



**FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

**LETÍCIA ALEXANDRA GARCIA OLIVEIRA**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO  
EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE**

**BACHARELADO  
EM  
DIREITO**

**CARATINGA- MG  
2018**



**FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

**LETÍCIA ALEXANDRA GARCIA OLIVEIRA**

**DECRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO  
EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE**

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor Msc. Rodolfo de Assis.

**CARATINGA-MG  
2018**


**TERMO DE APROVAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado  
Descriminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada até o primeiro trimestre, elaborado pelo  
aluno Letícia Alexandra Garcia Oliveira 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 de \_\_\_\_\_ 20\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Márcio Xavier

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Alessandra Dias Baião

“A humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo.” Simone de Beauvoir

Dedico a presente monografia aos meus  
irmãos: Eduardo Antônio de Oliveira Júnior  
e Henrique Bruno Garcia Oliveira.

## **AGRADECIMENTO**

Sou grata a todos que me ajudaram, sendo de forma direta ou indireta, contribuindo para a minha formação. Agradeço a todos os professores, mas em especial ao Prof. Rodolfo de Assis Ferreira e ao Prof. Juliano Sepe não só por serem meus orientadores, mas também pelo auxílio e suporte que me deram, até mesmo sem eles perceberem. E não poderia me esquecer da Rose que me ajudou de forma tão solícita nos momentos mais complicados ao decorrer do curso.

Em especial agradeço minha família, minha mãe, Maria das Graças Assis Garcia de Oliveira (in memoriam) que foi a minha maior incentivadora, a meu pai e irmãos que pelo apoio, carinho e dedicação.

E aos amigos que fiz durante a faculdade, que espero levar pra vida toda.

A Juliana Solon sou imensamente grata pela amizade, atenção e paciência, assim como sou grata a Sara e ao Amir, pessoas as quais estimo muito. Sem vocês eu não sei o que seria de mim nesses últimos anos na faculdade.

A todos vocês o meu mais sincero obrigado!

## RESUMO

O presente projeto de pesquisa visa analisar a condição da mulher diante ao crime de aborto tipificado nos os artigos 124 e 126 do Código Penal de 1942, e a possibilidade da não criminalização de tal conduta até o primeiro trimestre de gestação, assumindo que levar a gravidez adiante tornasse um dever da mulher e não uma escolha, de modo que, infringi os princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e da cidadania, bem como os direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento da família, elencados na Constituição Federal de 1988.

**Palavras - chave:** Aborto; ADPF 442; Princípio dignidade da pessoa humana; Princípio da autonomia da vontade.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – DO ABORTO.....</b>	<b>14</b>
1.1 Tipos de aborto.....	14
1.2 Legislação sobre o aborto no Brasil.....	16
1.3 A questão do aborto no mundo.....	18
<b>CAPÍTULO II–DO NASCITURO.....</b>	<b>20</b>
2.1 Teorias sobre a personalidade do nascituro.....	20
2.1.1 Teoria Natalista.....	21
2.1.2 Teoria da Personalidade Condicional.....	22
2.1.3 Teoria Concepcionista.....	23
2.1.4 Atividade organizada do córtex cerebral.....	24
<b>CAPÍTULO III– ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS.....</b>	<b>25</b>
3.1 ADI 3.510.....	25
3.2 ADPF 54.....	27
3.3 HC 124.306.....	30
<b>CAPÍTULO IV–DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....</b>	<b>32</b>
4.1 Considerações acerca da ADPF 442.....	33
4.2 Descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação.....	34
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>



## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo fazer uma abordagem sobre um tema de grande polêmica, o aborto, feito o qual mulheres desde os tempos mais remotos e por motivos diferentes.

No Brasil aborto é matéria de sanção penal, elencado nos artigos 124 ao 128 do Código Penal, sendo permitido em casos específicos, como: risco a vida da mulher, estupro e em caso de feto anencefálico. Sendo que em boa parte dos países pelo mundo o aborto é autorizado até o as primeiras 12 semanas, sendo um dos motivos que o feto que nesse estágio se encontra em desenvolvimento ainda não tem qualquer funcionamento cerebral.

Em 2017 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a ADPF 442 que versa sobre a inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, com base nos direitos e princípios protegidos pela Constituição Federal, tal processo pede que se” declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas.”<sup>1</sup>

Ao passo que a questão se aprofunda por haver pensamentos conflitantes sobre quando se dá o início da vida do nascituro, havendo inúmeras teorias sobre esse assunto. De acordo com o art. 2º do Código Civil que dispõe que a ”personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” <sup>2</sup>. Sendo considerado esse o momento no qual o nascituro passaria a ter personalidade. Sendo sujeito de deveres e direitos, que até então estavam somente resguardados.

Por vezes os tribunais foram provocados para que se posicionassem, sobre tal questão e outras, como na ADI 3.510 sobre pesquisas com células-troncos, na ADPF 54 que pedia a não criminalização do aborto na gestação de feto anencefalo e o HC 124.306 em prol de 2 pessoas que foram incriminadas por efetuar abortos em clinica clandestina.

---

<sup>1</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag. 60. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>2</sup> BRASIL.**Código Civil**. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acessado em:11 de novembro de 2018

A ADPF 442 ainda se encontra pendente para julgamento, sua matéria é de extrema relevância para todas as mulheres, pois tal demanda está vinculada ao que a lhe é mais íntimo, a maternidade, a possibilidade dela e exclusivamente dela gerar em seu ventre um outro ser e optar por assim proceder ou não.

O presente será desenvolvido mediante discussões e pesquisas colhidas na doutrina, jurisprudência e nas leis, em caráter unicamente teórico sendo realizada de forma teórica-dogmática e traçada pela interdisciplinaridade entre direito penal e direito constitucional.

Assim a monografia será dividida em quatro capítulos: O primeiro, tratando da questão do aborto, tipos e legislação concernente; no segundo, aborda o nascituro e as teorias quanto ao início da sua personalidade, o terceiro sobre os julgados que de algum modo ajudaram a traçar um caminho para a discussão do aborto; e o quarto e último acerca da descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O aborto no Brasil é crime, sendo que o Código Penal traz algumas exceções, onde isenta de punição a prática do aborto quando há risco de morte para a mulher e quando a gravidez é decorrente de estupro<sup>3</sup> e em 2012 em face da ADPF 54 o Supremo Tribunal Federal incorporou a gravidez de feto com anencefalia como condição possível de interrupção da gestação<sup>4</sup>, sendo um grande avanço em torno de uma questão tão polêmica como o é aborto.

Outros tantos casos foram julgados pelos tribunais como o HC 84.025 de 2004 que teve como objeto o pedido de antecipação de parto decorrente de feto anencéfalo, ADI 3.510 de 2008 que ratificou a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias.

E o HC 124.306 de 2016 que afastou a prisão preventiva de duas pessoas, denunciadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal), com fundamento na ausência dos elementos que justificam a prisão preventiva, mas também com o fundamento de que, em interpretação conforme a Constituição, é inconstitucional a incidência dos arts. 124 e 126 do Código Penal nos casos de interrupção voluntária de gestação no primeiro trimestre de modo a estabelecer premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.

Tais casos serviram de ensejo a ADPF 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2017 que ainda se encontra em tramite, que requer:

[...] a confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por

---

<sup>3</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União 1940; 31 dez

<sup>4</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de **Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54** [internet]. Diário da Justiça Eletrônico n. 78/. Disponível em: Acessado em: 28 de maio de 2018

violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.<sup>5</sup>

Para melhor elucidar o proposto tema acerca da inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre se faz necessário efetuar a conceituação e a definição de pontos de extrema relevância, ao passo que o que vem a ser o aborto, segundo CAPEZ, em sua obra:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer 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. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.<sup>6</sup>

Dando continuidade ao proposto assevera-se que:

Os precedentes estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306 afirmam a impossibilidade de imputar estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação. No entanto, essa proteção não pode ser desproporcional: tem que ter como limites o respeito à dignidade

---

<sup>5</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017 p.61. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>6</sup> CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.108

da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.<sup>7</sup>

Assim não haveria conflito entre direitos fundamentais, dada a impossibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto, e sim, “uma ponderação entre os direitos fundamentais das mulheres e o respeito ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto”.<sup>8</sup>

No que concerne a dignidade da pessoa humana direciona-se o presente pelo posicionamento de Sarlet, segundo o qual entende:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>9</sup>

A dignidade da pessoa humana das mulheres e cidadania orienta o direito à autonomia no caso concreto do aborto. Os indivíduos não existem em condições abstratas, sendo que suas escolhas são sempre feitas em contextos sociais dados e suas motivações são também informadas pelas condições concretas em que vivem. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de

---

<sup>7</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, p.56. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>8</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, p. 56. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pag. 62 Disponível em:<<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=rf1QDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&ots=IfKH8VLFrB&sig=QcOkS53xHSENB4jGmhrvayNGN0#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 28 de maio de 2018

autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade.<sup>10</sup>

Sendo a autonomia, como bem aponta Barroso, um:

[...] elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apóiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.<sup>11</sup>

O chamado ciclo gravídico tem início com a recepção do óvulo fecundado pelo útero, e seu término dá-se com a expulsão do feto. No momento em que há descontinuidade de tal ciclo, configura-se então o aborto. Em havendo continuidade no processo, com o parto do feto começa o período conhecido como puerpério, que se estende até a completa involução do útero, ou seja, ao retorno das condições físicas e psíquicas do período anterior à gravidez.

---

<sup>10</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, p. 50. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>11</sup>Luís Roberto Barroso, **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 2010. Disponível em: [http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> Acesso em: 28 de maio de 2018

## CAPÍTULO I- DO ABORTO

No primeiro capítulo deste presente trabalho serão abordados os tipos de aborto, a legislação do aborto no Brasil e como outros países no mundo se posicionam acerca deste assunto. Assim vale lembrar que aborto, de forma simples, é a interrupção da gravidez, que pode ser espontâneo ou induzido, a partir expulsão ou extração de um embrião ou feto pesando menos de 500g (aproximadamente 20-22 semanas de gestação), independentemente ou não da presença de sinais vitais.

E para melhor entendimento, faz-se ressalva do que vem a ser óbito fetal:

[...] é a morte de um produto da concepção, antes da expulsão ou da extração completa do corpo da mãe, independente da duração da gestação: indica o óbito o fato de o feto, depois da separação, não respirar nem apresentar nenhum outro sinal de vida, como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária.<sup>12</sup>

Nos tópicos a seguir será abordada a questão dos tipos de aborto, a legislação que incrimina tal conduta no Brasil e como essa questão é pautada em alguns países do mundo.

### 1.1 Tipos de aborto

Buscando por uma nomenclatura mais próxima da utilizada pelos membros da área de saúde podemos considerar quatro tipos de aborto, sendo eles a: interrupção eugênica da gestação, interrupção terapêutica da gestação, interrupção seletiva da gestação e interrupção voluntária da gestação.

---

<sup>12</sup>Disponível em: <[http://www.saude.sp.gov.br/resources/ccd/homepage/acesso-rapido/civs/oficina-aprimoramento/obito\\_fetal\\_perda\\_fetal\\_ou\\_morte\\_fetal.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ccd/homepage/acesso-rapido/civs/oficina-aprimoramento/obito_fetal_perda_fetal_ou_morte_fetal.pdf)> Acessado em: 20 de outubro de 2018

O primeiro tipo de aborto que iremos discorrer é o eugênico, onde o a interrupção da gestação se dá por motivos de cunho racistas e desumanos, sendo uma prática que se dá sem o consentimento da gestante. Para melhor explicitar tal pensamento recorro ao íntegro e relevante trabalho de Débora Diniz e de Marcos de Almeida, *Bioética e Aborto*:

Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar;<sup>13</sup>

O segundo tipo é o terapêutico, onde o que se visa é a saúde da mulher, pois levar a gestação adiante pode trazer sérios riscos para ela, inclusive a sua morte, tal tipo de aborto já é de forma geral um consenso, pois é permitido em inúmeros países. Como bem é demonstrado:

Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento;<sup>14</sup>

O terceiro tipo de interrupção da gestação é a seletiva, onde o aborto se dá pelo fato do embrião ou o feto não ter expectativa de sobrevivência fora do útero materno. Nessa perspectiva:

---

<sup>13</sup> DINIZ, Débora; DE ALMEIDA, Marcos. **Bioética e Aborto**. Iniciação à Bioética. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2018.

<sup>14</sup> DINIZ, Débora; DE ALMEIDA, Marcos. **Bioética e Aborto**. Iniciação à Bioética. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2018.



Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico o da anencefalia.<sup>15</sup>

O quarto e último tipo que iremos abordar é a interrupção voluntária de gestação, que se dá por meio da escolha da mulher ou do casal, sendo a gravidez fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Assim para melhor entendimento:

Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Muitas vezes, as legislações que permitem a IVG impõem limites gestacionais à prática.<sup>16</sup>

Aqui não se aborda os casos de aborto espontâneo, fato muito comum no início da gravidez, por se tratar de algo que não se tem controle, de modo que se atem ao que é mais relevante ao presente trabalho, a seguir trataremos da legislação sobre o aborto no Brasil.

## 1.2 Legislação sobre o aborto no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro protege a vida de uma forma geral, inclusive a uterina. Pois embora aja grande discussão a cerca do início da vida a lei coloca a salvo os direitos do nascituro, e o aborto é uma dessas violações que são reprimidas

---

<sup>15</sup> DINIZ, Débora; DE ALMEIDA, Marcos. **Bioética e Aborto**. Iniciação à Bioética. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2018.

<sup>16</sup> DINIZ, Débora; DE ALMEIDA, Marcos. **Bioética e Aborto**. Iniciação à Bioética. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2018.

através de penalizações. O Código Penal Brasileiro de 1940 trata no capítulo de crimes contra a vida o crime de aborto em seus artigos 124 ao 128, que aqui citados:

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

Pena - detenção, de um a três anos.

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

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

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

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.<sup>17</sup>

A legislação brasileira permite o aborto quando a risco para a mulher, quando a gravidez é decorrente de estupro e em caso de anencefalia. O jurista Alexandre de Moraes, entende que:

Em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria sim ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria flagrante inconstitucionalidade.<sup>18</sup>

O Código Civil Brasileiro, de 2002, em seu art. 2º protege os direitos do nascituro: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida,

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-atualizada-pe.html>. Acessado em 11 de novembro de 2018.

<sup>18</sup> MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 91

mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos humanos do embrião e do nascituro”<sup>19</sup>, assunto que abordaremos melhor no capítulo subsequente ao falarmos da questão do início da questão da personalidade do nascituro.

### 1.3 A questão do aborto no mundo

Desde as civilizações antigas já se discute a questão do aborto, na Grécia antiga Sócrates defendia que o aborto fosse um direito materno, assim como Platão para as mulheres acima de 40 anos de idade. Partindo para tempos mais próximos e para políticas mais complexas, temos em 1920 a União Soviética como o primeiro país do mundo a garantir às mulheres o direito ao aborto legal.

Em 1935, o aborto foi legalizado na Islândia, na Dinamarca em 1937, e na Suécia em 1938. Na América Latina o Cuba foi o primeiro país a permitir o aborto, sendo adotado até as dez primeiras semanas de gravidez, em 1959. O Uruguai é o segundo país, onde o aborto pode ser feito por qualquer motivo até a 12ª semana de gestação, até a 14ª semana de gestação em caso de estupro, e a qualquer momento em caso de má-formação do feto ou risco de vida para a mãe. Na Cidade do México desde 2008 pode-se abortar tanto como única limitação que ele seja efetuado até 12ª semana de gestação.

Pela Europa a vários países onde o aborto é legalizado, tendo como uma das bases a liberdade reprodutiva da mulher, como exemplo temos: Alemanha, Bulgária, Dinamarca, Grécia, Noruega, Suécia e Suíça que liberam a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana, mas também temos outros países como Portugal que libera o aborto até a 10ª semana e a Croácia até a 24ª semana de gestação.

O que se tem reparado nos “países em que o aborto foi legalizado, não só a taxa de mortes resultadas dos abortos inseguros diminuiu como também o número de abortos provocados.”<sup>20</sup> Pois a legalização foi aprovada de forma conjunta a políticas de prevenção à gravidez indesejada.

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acessado em: 11 de novembro de 2018

<sup>20</sup> SOUZA, Mirela Caldeira de; SILVA, Andressa Lopes da. **Os benefícios da legalização do aborto**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <<http://www.ambito->

Nos Estados Unidos temos o emblemático caso de *Roe versus Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973, essa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos a favor do aborto nos primeiros dois trimestres de gravidez é citada por praticamente todos os teóricos que tratam do tema.

Essa sentença não só acarretou em uma onda de liberalismo a favor do aborto em países europeus, como também movimentou reações contrárias dentro e fora dos Estados Unidos, levando países como a Irlanda a não apenas restringir o aborto em suas clínicas, mas de proibir a saída de mulheres grávidas do seu território e a circulação de informação sobre clínicas abortivas em outros lugares da Europa.

## CAPÍTULO II – DO NASCITURO

Neste segundo capítulo, será abordada a questão do nascituro e as principais teorias no que concerne a personalidade jurídica desde. Sendo assim vale reverberar que nascituro é todo aquele que já foi concebido, ou seja, o resultado do encontro do gameta masculino com o feminino e posterior processo de nidação pelo qual o zigoto se prende ao endométrio da mulher para o seu desenvolvimento.

De acordo com Maria Helena Diniz:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida iniciase no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepitível e, com isso, cada ser humano único.<sup>21</sup>

O nascimento se dá quando a partir do momento que o bebê sai do ventre materno e respira no ambiente externo. Todavia, o que se discute não é o momento do nascimento e sim o momento da vida, existindo muita discussão acerca do assunto. Assim nos tópicos que se seguem será abordado as teorias que se posicionam sobre o início da vida e assim o da personalidade.

### 2.1- Teorias sobre a personalidade jurídica do nascituro

O momento em que surge a personalidade civil da pessoa natural é de suma importância para o Direito, principalmente para o Direito Civil. O art. 2º do Código Civil dispõe que a "personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Personalidade jurídica segundo Clovis Carlos Roberto Gonçalves p é "a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair

---

<sup>21</sup>DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002,p.27.

obrigações”<sup>22</sup>. Ou seja, é a competência para figurar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica. Essa figura jurídica está diretamente ligada à posse de direitos e deveres, portanto só tem direito a algo quem possui personalidade jurídica.

No que diz respeito ao início da personalidade contamos com três teorias proeminentes, sendo elas: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. Para melhor entendimento do tema analisaremos elas a seguir.

### 2.1.1- Teoria Natalista

Para essa teoria a personalidade jurídica é adquirida apenas com o nascimento com vida, nesse sentido, o nascituro teria apenas expectativa de direitos. Assim nas palavras de Flávio Tartuce “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 a imagem”.<sup>23</sup>

Conforme Rodrigues:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.<sup>24</sup>

Os adeptos desta teoria afirmam que se o nascituro tivesse personalidade desde a concepção, como defendido pelos concepcionistas, não seria necessária essa taxatividade já que o mesmo seria considerado pessoa e seus direitos

---

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p, 94.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34.ed.São Paulo: Saraiva,2007,p. 36.

subjetivos seriam outorgados automaticamente sem haver necessidade de especificá-los.

### 2.1.2- Teoria da Personalidade Condicional

Essa teoria diz que o nascituro tem determinados direitos, mas que estes estão sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento deste com vida. Assim como a natalista, essa teoria entende que a personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida, a diferença é que enquanto a natalista nega qualquer direito ao nascituro, a teoria da personalidade condicional resguarda os direitos do mesmo, desde que ele nasça com vida. Assim Flávio Tartuce salienta:

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.<sup>25</sup>

A condição suspensiva está prevista no art. 121 do Código Civil de 2002, sendo essa um elemento acidental do negócio ou ato jurídico que condiciona sua eficácia a um evento futuro e incerto, que nesse caso o evento seria o nascimento com vida. Assim o nascituro seria titular de um direito eventual. Segundo Rodolfo Pampola Filho e Ana Thereza Meirelis Araujo:

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade

---

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.<sup>26</sup>

Quando em fase intrauterina o nascituro tem suas garantias, porém só se consolidam com o nascimento com vida, caso venha a morrer é como se nunca tivesse possuído personalidade.

### 2.1.3- Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista afirma que “a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto”<sup>27</sup>, assim por ser um ser vivo, é um possuidor da personalidade jurídica.

Sergio Abdalla Semião afirma:

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.<sup>28</sup>

Para Venosa “o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido, e que poderá ser sujeito de direitos no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual”<sup>29</sup> ele aponta dois outros fatores de suma importância que é a questão do regime protetivo que

---

<sup>26</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal. Publicado em 2007. Disponível: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23883291\\_NASCITURO\\_TUTELA\\_JURIDICA\\_A\\_LUZ\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx).... Acessado em 10 de outubro de 2018.

<sup>27</sup> ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a Alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 35.

<sup>28</sup> SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.35.

<sup>29</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010, p.135.



abrange mais de uma das áreas das ciências jurídicas, sendo tratado tanto pelo Direito Civil quanto pelo Direito Penal, embora ainda não possua em sua totalidade os requisitos da personalidade. Assim para Venosa<sup>30</sup>, o nascituro ainda que não seja considerado pessoa, possui a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

#### 2.1.4 Atividade organizada do córtex cerebral

Essa teoria acerca do início da vida está pautada em conhecimentos científicos, e estabelece que a atividade organizada do córtex cerebral começa entre as 25 semanas e as 32 semanas, o que seria por volta do segundo trimestre de gestação. Assim o feto até esse momento não teria consciência ou sentiria dor. Como bem se posiciona Pedro Madeira:

É a partir desta altura que as ligações sinápticas entre células cerebrais individuais começam a estabelecer-se — até esta altura, essas células eram pequenas ilhas, por assim dizer. Começa a ser possível captar as ondas cerebrais do feto através de electro-encefalogramas. Argumentavelmente, é sensivelmente a partir desta altura que o feto começa a pensar e a ter consciência, algo que tanto um ser humano adulto como um bebé recém-nascido têm (embora em graus diferentes, obviamente).<sup>31</sup>

Como esclarecimento, vale ressaltar que entre os países que legalizaram o aborto não há um consenso sobre até que momento pode-se ou não abortar, pois há pontos divergentes na fundamentação de decisão, como por exemplo em Portugal, onde o aborto pode ser efetuado até a décima semana e no Reino Unido até a vigésima quarta semana, mas em grande maioria o tempo determinado é até a décima segunda semana.

---

<sup>30</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010, p.135.

<sup>31</sup> MADEIRA, Pedro. **Argumentos sobre o aborto**. Crítica, 2014. Disponível em: < <https://criticanarede.com/aborto1.html> > Acessado em: 19 de novembro de 2018

## **CAPÍTULO III- ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS**

No terceiro capítulo a temática a ser tratada versa sobre o posicionamento dos tribunais que de algum modo coadunam com a questão abordada no presente trabalho. Julgados como a ADI 3.510 que ratificou a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias, a ADPF 54 que permitiu que a mulher pudesse realizar a interrupção da gravidez no caso de anencefalia e a HC 124.306 que afastou a prisão preventiva de duas pessoas denunciadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto.

Casos como esses fazem com que os tribunais tenham que se posicionar sobre questões complexas, como a questão do início da vida, assim de algum modo abrindo espaço para demandas futuras, que ainda de tema divergente tem pontos semelhantes a serem discutidos, então estes julgados serão abordados nos próximos tópicos.

### **3.1 ADI 3.510**

Em 2005 foi aprovada no Congresso Nacional uma nova Lei de Biossegurança de número 11.105, que ue tava a permissão para o uso, em pesquisas e terapias, de células-tronco obtidas a partir de embriões humanos.

O art. 5º da nova lei, apesar de descriminalizar a utilização de células tronco embrionárias para fins médico-científicos, estabeleceu uma série de parâmetros a serem observados na permissão, em cada caso, e nos procedimentos técnicos em geral. Nos termos do próprio artigo:

Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados 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 completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Algum tempo depois da publicação oficial da lei 11.105/05, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510/DF9, no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da disciplina trazida por esse artigo.

Então em 2008 ratificou-se a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias, o ministro Carlos Ayres Britto relator do caso fundamentou alegando com base em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar e entre outras alegações, ele afirma:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião.<sup>32</sup>

O ministro Carlos Ayres Britto também conclui que:

[...] se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que

---

<sup>32</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008, pag. 165 Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acessado em: 20 de outubro de 2018

se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.<sup>33</sup>

É válido ressaltar a relevância que as células-tronco embrionárias tem, uma vez que são as células com maior capacidade de diferenciação, podendo se transformar em quaisquer outros tipos de células presentes no organismo humano com mais eficiência e qualidade. Assim sendo de grande utilidade nas pesquisas científicas para obtenção de remédios e tratamentos mais adequados.

### 3.2 ADPF 54

A arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) teve o intuito de pedir a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, onde a conduta de interrupção de gravidez de feto anencefálico era tipificada.

Para melhor entendimento, anencefalia vem a ser:

[...] uma malformação incompatível com a vida. Dados de literatura relatam que entre 75% a 80% dos fetos com anencefalia são natimortos, ou seja, morrem ainda no útero. O restante morre dentro de horas ou poucos dias após o parto. O prolongamento dessa gestação pode afetar o bem-estar físico e mental da mulher e até mesmo colocar a sua vida em risco.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510.** Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008, pag. 201 Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acessado em: 20 de outubro de 2018

<sup>34</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.** Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos : norma

Essa arguição foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde em 2004, sendo julgada apenas oito anos depois, em uma votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 e aprovado por 8 votos a favor e 2 votos contra.

Sendo o relator o ministro Marco Aurélio Mello, que com base nos seguintes termos normativos: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 5º, II, (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); art. 6º, caput, e art. 196 (direito à saúde) da Constituição Federal de 1988, se posicionou a favor do pedido da ADPF 54, pois a “incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”.<sup>35</sup>

Em relação ao direito à vida o ministro relator alega que só existe vida após a fecundação somada a viabilidade de sobrevivência, fazendo menção a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei n.9.434/97) que determina como morte a chamada morte encefálica, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo, assim o ministro se remete a resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamenta os critérios de diagnóstico de morte encefálica(Resolução n. 1.480/97) que:

[...] determina que o diagnóstico deve ser consequência de processo irreversível e causa conhecida e que clinicamente o paciente deve apresentar coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia. Além disso, exames complementares devem demonstrar, inequivocamente, ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. Com um desses requisitos presente, a falência do cérebro é irreversível. Assim, os critérios para o diagnóstico e declaração de morte cerebral são tais que se tem certeza de que o indivíduo, que já possuiu um dia as suas capacidades cerebrais, não apresenta chance alguma de voltar a tê-las no estágio atual da Medicina.

---

técnica / Ministério da Saúde, **Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas**. – Brasília : Ministério da Saúde, 2014,pag.07

<sup>35</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54** [internet]. Diário da Justiça Eletrônico n. 78/.pag. 79 Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>Acessado em: 28 de agosto de 2018

Seguindo esse parâmetro o ministro aduz que se a morte é determinada pela morte cerebral a interrupção da gestação do feto anencéfalo não poderia ser considerada como um aborto, mas sim como uma interrupção terapêutica da gravidez, pontuando que “o critério da morte cerebral é hoje usado para a definição de vida e morte tanto no Direito Civil como no Direito Penal e no Biodireito.”

Tendo em vista tal argumento, pode-se aludir que a interrupção da gestação até o primeiro trimestre, por se tratar de um estágio da gravidez onde o feto não tem qualquer atividade cerebral, não estaria indo contra ao direito a vida, por quanto, não teria vida a ser tutelada.

Retomando a questão do feto anencefalo, o Ministro Marco Aurélio Mello alude que:

[...] o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.<sup>36</sup>

De forma geral, os Ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Carmem Lúcia, acompanharam o voto do relator, considerado que não há viabilidade de vida e que se trata de um natimorto cerebral, pautando-se assim em argumentos biológicos. E os Ministros, Ricardo Lewandowski e César Peluso votaram contra a liberação por entenderem existir vida no feto anencéfalo.

Tal assunto teve grande repercussão e com certeza foi um grande avanço para a mulher ao STF permitir que ela pudesse escolher interromper a gravidez em caso feto anencéfalo ou se assim quisesse levar a gravidez até o final.

---

<sup>36</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54** [internet]. Diário da Justiça Eletrônico n. 78/. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acessado em: 28 de agosto de 2018

### 3.3- HC 124.306

O HC 124.306 afastou a prisão preventiva de duas pessoas, denunciadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal), com fundamento na ausência dos elementos que justificam a prisão preventiva, mas também com o fundamento de que é inconstitucional a incidência dos arts. 124 e 126 do Código Penal nos casos de interrupção voluntária de gestação no primeiro trimestre.

Tal posicionamento levantado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, gerou grande repercussão, pois pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma de suas instâncias e em controle incidental de constitucionalidade, adotou tal tese.

O ministro Luís Roberto Barroso, alegou que:

[...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.<sup>37</sup>

O ministro também ressaltou a condição social da mulher que decide abortar, ao criticar o impacto da criminalização do ato sobre as classes mais pobres, sendo que a criminalização do aborto:

[...] impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos

---

<sup>37</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306**. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016, pag. 56. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acessado em: 12 de outubro de 2018

procedimentos cabíveis. “Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.”<sup>38</sup>

Tanto a ministra Rosa Weber e ministro Edson Fachin, seguiram posicionamento semelhante ao do Ministro Barroso, ao alegar que a criminalização da interrupção da gravidez até o primeiro trimestre violaria os direitos fundamentais da mulher. Os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux também votaram pela revogação da prisão preventiva, mas não se manifestaram sobre a possibilidade de descriminalização do aborto. Eles votaram pela revogação por fundamentos processuais, pois para eles não haveria fundamentos suficientes para manter a prisão preventiva. Tal ação serviu de ensejo para ADPF 442 a frente será abordada.

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306.** Paciente: Edilson dos Santos e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016, pag.56 . Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acessado em: 12 de outubro de 2018



## CAPÍTULO IV- DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

No quarto e último capítulo do presente trabalho o assunto diz respeito à questão da criminalização do aborto e os preceitos fundamentais das mulheres que são violados por não permitirem que a mulher possa escolher prosseguir ou não a gravidez nas primeiras 12 semanas.

Tendo em vista que de acordo com a Pesquisa Nacional de Aborto mais de 500 mil mulheres que realizaram um aborto no Brasil em 2015<sup>39</sup>. De modo que se considera que a cada minuto, uma mulher brasileira faz a escolha de não seguir com a gestação, e em razão da criminalização, o procedimento acontece dentro de condições insalubres e sob ameaça de persecução criminal.

O que se nota é que as mulheres de classes menos favorecidas e com baixa escolaridade são as mais assoladas pelas consequências de um aborto realizado sem um método adequado.

Mulheres jovens, negras e indígenas, pobres e pouco escolarizadas são algemadas em macas, saem do hospital direto para delegacias, possuem sua intimidade de saúde devassada por investigações policiais e midiáticas e enfrentam a possibilidade de serem levadas a júri popular, conforme se observa em decisões judiciais de tribunais de todo o país.<sup>40</sup>

A questão do aborto independe da classe social, o fato é que as mulheres com mesmos recursos acabam por efetuar a interrupção da gestação por meios perigos e degradantes que podem vir a gerar sequelas físicas e mentais, quando não lhe ocasiona sua morte.

Nos tópicos a seguir serão traçadas considerações sobre a ADPF 442 e os preceitos que são violados pela criminalização do aborto, como por exemplo a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>39</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/141381232017222.23812016>>. Acessado em: 25 de outubro de 2018

<sup>40</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag. 60. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

#### 4.1 Considerações acerca da ADPF 442

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 foi proposta em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pedindo a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, com o intuito de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação com base nos princípios da dignidade da mulher, liberdade, igualdade, cidadania, direito à saúde, direito ao planejamento familiar, razoabilidade, proporcionalidade. Sendo a matéria do pedido:

[...] a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.<sup>41</sup>

A ministra Rosa Weber relatora do processo nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, convocou duas audiências públicas reunindo especialistas e membros da sociedade civil, foram ouvidos 60 especialistas do Brasil e do exterior, entre eles pesquisadores de diversas áreas, profissionais da área de saúde, juristas, advogados e representantes de organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos e entidades de natureza religiosa.

---

<sup>41</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag. 01. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf> > Acessado em: 28 de maio de 2018

A ADPF 442 ainda continua em curso para ser julgada, e em consoante ao propósito dessa arguição o próximo tópico versará sobre a questão do aborto até o primeiro trimestre de gestão e os preceitos constitucionais violados.

#### **4.2- Criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação: preceitos violados**

Como exposto anteriormente muitas são as mulheres que recorrem a meios clandestinos e nocivos para interromper a gravidez, tendo assim direitos que lhe são assegurados transgredidos pela situação, ao passo que o medo pela repressão se faz grande, tanto da sociedade, quanto do Estado que incrimina seu ato.

Criminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação viola a autonomia da mulher garantida pelo direito fundamental de liberdade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A autonomia “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”.<sup>42</sup>

A criminalização igualmente viola o direito à integridade física e psíquica da mulher por ter que dar continuidade a uma gravidez indesejada:

[...] uma vez que a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos para uma mulher, ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência de mulheres, adolescentes e meninas.<sup>43</sup>

O direito ao planejamento familiar presente no artigo art. 226, §7º da Constituição Federal “que se constitui direito fundamental por ser fundado

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acessado em: 12 de outubro de 2018.

<sup>43</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag. 09. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf>> Acessado em: 28 de maio de 2018

diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e é infringido quando uma mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial.”<sup>44</sup>

E a criminalização do aborto viola ainda o direito à saúde elencada no art. 6º da CF, assim como o direito à vida e à segurança por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros.

O fato do aborto configurar como crime afronta também o princípio da igualdade de gênero, porque desequipara de forma injustificada mulheres e homens, decorrente do direito fundamental à igualdade previsto no caput do art. 5º da CF. Segundo essa perspectiva, “é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não”.<sup>45</sup>

Apesar dos direitos sexuais e reprodutivos não estarem expressamente previstos na Constituição Federal, estes são decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade e estão descritos em compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento, que diz:

Princípio 8. Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.<sup>46</sup>

A prevenção, que é o que se pretende ao considerar o aborto como crime passível de prisão, não ocorre visto que muitas mulheres chegam ao sistema de

---

<sup>44</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag. 11. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf> > Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017, pag.10. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomeses.pdf> > Acessado em: 28 de maio de 2018

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo**. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acessado em: 19 de outubro de 2018

saúde por procedimentos tortuosos e mal empregados. De modo que o direito penal como ultima ratio, assim sendo empregado pelo Estado como último recurso, não é a forma mais coerente para lidar com essa questão que se torna tão custosas financeiramente e sem duvida o que mais agrega para que o STF se posicione a favor do que é demandado na ADPF 442, para que as mulheres tenham liberdade de decisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi mostrar que criminalizar o aborto até o primeiro trimestre de gestação estaria infringindo as mulheres um grande sofrimento, não levando em conta a sua autonomia privada, assim como desconsiderando os seus direitos que a Constituição Federal põe a salvo.

No atual cenário brasileiro, o reconhecimento desse direito poderá dar a mulher opção de escolha, daí a importância dos fatos analisados. Deve ser verificada a presença de interesse relevante não só pra mulher em si, mas também para a sociedade, que perde muitas vezes esposas, mães, filhas, tias, etc. por algo que o Estado considera crime com pena de prisão.

Ao estabelecer o tempo de interrupção da gestação até a décima segunda semana, não só se considera os preceitos constitucionais da mulher que são violados, mas por não entender também que o feto nesse momento tenha vida, já que não há atividade cerebral. E por até esse momento o procedimento de interromper a gravidez ser menos gravoso a saúde da mulher do que até mesmo dar continuidade a gestação.

A ADPF 442 ainda não foi julgada, sendo passível pelo exposto no presente trabalho que está encontre êxito descriminalizando o aborto até o primeiro trimestre de gestação, já que o que se pretende não é que o aborto se torne algo trivial com a descriminalização, mas algo “raro e seguro”<sup>47</sup> com o auxílio do Estado e da sociedade.

---

<sup>47</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306**. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016, pag.03 . Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acessado em: 12 de outubro de 2018

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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 2010. Disponível em: [http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> Acesso em: 28 de maio de 2018

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acessado em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306**. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016, pag.03. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União 1940; 31 dez

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.108

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002  
DINIZ, Débora; DE ALMEIDA, Marcos. **Bioética e Aborto**. Iniciação à Bioética. Disponível em:<[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiaborto.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2018.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>> Acesso em: 28 de maio de 2018

MADEIRA, Pedro. **Argumentos sobre o aborto**. Critica, 2014. Disponível em: < <https://criticanarede.com/aborto1.html>> Acessado em: 19 de novembro de 2018

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo**. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acessado em: 19 de outubro de 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pag. 62 Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=rf1QDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&ots=lfKH8VLFrB&sig=QcOkS53xHSENJB4jGmhrvayNGN0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 28 de maio de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54** [internet]. Diário da Justiça Eletrônico n. 78/. Disponível em: Acesso em: 28 de maio de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 442**. Brasília, DF, 06 mar. 2017. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-abortomesees.pdf>> Aceso em: 28 de maio de 2018