoráveis e contrários ao crime de aborto.

De acordo com os critérios da personalidade jurídica é inconcebível o entendimento que poderá ser analisada isoladamente, visto que o direito à vida determina proteção integral e irrestrita a pessoa humana, mesmo aquelas que ainda nem nasceram, como ocorre com os nascituros.

²¹ MARTINEZ, Pablo Dominguez; **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.26.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.235.

Coadunando com a teoria da personalidade condicionada, Washington de Barros Monteiro conceitua:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.²³

Diante do contido sobre a regulamentação do direito à vida, pergunta-se quando se dá o início dessa proteção jurídica, ou seja, quando a vida inicia. No Brasil, três principais correntes estão presentes e serão estudadas individualmente a partir daqui.

Num primeiro momento volta-se a intitulada teoria concepcionista que afirma haver personalidade jurídica desde a concepção, diante da carga genética embrionária que é transportada ao embrião naquele momento. Assim, o único momento de transportar informações ao feto é na concepção.

As evidências científicas e recentes avanços não só indicam que o início da vida ocorre na concepção como nos trazem muitas formas de ver isso. Se partirmos da simples descrição biológica vemos que é na concepção ou fertilização, com a união dos gametas, que passa a existir um novo DNA. Um embrião é formado ainda fora do útero materno. Esse embrião carrega toda sua carga genética, ou seja, nenhuma informação genética é passada ao embrião ou o feto após este marco da concepção.²⁴

Nesse sentido, uma parte daqueles que defendem essa teoria de concepção da vida ou do marco inicial da vida humana, também se justifica por critérios religiosos. Veja a citação abaixo:

Os fundamentos desta teoria são os mais diversos possíveis, sendo o de cunho religioso o mais expressivo deles. Dessa forma, a Igreja Católica defende que o seu início é marcado pela alma, isto é, quando o feto recebia a alma passava a existir vida, proibindo o aborto em qualquer fase, já que a alma passa a pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro do óvulo com o espermatozoide. Para estes ocorria a chamada “animação

²³ DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida.** Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na-concepcao-vs-opinioes-e-subjetividades/>. Acesso em 18 out 2019

²⁴ DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida.** Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na-concepcao-vs-opinioes-e-subjetividades/>. Acesso em 18 out 2019

imediatamente”, ou seja, o identificavam com o momento da concepção, São Gregório Niseno^[3] é um dos defensores dessa teoria²⁵

Assim, para a teoria concepcionista além da argumentação da herança genética passada no momento da concepção, entende-se ainda, que a fecundação do óvulo é traduzida como o marco que deu início a existência daquela vida humana, própria e específica, que será única e própria conforme a carga genética recebida através da fecundação

Portanto, além do fundamento de que o zigoto possui patrimônio genético próprio da espécie humana, outro argumento corrente entre os que defendem ser a fecundação o marco inicial da pessoa, é a potencialidade, ou seja, o fato do óvulo fecundado trazer consigo a “capacidade de realizar seu destino humano”^[5], que se desenvolverá em fases sucessivas. Segundo este entendimento, “não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo”²⁶

Num outro tipo de entendimento na concepção natalista o direito de personalidade do nascituro se dá a partir do momento que o nascituro começa com os primeiros batimentos cardíacos já são revestidos de personalidade jurídica.

Nessa corrente encontram-se Pablo Stolze que diz:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.²⁷

Roff Madaleno sobre a teoria natalista também diz do entendimento do nascimento com vida para a partir de então considerar a a personalidade do indivíduo. “A corrente *natalista* difunde como ponto de partida da existência humana o nascimento com vida, não havendo como atribuir personalidade ao nascituro, não obstante a lei proteja seus direitos desde a sua concepção”²⁸

²⁵ CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

²⁶ CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81

²⁸ MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018., p.810

De igual forma Flavio Tartuce diz que para a teoria natalista deve haver um sopro de vida para que se reconheça os direitos de personalidade do nascituro, ou seja, somente a partir desse momento é que pode reconhecer a existência de vida e ser resguardada pelo ordenamento jurídico.

Para essa teoria o nascituro sequer tem direitos fundamentais garantidos: “a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”²⁹

Em conformidade com a teoria natalista o nascituro deve nascer com vida para que seja sujeito de direito, mas reconhece a necessidade. Todavia no que tange aos alimentos ao nascituro, declina ao reconhecimento da teoria concepcionista diante do fato da legislação prever os alimentos ao nascituro.

A Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008, dá vida à *teoria concepcionista* ao reconhecer, agora sim, por expresso texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da *teoria natalista*, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. Venceu, portanto, a evidência do bom senso ao enumerar no artigo 1.694 do Código Civil uma nova modalidade de alimentos, consistente no direito alimentar do nascituro, denominado alimentos gravídicos e disciplinado pela Lei n. 11.804/2008. Esta já vinha sendo a tendência jurisprudencial e doutrinária brasileira, porque não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação, quando todas estas necessidades coincidem com a concepção e não só depois do nascimento com vida do nascituro.

Interessante dizer que mesmo que a teoria natalista tenha o entendimento de que o que está por nascer seja um mero detentor de expectativa de vida a legislação reconhece sua personalidade jurídica. Por isso grandes discussões se dão ante essa teoria.

Desta forma concluem-se os defensores da teoria natalista, que está deve ser a tese acolhida em nossa legislação, apesar de grande discussão e eminentes doutrinadores que defendem outras teorias. Defendem o princípio da personalidade a partir do nascimento com vida, mesmo que venham a falecer segundos posteriores ao fato, sendo doravante produzidos os efeitos jurídicos da aquisição da personalidade, porém

²⁹ TARTUCE, Flavio **Manual de Direito Civil**, 4ª ed, São Paulo: Método, 2017, p.79

ressalta-se que deve ser considerado como existente desde sua concepção para o que for juridicamente proveitoso.³⁰

Como demonstrado ao contrário da teoria natalista para os concepcionistas a personalidade jurídica é adquirida desde o nascimento ou o direito de família não reconheceria a possibilidade de alimentos ao nascituro, principalmente pelos motivos que regulam esses alimentos que é a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, não apenas o reconhecimento da personalidade jurídica após a concepção, mas, de igual maneira, estende o entendimento no sentido de afirmar que já no ventre materno deve ser tratado nos padrões constitucionais descritos pela dignidade da pessoa humana.

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir a capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.³¹

O principal ponto de divergência entre os concepcionistas e os natalistas diz respeito ao aborto, já que para essa teoria a qualquer tempo o aborto deve ser criminalizado, ao contrário dos natalistas que defendem que só a partir da formação do aparelho respiratório e cardíaco.

Das duas teorias apresentadas com entendimentos que as unem tem-se a teoria da personalidade condicional. Para esse entendimento é possível obter o raciocínio de que há o reconhecimento da personalidade desde a concepção, porém condicionada ao nascimento com vida.

Essa teoria apresenta críticas severas, apesar de ser a que mais seja próximo da realidade social vivida.

A teoria da personalidade condicional é a mais completa, a que mais se aproxima da realidade, contudo, peca em afirmar que a personalidade está ligada ao nascimento com vida, sendo uma inverdade visto que a personalidade é adquirida desde a concepção, dizendo, ainda, que a

³⁰ FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7 Acesso em 15 agosto 2019

³¹ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.78.

condição do nascimento é requisito para a consolidação da capacidade jurídica, tornando válidos os negócios jurídicos.³²

Diante de todas as teorias apresentadas entende-se a teoria concepcionista a mais apropriada, reconhecendo a personalidade jurídica desde a concepção. O Direito Civil segue essa ordem, no momento em que reconhece os direitos do nascituro aos alimentos.

Os Tribunais vêm reconhecendo a teoria concepcionista como forma de aplicação no ordenamento jurídico, principalmente sobre o reconhecimento de alimentos ao nascituro.

APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – Interesse de agir manifesto diante da resistência da seguradora demonstrada em Juízo – Inexistência de sentença "extra petita", vez que compete ao órgão julgador conferir o enquadramento jurídico adequado aos fatos narrados pelas partes – No mérito, a interpretação sistemática de nosso ordenamento permite concluir pela adoção da teoria concepcionista e conseqüente reconhecimento de vida do nascituro – Possibilidade do pagamento de indenização pela interrupção da gravidez decorrente de acidente de trânsito – Manutenção da sentença – Honorários recursais majorados – Negado provimento.³³

Sobressalte-se que no caso em tela ora apresentado a incidência do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro se deu em relação a indenização pela interrupção da gravidez devido a ocorrência de um sinistro, comprovando que o magistrado reconhece a existência da personalidade jurídica desde a concepção.

Não é entendimento pacificado na jurisprudência, já que em alguns casos como alimentos, sucessões a teoria concepcionista está presente, enquanto em outros casos entendem como condição o nascimento da criança com vida para que possa ser dotada de personalidade jurídica.

³² FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7 Acesso em 15 out 2019

³³ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

CAPÍTULO II- ASPECTOS DO CRIME DE ABORTO

Quando falado sobre o direito à vida foi possível identificar que todo o ordenamento jurídico é designado para esse cuidado. Seguindo esse raciocínio pensar em qualquer tipo de interrupção da gravidez sem que seja pelas vias naturais ou nos casos estabelecidos por lei, implica em dizer que há clara violação do direito à vida além de uma conduta criminosa prevista na lei penal.

A vida enquanto valoração maior é resguardada desde a concepção, independente da teoria adotada sobre o momento de início da vida humana e consequente personalidade jurídica.

Além do ilícito penal o aborto atenta contra a dignidade da pessoa humana considerado como o valor maior da vida humana como expressa Elpidio Donizete:

A dignidade humana é o valor supremo a ser buscado pelo ordenamento jurídico, é o princípio basilar a partir do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais – norma fundante, orientadora e condicional, não só para a criação, interpretação e aplicação, mas para a própria existência do direito (nela se assenta a estrutura da República brasileira).³⁴

O Direito é uma ciência que busca normatizar e ajustar as condutas dos indivíduos na sociedade, desse modo pode ser vista como um conjunto de normas impostas pelo Estado com o intuito de fazer com que a convivência na sociedade se dê de forma harmônica entre todos, mesmo que isso envolva questões que vão ao encontro de direitos personalíssimos, como a capacidade de escolha e interrupção da vida.

2.1 O objetivo do ordenamento jurídico e considerações sobre o aborto no Brasil

O ordenamento jurídico surge como forma de criar normas e regras com a finalidade de dar à sociedade formas de convivência e comportamento legais e via de consequência convivência harmoniosa entre os seres.

³⁴ DONIZETE, Elpidio **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em <https://elpiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em 10 nov 2019

O direito passa a ser positivado e compreendido como normas de uma sociedade, seja em âmbito público ou privado, diante de uma realidade complexa, que demandam que o direito atue em searas diferentes.

O direito positivo entendido como um conjunto de normas de um determinado lugar em um dado tempo é uno e indecomponível, sendo a divisão em ramos como o direito público e o privado, uma divisão meramente acadêmica e largamente aceita por ser útil, não só para o aprendizado como também para a ciência. O direito é uma realidade complexa, cientificamente inapreensível, por isso requer cortes para ser conhecido e quanto mais específico o conhecimento, mais cortes são necessários. Assim, surgem os “ramos do Direito”, que nada mais são do que delimitações metodológicas realizadas por aqueles que pretendem conhecer o Direito. Com isso podemos dizer que não há qualquer ramo definido ontologicamente no Direito, enquanto dado-material; todos eles existem em função do conhecimento jurídico e dentro de outro plano, o da Ciência do Direito, como dado – formal.³⁵

Falando em ordenamento jurídico e sua ideia de completude, não cabem espaços para lacunas legais, como aduz Norberto Bobbio:

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacuna.”³⁶

Diante da citação trazida percebe-se que o ordenamento jurídico deve, sempre, atuar em qualquer caso, sempre com uma norma adequada ao caso, ou seja o ordenamento jurídico é completo “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.”³⁷

Outra característica ao ordenamento jurídico está pautada na unidade do ordenamento jurídico. Como já mencionado, trata-se de um conjunto de normas, ou

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.162.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.115.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.115.

seja, diferentes normatizações que compõem esse ordenamento tornando-o único, já que as normas se relacionam entre si em todo o sistema jurídico.

Outra característica do ordenamento jurídico é a sua unidade. Por unidade é possível entender como sendo um conjunto de normas entre as quais existe uma ordem. Essa ordem deve ser entendida como o relacionamento da norma com outras normas e dela com todo o sistema. Por ser o ordenamento composto por diversas normas, isso faz com que o mesmo seja complexo e não por isso ele não será unitário. Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível.³⁸

Desse modo, resta claro que o ordenamento jurídico é complexo, visto ser formado por normas diferenciadas, de vários ramos e que para a aplicabilidade devem ser escalonadas, para que não haja qualquer conflito de normas, quanto a sua aplicação.

Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento.³⁹

Em considerando que existem normas jurídicas de planos diferentes, de áreas diferente de aplicação o ordenamento jurídico se consolida por meio da unidade entre as normas.

Legitimado, o poder constituinte buscou elaborar normas consideradas válidas, voltadas às pessoas que são alcançadas pela norma constitucional. Isso faz com que toda a sociedade esteja abarcada por tais normas devendo cumpri-las e respeitá-las.

Diante disso, sendo a Constituição a Lei Maior do ordenamento, as demais normas diante da supremacia constitucional, deverão atentar ao que nela está contido para aplicação a cada caso concreto que dela necessite.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 48/49.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 48/49.

O ordenamento jurídico deve ser coerente para a aplicação das normas nele contido. Para aplicação do fato a norma qualquer tipo de antinomia jurídica seja sanada

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. as antinomias podem ser aparente ou real. Será aparente quando os critérios para a solução pertencerem ao ordenamento jurídico. A antinomia será real quando não houver solução dentro do ordenamento, devendo ser editada uma nova norma afim de que seja eliminada.⁴⁰

Assim, pela coerência do ordenamento jurídico não se admite que se tenham normas conflitantes. Exige-se do ordenamento o dever de coerência não se admitindo antinomias, sendo essa regra dirigida tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito.

Diante de todas as considerações tecidas sobre o direito à vida é de sum importância considerar que o direito também tem normas éticas a serem consideradas, especialmente quando o assunto é proposto entorno de questões tão profundas como a interrupção ou não de uma gravidez.

Nesse contexto, o profissional da medicina, diante do caso concreto deve ter recursos legais para implantar ou não a conduta do aborto, o que no Brasil acontece, em sua maioria em clínicas médicas clandestinas em que as questões de bioética não são avaliadas, ao contrário, colocando a vida da gestante em risco.

Aplicando-se este conceito no campo profissional, "ética médica" seria, por exemplo, uma relação de normas de conduta que visassem regular o comportamento dos profissionais da medicina de modo a resguardar o bem da própria profissão, através de uma conduta que se pretenda seguida, a fim de garantir a imagem da profissão perante toda sociedade, e, ao mesmo tempo, seria o estabelecimento de um rol de condutas que fossem capazes de resguardar a boa relação -pessoal e profissional- recíproca entre os profissionais da área médica. Quanto à Bioética, esta poderia ser considerada, de forma bem simplificada, como sendo a ética da vida -Bio + Ética.⁴¹

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.469

⁴¹ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em 10 nov 2019

Nesses termos, as discussões que se revelam sobre o tema do aborto tem sido cada vez mais ampliadas, sobretudo numa visão jurídica, pois o objetivo do ordenamento jurídico como um todo é de criar regras e normas que atentem a todas as situações sociais.

Ainda que o aborto seja uma conduta considerada imoral, aqui não cabe esse tipo de discussão, nem tampouco sobre critérios religiosos, nos prendendo ao aspecto jurídico, pois essa conduta é vedada no ordenamento jurídico, pelos motivos de proteção a vida humana.

Seria um entendimento ambíguo a proteção integral da vida humana e a permissão da interrupção da gravidez sem a análise do caso concreto.

Falar em aborto é contrariar toda a proteção à vida que o legislador e a sociedade vêm preservando de forma enfática. Ao analisar sob o ponto de vista de moral e ética percebe-se que está em oposição expressa ao contido no direito à vida.

Então, passa-se a discussão sobre o que a conduta tipificada no artigo 124 e artigos seguintes do Código Penal Brasileiro, seus tipos e quando há permissão legislativa.

Aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez, seja com ou sem consentimento da gestante, a conduta é realizada no momento que a gestação é interrompida sem que seja de forma natural.

Ainda, “considera-se aborto a interrupção provocada do processo de gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. É a eliminação da vida intrauterina.”⁴²

As formas como o aborto se concretizam vem estabelecidas no Código Penal, que o faz com as condutas proibitivas e as exceções que permitem o aborto no Brasil. Passamos ao estudo.

1.2 Tipos de aborto conforme previsão legal descrito no Código Penal

⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.95

Como já descrito o artigo 124 do Código Penal estabelece a conduta do aborto quando é praticado pela própria gestante ou com seu consentimento é a forma mais comum de aborto em nosso país.

Outra forma é permitir o aborto, ou consentir que seja realizado o aborto pela gestante. Isso ocorre, quando procura a ajuda de terceiros para a realização. Quase sempre isso acontece utilizando clínicas clandestinas, que colocam em risco a vida da gestante, por utilizarem técnicas populares, material inadequado, sem a devida higienização.

Ressalta-se que não importa se houve complicações ou não tanto a gestante, quanto quem provocou o aborto, respondem pelas condutas tipificadas no artigo 124 do Código Penal, desde que devidamente identificadas.

Já os artigos 125 e 126 do Código Penal a tipificação é indicada para quem comete o aborto, seja com ou sem o consentimento da gestante.

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

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Nesses casos ficam demonstrados dois elementos fundamentais da conduta descrita pelos dispositivos mencionados; o primeiro é o fato de ser provocado sem o consentimento e o segundo provocado com o consentimento da própria gestante.

Assim, a demonstração do querer da interrupção da gravidez fica iminente, a concordância da gestante é voltada para a manifestação do seu o querer em relação a não continuidade da gestação.

No aborto consentido, a gestante apenas consente a prática delitiva, sendo que, quem executa é o terceiro. Entretanto, o terceiro ao realizar o aborto consentido, previsto neste artigo, não responderá pelo artigo 124 do Código Penal, mas sim pelo delito do artigo 126 do mesmo Códex, já que existe previsão expressa que separa os dois crimes, para a gestante, que consente, e para o terceiro, que é quem o pratica.⁴³

⁴³ VIANA, André de Paula. **Tipos de aborto.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17100&revista_caderno=3. Aceso em 24 nov 2019

Quando se fala em não consentimento se tem a conduta mais gravosa do crime de aborto, pois a interrupção da gravidez se dá sem que a gestante tenha conhecimento. Ou quando tem o conhecimento, não consegue manifestar sua vontade, permitindo que um terceiro utilize de meios para realiza-lo, sendo indispensável considerar o contido no parágrafo único do artigo 126, que estabelece os casos de aumento de pena.

Novamente importantes são as considerações de Fernando Capez:

A ausência do consentimento da vítima é elementar do tipo penal, ou seja, o delito do artigo 125 apenas se configura quando não existe o consentimento da gestante na realização da manobra abortiva. Caso exista consentimento por parte desta, não se configura este delito, ao contrário, haverá novo enquadramento jurídico – responderá a gestante pelo delito do art. 124, enquanto que o terceiro responderá pelo delito do artigo 126.⁴⁴

É possível sim a tentativa, como, por exemplo, no caso em que foi realizada a manobra abortiva, até mesmo expulsando-o do ventre materno, entretanto o feto ainda permanece com vida. Como pode ser comprovado por meio da jurisprudência que segue na qual inclusive reconhece a possibilidade de prisão preventiva:

Atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, nos casos de tentativa de aborto, não havendo que se falar em sua revogação, notadamente em razão da necessidade de proteção da integridade da vítima- o feto.. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar quanto presentes os fundamentos para justificar sua manutenção. Precedentes do STF e STJ.⁴⁵

Da leitura da jurisprudência a prisão no caso da tentativa, ainda que na modalidade preventiva, foi reconhecida diante da necessidade de preservação da vida que está por vir.

1.3 Aborto Sentimental ou Humanitário

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016,p.108..

⁴⁵ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.007499-1/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017). Acesso em 27 out 2019

A legislação brasileira determinam quais são as condutas que não é criminalizada, assim o entendimento é de uma possibilidade de aborto legalizado, elencados pelo artigo 128 do Código Penal que assim expressa:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁴⁶

Nesses casos o entendimento do legislador se deu no sentido de que a possibilidade do aborto causará um bem maior a vida da gestante do que o prosseguimento da gestão, seja ela nos casos de estupro ou mesmo quando não existe outra maneira de salvar a vida da mãe que está em perigo.

Essa modalidade abortiva, como encontra amparo legal deve ser realizada pelo Sistema Único de Saúde em todo território nacional, dentro dos critérios aqui estudados de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se deve evitar qualquer tipo de constrangimento a essa gestante.

Não há aqui a afirmativa que uma vida é mais ou menos importante que a outra, quando se tem a permissão do aborto nos casos de risco da mãe, o entendimento é que essa poderá exercer a maternidade futura, seja com filhos biológicos ou adotados.

A jurisprudência aceita esse tipo de aborto, e também deve ser realizado pelo Sistema Único de Saúde. Não identificando no caso concreto o risco iminente para a gestante o aborto não será autorizado, veja a jurisprudência colacionada>

A interrupção da gravidez é tipificada no Código Penal, que estabelece, todavia, duas exceções, o aborto terapêutico ou necessário, quando há sério e grave perigo para a vida da gestante e o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro. - O aborto terapêutico somente tem cabimento quando necessário para salvar a vida da gestante, não sendo suficiente, para tanto, a existência de gravidez de risco. - Afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção da gestação, em caso de má formação de nascituro. - De acordo com a

⁴⁶ BRASIL, CÓDIGO PENAL. *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.518.

orientação médica, o aborto provocado só é recomendável até 18 semanas de gestação, o que não ocorre no presente caso.⁴⁷

Outra forma permissiva do aborto é quando a gravidez foi originada de estupro e nesses casos deve existir, quando a gestante for menor de idade, o consentimento de seu representante legal.

o caso de aborto necessário, também conhecido por aborto terapêutico ou profilático, não temos dúvida em afirmar que se trata de uma causa de justificação correspondente ao estado de necessidade. [...] Isto 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. [...] 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”.⁴⁸

Fernando Capez explica esse tipo de aborto, quando é fruto de relação sexual indesejada ou violenta, estupro:

Trata-se do aborto realizado pelo médico nos casos em que a gravidez decorre de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho fruto de um coito vagínico violento, tendo em vista os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar. O art. 128, II, do CP não fazia distinção entre o estupro com violência real ou presumida (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que esse último estaria abrangido pela excludente da ilicitude em estudo.⁴⁹

Da análise da APDF 54 viu-se que houve a legalização do aborto dos portadores de anencefalia, mesmo não constante do texto legal do artigo 128 do Código Penal que então passou a permitir o aborto no caso dos anencefálicos por entender que nesses casos as chances de sobrevivência são praticamente inexistentes.

⁴⁷ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS -TJMG - Apelação Cível 1.0459.16.000396-6/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/05/2018, publicação da súmula em 17/06/2018

⁴⁸ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p . 258.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.105

CAPÍTULO III- DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Para falar da descriminalização do aborto é preciso conhecer a ação que fez com que a questão fosse suscitada, no Habeas Corpus 24306 do Rio de Janeiro, cuja relatoria coube ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio que foi voto vencido na ação.

O caso em tela como já mencionado referiu-se a um *Habeas Corpus*, um remédio constitucional previsto da Constituição da República em casos especificados em lei.

O artigo 5º LXVIII, elenca o *Habeas Corpus* como remédio constitucional “LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”⁵⁰

Para Marcelo Alexandrino tem a seguinte conceituação e função dentro do ordenamento jurídico brasileiro:

O habeas corpus é remédio constitucional a ser usado contra ilegalidade ou abuso de poder do direito de locomoção, direito de ir e vir permanecer do indivíduo. Trata-se de remédio constitucional de natureza penal e de procedimento especial, isento de custas com objetivo específico devidamente delineado constitucionalmente não podendo ser utilizado para correção de qualquer ilegalidade que não implique coação ou iminência de coação, direta ou indiretamente à liberdade de ir, vir e permanecer.⁵¹

No caso em tela que ensejou o julgamento, os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos artigos. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta”.⁵²

Extrai-se dos autos que em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes.

⁵⁰ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 229.

⁵¹ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ed., São Paulo: Método, 2016, p.85

⁵² BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese

Neste habeas corpus, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

De acordo com o acórdão recorrido, “não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos”. ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus.

Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do habeas corpus e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida.

A votação do caso não foi unânime e a partir daqui passaremos à análise daqueles votos mais importantes.

3.1 Análise dos votos

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi o redator para o acórdão votou pela descriminalização da conduta do aborto até o terceiro mês de gravidez utilizando para tal os seguintes dizeres:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo

Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.⁵³

Nota-se, da leitura da citação trazida que os direitos sexuais e reprodutivos da mulher são evidenciados sobretudo considerando as implicações que uma gravidez acarreta que não é somente no corpo mas, também, no psíquico de cada mulher

Conforme entendimento do ministro a criminalização é medida desproporcional e arcaica visto que a vontade da mulher em interromper ou não a gravidez deve ser considerada em sua integralidade.

Prossegue o Ministro Luis Roberto Barroso ao proferir seu voto.

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.⁵⁴

O mencionado princípio da proporcionalidade já descrito ao longo dessa pesquisa implica em dizer que as medidas a serem tomadas e impostas pelo ordenamento jurídico devem ser proporcionais aos fins existentes.

Ainda, conforme a teoria de princípios de Robert Alexy os princípios fundamentais devem ser respeitados por todos os poderes componente para que a segurança jurídica possa ser preservada e nesse rol está o direito de escolha da mulher como expressa o Ministro Barroso:

⁵³ BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

⁵⁴ BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral⁷ e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas⁸. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade.⁵⁵

Já o Ministro Edson FACHIN, votou em conformidade com o relator ministro Marco Aurélio de Melo pelo não reconhecimento do *Habeas Corpus*, conseqüentemente pela não descriminalização da conduta abortiva, ainda que até o terceiro mês de gestação, mencionando, inclusive uma mensagem enviada pelo Papa Francisco, pontífice da Igreja Católica pedindo pelo não reconhecimento da legalização do aborto.

Senhor Presidente, para registrar que nesta semana, à página 44 da revista Carta Capital, há uma notícia da Carta Apostólica "*Misericordia et Misera*" do Papa Francisco, onde se acentuou a possibilidade de absolvição sinalizada pelo Pontífice jesuíta, que alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão, mas que não permite a continuação da conduta.⁵⁶

A Ministra Rosa Weiber apresentou em seu voto a colisão de direitos fundamentais básicos, a saber: o direito à vida e o direito de liberdade de escolha da mulher, como tema central da discussão realizada.

verifica-se que o problema da descriminalização do aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre por decisão da mulher tem, em sua essência, a colisão entre dois direitos fundamentais básicos: direito à vida como forma de tutela do nascituro *versus* o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização material do direito à igualdade de gênero.⁵⁷

Nesse caso entendeu-se no sentido de permitir a mulher o direito de escolha quanto a interrupção da gravidez ou não, sob a justificativa que o direito de personalidade do nascituro se dá após o primeiro trimestre de gestação.

⁵⁵ BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

⁵⁶ BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

⁵⁷ BRASIL, SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

Desse modo, o ordenamento jurídico contemporâneo deve ser pautado em entendimentos que seguem os pensamentos atuais

Com efeito, no contexto atual normativo, a questão do aborto deve avançar na agenda interpretativa para colocar em pauta não apenas o direito à privacidade da mulher ou a perspectiva de saúde da mulher, por fatores médicos, mas colocar o aborto como uma questão do direito da mulher, na aceção reprodutiva e sexual, e do direito de liberdade, autonomia e igualdade, por conseguinte, de escolha, em face do direito à tutela do nascituro.⁵⁸

Diante da demonstração dos votos viu-se que a maioria dos ministros seguiram o voto do redator, Ministro Luís Barroso no sentido de entender que pode haver a descriminalização do aborto quando a conduta é praticada até o terceiro mês de gestação.

3.2 Impossibilidade de descriminalização do aborto

A decisão cujo os votos foram demonstrados foi da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo os votos divergentes que suscitou a discussão de forma mais aprofundada. Portanto não há que se falar em legalização do aborto em nosso país até o momento.

Embora os votos tenham sido emanados por Ministros da Suprema Corte nacional, a própria Ministra Rosa Weiber no momento do seu voto assinalou que a decisão está longe de se tornar pacífica, sendo uma decisão isolada da qual utilizou-se grande parte do direito comparado para apreciar as razões.

Desse modo, não se trata da última palavra sobre a possibilidade de descriminalização do aborto, apenas uma decisão que tem a função de fomentar ao legislativo que se posicione sobre a questão que é de suma importância no ordenamento jurídico e sociedade brasileiras.

Cumprido assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de

⁵⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.⁵⁹

A discussão levada à suprema Corte certamente é de cunho delicado e sensível visto que envolvem questionamentos de diversas esferas, que vão desde o jurídico, social, moral, cultural e religioso.

É preciso levar em conta que o direito à vida é questionado pois a interrupção da gravidez contraria de modo expresso a continuidade da vida. Novamente a Ministra Rosa Weiber manifestou em seu voto.

A discussão, com certeza, que ora se coloca para apreciação e deliberação deste Colegiado, é umas das mais sensíveis e delicadas questões jurídicas, porquanto envolve sensibilidades de ordem ética, moral e religiosa, notadamente desta última. Na verdade, o debate sobre a possibilidade de legalização do aborto por decisão da mulher no primeiro trimestre sempre foi realizado na arena social, política e mesmo acadêmica (em menor grau) a partir dessas sensibilidades.⁶⁰

Mesmo havendo grandes manifestações no sentido de dar novas interpretações às normas, sobretudo quando levado em considerações a ordem principiológica que permeia o ordenamento jurídico, a proteção a vida do homem deve preponderar em todos os aspectos

O desafio para o ordenamento jurídico contemporâneo diz respeito não ao modo, mas ao resultado da sua atuação. Cumpre-lhe realizar a vocação do direito, vocação que se confirma na experiência jurídica contemporânea, mas que não deixa, em certa medida, de se comunicar com as remotas, como instrumento de proteção dos direitos do homem à vida e na vida comum. A partir da releitura constitucional, retoma-se, sob renovadas e ampliadas vertentes na construção de um direito destinado a garantir o pleno desenvolvimento do ser humano e a tutelá-lo em suas mais essenciais manifestações.⁶¹

Nessa esteira de entendimento percebe-se que para a legalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação é indispensável que haja a participação eficaz e efetiva no sentido de legislar sobre a matéria, com alteração na legislação penal.

⁵⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

⁶⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

⁶¹ SCHREIBER, Anderson, **Direito Civil Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p.21.

Ainda outra alternativa seria levar a questão ao plenário da Corte Suprema para que todos os ministros possam manifestar sobre a matéria e então editar uma Súmula Vinculante

Para isso, é necessário que uma entidade com legitimidade para entrar com ações no STF leve os ministros a debaterem o aborto. Um exemplo é o julgamento no Supremo da possibilidade de aborto para mulheres infectadas pelo vírus da zika. A questão levada à Corte pela Anadep (Associação Nacional dos Defensores Públicos), que questiona as políticas públicas do governo federal na assistência a crianças com microcefalia, má-formação provocada pelo vírus. O STF também poderia editar uma “súmula vinculante”, decidindo que o aborto no início da gravidez é legal em todos os casos, se houver muitas decisões e habeas corpus nesse sentido. Em todos os casos, o STF precisaria entender que o Código Penal vai contra direitos fundamentais presentes na Constituição, como fez o ministro Barroso nesse caso específico.⁶²

Se nosso ordenamento jurídico privilegia, consagra e estimula o transplante de órgãos como forma de preservação da vida humana, não há que se falar em enquadrar o aborto até o terceiro mês de gestação como conduta permissiva.

A prioridade é a preservação da vida humana em todos os seus contextos desde a concepção, em conformidade com a teoria concepcionista adotada pela lei em nosso país.

Não se trata de estabelecer ou mesmo de solucionar os conflitos existentes entre o direito à vida e a liberdade de escolha da mulher sobre manter ou não a gestação.

A lei penal é clara no sentido de reconhecer em quais situações o aborto pode ocorrer, abarcando, desse modo não somente os casos em que podem ocasionar perigo às mães, mas também aqueles casos em que o aborto pode gerar sequelas psíquicas.

Os problemas que envolvem a permissão do aborto até o terceiro mês de gestação vão além de conflitos principiológicos, é imprescindível que os demais temas que permeiam a conduta sejam analisados de forma coerente, como afirma o ministro Barroso em seu voto, mesmo votando pelo reconhecimento do pedido formulado.

⁶² TEIXEIRA, Thiago Melo **O STF legalizou o aborto até o terceiro mês de gestação.** Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/12/o-stf-legalizou-o-aborto-no-brasil-ate-o-terceiro-mes-de-gestacao.html> acesso em 01 nov 2019

Com efeito, a criminalização do ato de interrupção voluntária da gestação não se mostra como uma escolha política constitucionalmente amparada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, tendo em consideração a necessidade de tutela dos direitos envolvidos, bem como porque não tutela o bem vida pretendido.⁶³

O tema é de entendimento complexo e não há unanimidade em sua análise, pois existem pensamentos que entendem que ao admitir o aborto até o terceiro mês de gestação não é crime considerando a teoria natalista. Contudo, ressalta-se que nossa legislação é dirimida pela teoria concepcionista.

Ora, esse entendimento chega a ser uma afronta quando comparado ao direito à vida e sua integridade garantido pelo legislador constitucional, quando coloca esse direito como garantia fundamental aos cidadãos brasileiros, até mesmo o que estão por nascer

Portanto, o direito à vida vem como fundamental aos cidadãos brasileiros sem qualquer distinção cabendo a preservação de modo amplo. Nesse ponto pauta a consagração da igualdade de todos.

Diante disso o aborto não deve ser legalizado, já que a conduta além de ser proibida expressamente contraria a preservação da vida, esse é o posicionamento que deve prosperar nesse sentido.

Ainda que não seja unânime, existindo como visto da análise dos votos do *habeas corpus* em questão aqueles que colocam a liberdade de escolha e sexual da mulher como ponto chave, não é possível desconsiderar a existência de vida desde a concepção.

São inúmeros métodos contraceptivos existentes e de fácil acesso a toda população, além disso a educação sexual tem feito parte do cotidiano escolar e mesmo nas famílias o assunto não é mais considerado um tabu e por isso classificar uma gravidez como indesejada a ponto de justificar o aborto não implica em entender a liberdade de escolha sobre o direito à vida.

A liberdade de escolha deve sim ser usada, as mulheres têm sim o direito de querer engravidar ou não e para isso pode escolher dentre os vários tipos de contraceptivos o que melhor se adaptar e via de consequência ter a vida sexual que quiser sem que isso leve a uma gravidez indesejada.

⁶³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

Assim, ressalta-se que o aborto não deve ser legalizado, pois as condutas permissivas já são acolhidas pela lei penal de modo a entender verdadeiramente as gravidezes indesejadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sempre que o assunto é a prática do aborto pressupõe a existência de discussões tanto na sociedade quanto no meio jurídico, pois os entendimentos levam a questões de moral e ética, ligadas as determinações legais.

A conduta é vedada pelo Código Penal nos artigos 124 e seguintes e permitidas nos moldes do artigo 128 e dos portadores de anencefalia.

O início da vida, o marco inicial não tem um entendimento unanime a respeito, pois as teorias de concepção da vida demonstram em alguns casos, como nos casos de alimentos o reconhecimento da teoria concenpcionista, enquanto para fins de sucessão o reconhecimento da teoria natalista.

Fato é que a conduta do aborto deve ser criminalizada a qualquer tempo, conforme descreve o dispositivo legal, não podendo ser relativizado ou interpretado, como expõe os votos do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dessa conduta.

O direito à vida daquele que está por nascer prevalece quando considerado a liberdade de escolha da mulher, pois existem no mercado diversos métodos contraceptivos que não permitem a ocorrência da gravidez, sendo, portanto, não aceitável os dizeres de gravidez indesejada.

Diante do problema exposto nesse trabalho a resposta se dá de forma negativa, ou seja, o aborto deve ser criminalizado em qualquer tempo, sejam antes ou depois do primeiro trimestre de gestação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ed., São Paulo: Método, 2016, p.85

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOSA, Gabriela **A vida enquanto direito fundamental do ser humano**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>. Acesso em 04 set 2019

BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL, CÓDIGO PENAL. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC. 124.306. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 06 nov 2019

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS -TJMG - Apelação Cível 1.0459.16.000396-6/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/05/2018, publicação da súmula em 17/06/2018

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.007499-1/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017). Acesso em 27 out 2019

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.70/2012. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.2. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.95

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.162.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. **ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em 10 nov 2019

DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida**. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na-concepcao-vs-opinioes-e-subjetividades/>. Acesso em 18 out 2019

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETE, Elpídio **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em 10 nov 2019

FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7 Acesso em 15 agosto 2019

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MARTINEZ, Pablo Dominguez; **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**, 2 ed., São Paulo: Método;

MENDES, Gilmar Ferreira Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RÊGO, Luciana dos Santos Nogueira, **Direito à vida na ordem constitucional brasileira**

SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson, **Direito Civil Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.235.

TARTUCE, Flavio **Manual de Direito Civil**, 4ª ed, São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, Thiago Melo **O STF legalizou o aborto até o terceiro mês de gestação**. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/12/o-stf-legalizou-o-aborto-no-brasil-ate-o-terceiro-mes-de-gestacao.html> acesso em 01 nov 2019

VIANA, André de Paula. **Tipos de aborto**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17100&revista_caderno=3. Aceso em 24 nov 2019