

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

LEANDRO MARTINS ZANITELLI

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

SILVANA BELINE TAVARES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Leandro Martins Zanitelli, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Silvana Beline
Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-079-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso
Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte,
MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

No Congresso deste ano, o GT teve a apresentação de boa quantidade de trabalhos sobre direitos dos animais, a sugerir a conveniência, em um futuro próximo, de um grupo próprio para esse tema. Entre os trabalhos apresentados, vários versam sobre a discussão basilar, mas, não obstante, pertinente, dada a situação atual do direito brasileiro, sobre os animais como pessoas ou sujeitos de direitos. É o caso dos trabalhos de Paula Maria Tecles Clara e Paula Cristiane Motta Sales ("Os animais como sujeitos de direito"), Samory Pereira Santos ("Os animais como sujeitos de direitos fundamentais"), Carolina Maria Nasser Cury e Lais Godoi Lopes ("Para além das espécies: a busca por um conceito juridicamente adequado para os animais no direito brasileiro") e Mariana de Carvalho Perri ("Dignidade para animais não humanos: uma questão de justiça"). Outros trabalhos se debruçam sobre temas mais pontuais, como o de Cristian Graebin e Selma Rodrigues Petterle ("A aplicação dos princípios constitucionais ambientais de precaução e prevenção em relação ao animal não humano"), sobre a ressignificação dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção tendo em vista o imperativo da consideração aos interesses dos animais, e os de Rafael Speck de Souza ("Experimentação animal na sociedade de risco e a violação do princípio da igual consideração de interesses"), Roberta Maria Costa Santos ("Experimentação animal: uma análise à luz da ética animal e da Constituição Federal de 1988") e Lucia Frota Pestana de Aguiar Silva ("Habermas e o futuro da natureza humana diante da ética animal: utilização oblíqua da doutrina habermasiana em justificativa a comitês de ética e experimentação animal"), sobre a permissibilidade e limites do uso de animais em experimentos.

Carolina Belasquem de Oliveira e Thais Garcia Jeske no artigo Saúde mental no Brasil a partir de uma perspectiva da bioética buscam a partir da visão focaultiana refletir acerca da autonomia dos pacientes com transtornos mentais lembrando que estes e o tratamento dos pacientes com transtornos psiquiátricos é algo que deve ser debatido atualmente. Trazem a reflexão acerca da reforma psiquiátrica em conjunto com os princípios estruturantes da bioética, ressaltando as diferenças para os pacientes acometidos pela doença antes e depois da Lei 10.216/2001.

O artigo Transexualidade, biodireito e direito de família: a necessidade de valorização da autonomia privada escrito pelas autoras Ariete Pontes De Oliveira e Iana Soares de Oliveira Penna pretende analisar algumas implicações da transexualidade no Direito de Família, a

validade do casamento após a cirurgia de mudança de sexo, a alteração do registro civil dentre outras questões utilizando como fundamento princípios constitucionais e do Direito de Família, sob o marco do Estado Democrático do Direito e a dignidade da pessoa humana.

Corpo e subjetividade na transexualidade: uma visão além da (des)patologização artigo de Leonardo Canez Leite e Taiane da Cruz Rolim tem como objetivo, discutir a transexualidade no contexto das políticas de saúde pública no Brasil, frente à luta pelo reconhecimento de transexuais. Buscou-se problematizar as diferentes classificações e intervenções que foram decisivas na estruturação da transexualidade enquanto transtorno de identidade de gênero, atenuando as possibilidades de ditos da transexualidade a uma patologia, lembrando que, toda construção política dos corpos desvela e articula sexualidade, gênero e direitos humanos com ênfase na construção de uma democracia pós-identitária.

No artigo Uma reflexão sobre a tutela jurídica do embrião humano e a questão do aborto no Brasil, Lília Nunes Dos Santos discorre sobre o início da vida e de sua natureza propondo pesquisar sobre os dados apresentados pelas ciências biomédicas a respeito do início do ciclo vital e abordando as considerações jus filosóficas acerca do momento em que o homem passa a existir. À luz da Constituição Federal, do Código Civil e do Código Penal pátrios observou-se segundo a autora a proteção e a tutela do direito à vida e à existência do nascituro em torno da problemática sobre a descriminalização do aborto.

Antonio José Mattos do Amaral e Rogério Sato Capelari no artigo Da imperiosa necessidade de alteração do Art. 58 da Lei 6.015/1973: um registro público de respeito à transexualidade e o direito ao nome social sem a intervenção do poder judiciário retratam o problema da discriminação, intolerância e discriminação sofrida pelos transexuais em seu cotidiano, apresentando-se o imperativo de alteração de nome sem a necessidade do transexual se submeter a um processo de transgenitalização por considerar que tal procedimento não se faz necessário para registrar paz e conforto em sua condição de transgênero.

Em Uma resposta para o dilema da internação compulsória do dependente químico à luz da bioética latino-americana as autoras Mônica Neves Aguiar Da Silva e Jessica Hind Ribeiro Costa fazem uma reflexão acerca das complicações decorrentes do uso nocivo de substâncias psicoativas e o dilema referente a necessidade (e efetividade) da internação compulsória. Propõem as autoras a construção de um contraponto entre a autonomia individual dos dependentes químicos e a situação de extrema vulnerabilidade em que vivem.

Os autores Danilo Zanco Belmonte e Edgar Dener Rodrigues no artigo Direitos fundamentais e a proteção jurídica do embrião in vitro buscam, por meio de pesquisa bibliográfica,

investigar a partir do processo de reprodução humana assistida, na modalidade in vitro, o problema quanto à eliminação de embriões excedentes contraposto com o direito à vida. Perquiriram qual a situação jurídica do embrião desta maneira concebido para o direito, bem como, se são detentores de direitos fundamentais, em especial o direito à vida.

O artigo Parto anônimo ante aos direitos humanos e fundamentais de Roberta Ferraço Scolforo e Juraciara Vieira Cardoso tem por objetivo examinar o instituto do parto anônimo, visando à compreensão do conceito e do histórico da roda dos expostos, por meio do estudo do Direito Comparado e de sua evolução no Brasil, além de estudar o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação quando se está diante de uma relação afetiva, parental e acima de tudo sanguínea, analisando os direitos fundamentais da criança e os pontos polêmicos do parto anônimo no Brasil.

Utilizando categorias como corpo, gênero, sexo, invisibilidade social e intersexualidade a partir do método pós-estruturalista de matriz foucaultinana, o artigo Os corpos refeitos: a intersexualidade, a prática médica e o direito à saúde de Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira tem por objetivo discutir como a prática médica atua sobre os corpos intersexuais a partir das cirurgias de normalização do sexo, e, se estas violam o direito à saúde das pessoas com anomalia no desenvolvimento sexual, partindo da premissa que o direito à saúde é direito humano protegido pelo direito interno e internacional.

Rodrigo Róger Saldanha e Larissa Yukie Couto Munekata em O tráfico de órgãos e tecidos no direito brasileiro têm por objetivo analisar a lei que regula a matéria de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplante e tratamento - Lei nº 9.434/97, bem como o artigo 199, §4º da Constituição Federal. Trataram ainda sobre a questão da comercialização de tecidos, especialmente de medula óssea, como uma forma de disposição voluntária que segundo os autores deveria ser legalizada; as espécies de transplantes e o tratamento anterior à Lei nº 9.434/97.

Relevante, igualmente, a produção concernente a questões de autonomia e capacidade bioética. Nesta seara, debruçou-se Iara Antunes de Souza ao revisar a teoria das incapacidades à luz do novíssimo Estatuto da pessoa com deficiência, trazendo tese sobre o tema que certamente irá auxiliar a interpretação das novas normas legais. Examinando a autonomia no final da vida, Maria de Fátima Freire de Sá e Pedro Henrique Menezes Ferreira fazem interessante paralelo entre a Colômbia e a Bélgica a partir do estudo de caso. E Amanda Souza Barbosa enriquece a doutrina brasileira sobre o tema ao nos brindar com seu artigo O necessário (re)pensar do tratamento jurídico conferido às decisões sobre o fim da vida no Brasil: contribuições a partir de Dworkin, Beauchamp e Childress.

Ainda no viés do estudo sobre a autonomia, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann nos apresenta hipótese em que a vulnerabilidade acrescida deu ensejo a um dos casos mais polêmicos envolvendo experimentação em crianças nos EUA. Natália Petersen Nascimento Santos, por sua vez, constrói a tese da existência de ficção de respeito à autonomia quando envolvida a exploração do sujeito nas pesquisas clínicas com humanos.

Outros trabalhos, igualmente consistentes e de reconhecida utilidade acadêmica merecem ser apresentados: Sociedade de Risco, Bioética e Princípio da precaução de Marcelo Pereira dos Santos; A criação e a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: uma análise através da Bioética e do advento da lei 12.654/2012 de Carlos Eduardo Martins Lima; Submissão obrigatória à identificação do perfil genético para fins criminais: uma abordagem à luz do direito à intimidade e da dignidade da pessoa humana, de George Maia Santos e Pedro Durão; Os perigos da biotecnologia à prática da medicina tradicional baseada em plantas e o papel do direito na garantia do direito à medicina tradicional, de Robson Antão de Medeiros; A eugenia liberal: um olhar a partir da obra "O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas, de Riva Sobrado de Freitas e Daniela Zilio.

UMA REFLEXÃO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO E A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL

A REFLECTION ON THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN EMBRYO AND THE ISSUE OF ABORTION IN BRAZIL

Lília Nunes Dos Santos

Resumo

Não é recente o questionamento da humanidade em torno do início da vida e de sua natureza, por isso, o estudo proposto tem por fim pesquisar sobre os dados apresentados pelas ciências biomédicas a respeito do início do ciclo vital e abordar as considerações jus filosóficas acerca do momento em que o homem passa a existir. A partir desta abordagem analisou-se o surgimento e a construção dos direitos humanos, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana como atributo inerente a todo o homem e anterior a qualquer forma de reconhecimento pela lei ou pelo Estado. Nesta perspectiva, o referido princípio foi erigido como fundamento do Estado Democrático de Direito, atraindo para si todos os direitos fundamentais, a partir do direito à vida, sem o qual todos os demais não podem ser salvaguardados. À luz da Constituição Federal, do Código Civil e do Código Penal pátrios observou-se proteção e a tutela do direito à vida e à existência do nascituro em torno da problemática sobre a descriminalização do aborto. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica e exploratória. Conclui-se que a absoluta negação do direito à vida do nascituro viola direitos humanos consolidados e atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Vida humana embrionária, Tutela jurídica, Direito à vida, Crime de aborto

Abstract/Resumen/Résumé

It is not recent questioning of humanity around the beginning of life and its nature, therefore, the proposed study aims to research the data presented by biomedical sciences about the beginning of the life cycle and approach the judicial philosophical considerations of the moment in which man comes into existence. From this approach we analyzed the emergence and construction of human rights, emphasizing the principle of human dignity as inherent in every person and prior to any form of recognition by the law or the State attribute. In this perspective, the aforementioned principle was erected as the foundation of democratic rule of law, attracting to itself all the fundamental rights, from the right to life, without which all others can not be safeguarded. In light of the Constitution, the Civil Code and the Penal Code patriotic observed protection and protection of the right to life and existence of the unborn child around the issue of the decriminalization of abortion. To this end, we used the

deductive method from literature and exploratory research. We conclude that the absolute denial of the right to life of the unborn child violates consolidated and attentive human rights against the democratic state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Embryonic human life, Legal guardianship, Right to life, Crime of abortion

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No mundo pós-moderno busca-se cada vez mais proteger os direitos individuais, impedir a guerra, abolir a tortura e a pena de morte, tornar efetivo os direitos do homem, porém, com a mesma intensidade, encontra-se ameaçada a vida humana embrionária, seja em razão da sua manipulação e descarte para fins de pesquisa, seja pela sua eliminação em razão da prática do aborto como direito reprodutivo da mulher e sua liberdade para decidir sobre a vida e a morte, como vem ocorrendo nos países que descriminalizaram tal prática.

Mesmo diante dos avanços ocorridos na área das ciências biomédicas comprovando o marco inicial da vida humana, ainda subsiste a divergência sobre início da proteção jurídica desta, sendo necessário buscar em outras áreas do saber a solução das seguintes indagações: quando se inicia a vida humana e em que momento o ser humano passa a existir?

Ao estabelecer tais premissas podemos analisar, à luz dos direitos humanos e do ordenamento jurídico pátrio, os critérios legais que regulamentam o início da proteção jurídica da vida humana, refletindo sobre a questão do aborto no atual cenário jurídico-penal brasileiro.

O ponto central da discussão sobre o aborto gira em torno da autodeterminação da mulher sobre seu corpo e da sua liberdade de decidir ter ou não o filho já concebido. Na hipótese do aborto seletivo e, conseqüentemente, do feto com anencefalia, a justificativa para a liberdade de escolha da gestante é fruto da evolução científica do diagnóstico de anomalias fetais, enquanto as justificativas para os demais casos são de cunho social, econômico, psíquico ou pessoal.

De maneira contraditória e paradoxal as Jornadas Brasileiras em prol do aborto tem pleiteado que a sociedade e o Estado promovam e patrocinem o Aborto Legal e Seguro, deturpando as características deste procedimento extremamente invasivo e perigoso para o organismo materno e que resulta na morte de um ser humano.

Todavia, a vida do ser humano em formação, assim como sua integridade física e psíquica, são bens jurídicos inalienáveis e inegociáveis, sobre os quais se reclama proteção penal efetiva e eficiente. É inquestionável que tais bens jurídicos são dotados de autonomia, já que o concebido não é mera parte integrante do corpo materno, mais um ser humano único e insubstituível.

Portanto, não há como se iniciar esta pesquisa sem sugerir a reflexão sobre os seguintes questionamentos: a vida extrauterina tem maior relevância que a intrauterina? É

possível a morte de um ser humano inocente na atual conjuntura de efetivação dos direitos humanos? Seria legítimo exigir o respeito ao direito à honra, à imagem, à moradia, ao trabalho, mas defender o desrespeito ao ser humano indefeso e inocente? É possível defender a concretização do Estado democrático de Direito em uma sociedade que fecha os olhos à vida humana nascente e que legitima a morte de seus próprios filhos no seio materno?

Com o objetivo de responder a estas indagações fora utilizado o método dedutivo, iniciando um estudo biomédico a respeito do início da vida humana para, a partir deste estudo refletir sobre o conceito de pessoa e sobre a tutela jurídica da vida humana embrionária no direito pátrio, com ênfase aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A pesquisa possui caráter exploratório e bibliográfico traduzido na análise crítica de livros e artigos científicos sobre o tema e correlacionados, estudo sobre a legislação nacional e internacional aplicável e levantamento dos projetos de lei referentes ao aborto.

Diante das insistentes tentativas de descriminalização do aborto pelo Legislativo, por meio da apresentação de projetos de lei, e pelo Judiciário, seja pela atuação em demandas particulares em que se pleiteia a autorização para a interrupção da gravidez, seja pelo do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54¹, o presente trabalho tem por fim analisar a questão da proteção jurídica do embrião à luz dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, da Constituição Federal e da legislação ordinária, de modo a afirmar a supremacia deste bem jurídico, vida humana, a ser protegido pelo Direito Penal.

1 QUANDO SE INICIA A VIDA HUMANA?

Todas as questões e controvérsias acerca da proteção jurídica do embrião não podem ser consideradas se não for enfrentada de maneira racional e objetiva a discussão sobre a determinação do início da vida humana, que tem como consequência, a reflexão sobre o momento em que o ser humano passa a existir e, portanto, ser respeitado em sua dignidade.

¹ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, STF, 2012).

Todavia, não é pretensão deste estudo discutir sobre o início da personalidade jurídica do embrião ou do nascituro, mas refletir se o embrião humano, seja ele corpóreo ou extracorpóreo, pertence ou não à espécie humana, é considerado ou não ser humano e, conseqüentemente, pessoa humana.

Busca-se, portanto, a definição do conceito de pessoa humana, distinto do conceito de sujeito titular de direitos e obrigações que decorre do Direito Civil, com o fim de adentrar na própria essência do conceito de ser humano, naquilo que o caracteriza em sua dignidade enquanto homem diferente dos demais seres vivos, recorrendo-se às ciências biomédicas por serem as áreas do saber que têm tarefa de investigar e esclarecer o momento em que a vida humana se inicia.

Trata-se, portanto, de uma reflexão que não decorre de definições ou critérios estabelecidos pela lei, mas que, ao contrário, os pressupõe, e, por isso os submete.

O ginecologista e obstetra Darnival da Silva Brandão (1999, p. 22) chega ao ponto de dizer que não cabe nem mesmo à Biologia, à Genética, à Embriologia, definir a vida, mas os dados que estas ciências tornam evidentes demonstram claramente quando ela tem início e é justamente a partir da autoridade destes dados que seguirá o estudo do tema.

Diante da evolução das ciências biomédicas decorrente dos avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, torna-se cada vez mais clara e evidente a resposta da principal pergunta que norteia este capítulo: Quando se inicia a vida humana?

O embriologista Keith L. Moore (1990, p. 02) vai além da questão ao sustentar que o início, não da vida, mas do próprio desenvolvimento humano começa após a união dos gametas masculino e feminino (óvulos germinativos), durante o processo conhecido por fecundação ou concepção. Para ele, este processo é caracterizado por uma sequência de eventos que se inicia com o contato do espermatozoide com o ovócito secundário (óvulo) e finaliza com a fusão de seus prónucleos e a mistura dos seus cromossomos, dando origem a uma nova célula diplóide, denominada zigoto. É o início do ser humano.

Também, a ciência genética demonstra que, concluída a fecundação, o feto possui carga genética única e exclusiva, diferenciada do pai e da mãe, e por isso, com estas não se confunde, visto que possui DNA próprio com todos os caracteres individualizados.

Assim esclarece a Dra. Márcia Mattos Gonçalves Pimentel, PhD em Genética Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

[...] Embora, ao final do séc. XX, muitos processos biológicos ainda se apresentam que não podem ser modificados. No que diz respeito ao momento em que tem início a vida humana, alguns fatos biológicos são incontestáveis. São eles: Primeiro: O indivíduo humano começa a existir biologicamente a partir do momento em que ele tem um corpo, e a formação do corpo, de qualquer pessoa inicia-se no momento da

fecundação. Ou seja, primeiro passo para a formação de um novo indivíduo é a fusão de duas células altamente especializadas, denominadas gametas. Desta forma, todo ser vivo começa sua existência a partir de uma única célula quando, então, tem início um processo contínuo de multiplicação e diferenciação celular, até que, ao tornar-se adulto, o indivíduo terá cerca de 100 milhões de células. Segundo: Uma consequência da fusão do óvulo com o espermatozoide é que estas duas células perdem a capacidade de operar independentemente uma da outra, passando a trabalhar como uma unidade chamada zigoto ou embrião unicelular. (...) Terceiro: Os genes começam a expressar suas informações, sintetizando RNA mensageiro a partir do DNA, logo após a fertilização. A ativação dos genes no embrião ocorre antes da primeira divisão celular, que se dá de 15 a 20 horas após a fertilização. O zigoto, portanto, começa a existir e a operar como unidade desde o momento da fecundação (...). Quarto: O zigoto possui um genoma (conjunto gênico) absolutamente único, que lhe confere uma identidade biológica. Cada embrião é uma combinação gênica singular. Nunca ocorreu nem ocorrerá outro genoma igual (PIMENTEL *apud* NALINI, 1999, p. 270-271).

Face ao questionamento se o embrião pode ser considerado ou não ser humano, a escola genética citada por Callahan (1970, p. 378) considera que, humano é todo ser que tem um código genético humano. Logo, se o código genético é individualizado e, conseqüentemente, identificado no momento da fecundação, desde então o indivíduo que está a se desenvolver é humano em sua fase embrionária.

Os progressos das tecnologias e da análise do genoma demonstram com toda a evidência, que o crescimento e desenvolvimento deste indivíduo particular é simplesmente a explicitação do que está inscrito no seu código genético e que foi estabelecido no momento da fecundação. O novo genoma, segundo o professor de genética humana é a base e o suporte constante da unicidade estrutural e funcional do embrião, o qual se desenvolve ao longo de uma trajetória que mantêm uma direção constante (SERRA, 2007, p. 193).

O processo de fecundação dá origem a uma nova célula chamada zigoto, que é o embrião unicelular, a qual inicia uma atividade como um novo sistema, ou seja, como uma unidade, um ser vivente ontologicamente uno (SERRA, 2007, p. 192). Desta nova célula destacam-se dois aspectos principais:

O primeiro, que o zigoto tem sua *identidade determinada*, quer dizer não é um ser anônimo; o segundo, que é intrinsecamente orientado a um bem definido desenvolvimento, ou seja, a formar um sujeito humano, com uma precisa forma corpórea, e ambas, identidade e orientação, são essencialmente dependentes do genoma, que leva inscrita em bem determinadas sequencias moleculares, a assim chamada informação genética. Na realidade, esta informação, substancialmente invariável, estabelece sua pertença à espécie humana, define sua identidade biológica individual e carrega um programa codificado, que o dota de enormes potencialidades morfogenéticas, ou seja, de capacidades intrínsecas que atuarão autônoma e gradualmente durante o processo epigenético rigorosamente orientado (SERRA, 2007, p. 192).

Angelo Serra faz uma análise científica da primeira etapa do desenvolvimento que segue a concepção e tem duração em torno de quatorze dias. Esta análise demonstra que esse

processo biológico se caracteriza como “a contínua emergência de uma forma de etapas precedentes” ou “epigênese” (WADDINGTON *apud* SERRA, 2007, p 195). Estas etapas são os estados de zigoto, blastócitos e disco embrionário com implante no útero, verificando-se as seguintes propriedades:

1) coordenação, com a coordenada sequência e interação de atividades moleculares e celulares, sob o controle do novo genoma, modulado por uma ininterrupta cascata de sinais transmitidos de célula a célula; 2) continuidade sem interrupção do processo de desenvolvimento na diferenciação progressiva do indivíduo, com a sua própria identidade; 3) graduação até uma crescente complexidade na sua totalidade. As células individuais deste embrião não devem ser consideradas como isoladas. Tais células são estreitamente integradas em um único processo dinâmico, constituindo uma unidade do ser. A partir da fusão dos dois gametas, é sempre o mesmo e idêntico indivíduo humano com a sua própria identidade que se está construindo autonomamente. A partir do momento da concepção, um indivíduo humano real inicia assim sua própria existência, o ‘ciclo vital’, durante o qual, dadas todas as condições necessárias e suficientes, realizará autonomamente todas as potencialidades das quais é intrinsecamente dotado (SERRA, 2007, p. 191).

A análise desta primeira etapa do desenvolvimento permite estabelecer, racionalmente, “que o zigoto é o ponto exato, no espaço e tempo, no qual um ‘indivíduo humano’ inicia seu próprio ciclo vital” (SERRA, 2007, p. 193). A este novo sujeito humano se aplica plenamente o nome de filho, com dignidade igual ao do pai e da mãe.

Após a fecundação toda a transformação morfológico-temporal ocorrerá sem que haja qualquer alteração do código genético, desde o nascimento até a morte. Portanto, este código genético que é único, torna a vida humana irrepitível durante todo o seu percurso que se inicia com a concepção.

Chega-se, portanto, à conclusão de que o embrião possui carga genética própria, diferente de seus genitores, e que, por isso, não é parte do corpo materno. Trata-se de um ser único e individualizado, no qual o seu desenvolvimento nos estágios de embrião, feto e nascituro, representa apenas uma continuidade do mesmo ser que não se modifica após o nascimento, mas apenas atingirá as etapas subsequentes, passando de criança a adolescente, de adolescente a adulto, e conseqüentemente, a idoso.

Partindo do pressuposto de que a vida humana, em constante desenvolvimento, se inicia com a concepção e tem seu término com a morte, mantendo em todas as fases da vida a riqueza da identidade que lhe é própria, José Afonso da Silva (1999, p. 200) sustenta que o direito fundamental à vida previsto na Constituição está assegurado durante todo este percurso:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. *Vida*, no texto constitucional (art. 5, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional,

peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é algo de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Portanto, em todas as fases do desenvolvimento humano, o indivíduo deve ser respeitado na sua condição de pessoa humana e, conseqüentemente, em sua dignidade, não sendo possível conferir maior proteção jurídica ou tutela diferenciada para qualquer das etapas que compõem este processo contínuo e dinâmico, sob pena de verdadeira contradição no ordenamento, que levaria ao absurdo de considerar o mesmo ser humano como coisa ou meio na fase intrauterina, e pessoa humana nas demais etapas.

A condição de pessoa humana e a dignidade que lhe é intrínseca não é atribuída ou outorgada pela lei ou pelo Estado como consequência do cumprimento de determinados requisitos. Trata-se, portanto, de condição inerente ao ser humano, pelo simples fato de sê-lo, não sendo passível de atribuição, suspensão ou supressão por quem quer que seja, e, por isso, independe de previsão legal.

Esta é a perspectiva dos direitos humanos ao reconhecer a dignidade que emana do embrião enquanto ser pertencente à espécie humana, como esclarece Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 47):

Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza não se há fazê-los depender da personalidade [...] Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana. E, de pronto, há que se antecipar que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não se circunscreve a ela, senão que haverá que ser respeitado para a espécie humana, tomada esta em sua integralidade. [...] O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.

É de suma importância estabelecer a diferença entre pessoa humana titular da dignidade que lhe é inerente, e personalidade civil, que é o atributo conferido pela lei civil para que o indivíduo passe a ser titular de direitos e obrigações. Esta distinção tem por fim impedir uma confusão conceitual que enseje “a redução do primeiro conceito aos estreitos limites do segundo, o que resultaria de todo indesejável” (CARVALHO, 2009, p. 1319).

Observa-se ainda que o conceito de dignidade humana tem por fundamento a máxima

kantiana segundo a qual o homem é um fim em si mesmo, e neste conceito se insere o embrião humano, como segue:

Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar (KANT, 2004, p. 67 e 68).

Sendo assim, o embrião humano não é uma coisa a qual se possa atribuir preço, ou mesmo ser instrumentalizado em benefício de outrem ou de interesses, mas ao contrário é um fim em si mesmo, portador da dignidade que é inerente à sua condição de ser humano, valor este que é único, absoluto, inalienável e insubstituível.

Porque o embrião é humano, seja na sua origem por meio da fecundação, seja no seu destino, sua realidade não pode ser ignorada pelo Direito, nem mesmo ser manipulada ou desvirtuada por posicionamentos ou opiniões dissociadas da realidade científica que aqui fora apresentada e, que, cada vez mais é confirmada pela evolução tecnológica.

Conclui-se, portanto, que o Direito deve acompanhar este processo de evolução do conhecimento acerca da natureza e origem do ser humano, e não atrelar-se à involução.

2 O DIREITO À VIDA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Pelo fato único e exclusivo de pertencer ao gênero humano, o homem possui direitos que lhe são inerentes, dentre os quais se destaca o direito à vida como pressuposto para o exercício de todos os demais direitos. Nesta perspectiva do reconhecimento do valor incondicional do ser humano se inaugurou os chamados direitos humanos como esclarece Daury César Fabríz (*apud* ROCHA, 2006, p. 101):

A ideia em torno dos direitos humanos surge da confluência de várias fontes – filosóficas, jurídicas e teológicas -, num imbricado jogo de concepções em torno de leis universais, que se impõem acima de qualquer lei criada pelo próprio homem. Apregoam-se ideias universalizantes direitos que possam alcançar todos os indivíduos, independentemente da nacionalidade, credo ou raça.

Todavia, os direitos não foram reconhecidos de uma só vez pelo Estado, mas gradativamente ao longo da história, de acordo as necessidades de cada sociedade em seu processo de transformação econômica, política e cultural, inclusive, como fruto de lutas e revoluções em prol dos mais fracos contra a tirania das classes dominantes.

Esta transformação história foi tratada por Norberto Bobbio (1992, p.09):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas

liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Diante desta construção histórica e gradual, os direitos humanos foram evoluindo através das “gerações de direitos”, como esclarece Norberto Bobbio e Paulo Bonavides. Já Ingo Sarlet (2005, p. 40) adota a denominação “dimensões de direitos” e sustenta que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”.

São considerados direitos de primeira dimensão os direitos naturais porque inerentes à pessoa humana, os quais têm como base a delimitação entre a ausência do Estado e a sua instituição a partir do modelo contratualista de inspiração individualista (LAFER, 2003, p. 126).

No rol destes direitos destacam-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade como pilares na construção de um Estado que se proclama e que objetiva ser democrático e de Direito.

Já os direitos de segunda dimensão são: “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos e de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e reflexão antiliberal deste século” (BONAVIDES, 2002, p. 518).

Os direitos de terceira dimensão têm como fundamento a solidariedade e compreendem os chamados direitos difusos ou coletivos, que, por serem inerentes à própria coletividade, não são passíveis de singularização, ou seja, não podem ser restritos a determinado grupo ou indivíduo.

O início desta fase histórica é marcado por dois documentos ímpares, a saber, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada também em 1948 pela Organização das Nações Unidas.

Face aos avanços das ciências e das pesquisas biológicas que possibilitam a manipulação da vida humana, Paulo Bonavides (2002, p. 525) sustenta a existência de uma quarta dimensão de direitos “representada pela democracia, pelo direito à informação e o direito ao pluralismo”. Também sobre os direitos de quarta dimensão Bobbio (1992, p. 9) faz a seguinte referência:

... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações no patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação?

Os direitos humanos percorreram uma trajetória de reconhecimento gradativo pelas sociedades na medida em que foram sendo positivados e inseridos nas cartas constitucionais, nas leis e tratados internacionais. Contudo, ao serem incorporados ao ordenamento interno dos Estados, estes direitos assumem a nomenclatura de direitos fundamentais² erigindo-se como paradigmas da democracia no Estado de Direito.

Em vista dos questionamentos que envolvem a proteção jurídica do nascituro, cumpre analisar os documentos internacionais que tutelam a vida, com o fim de demonstrar que o ordenamento jurídico supranacional resguarda a dignidade do homem respeitando e protegendo a sua vida desde o momento da concepção.

Neste sentido, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao proclamar a existência dos direitos inerentes a todos os seres humanos, os quais correspondem, na sua totalidade, àquilo que os costumes e princípios jurídicos internacionais reconhecem como reverenciais à dignidade humana, como declara o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Sobre a DUDH Michel Schooyans (1993, p. 19-20) menciona que:

É a declaração dos direitos, e não uma atribuição de direitos aos homens, porque esses direitos os indivíduos possuem por natureza, sejam eles reconhecidos ou não; a declaração é universal, porque estes direitos todos os homens os possuem, e ninguém está autorizado a exercê-los em detrimento de outrem.

Observa-se que, mesmo sendo considerada uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas aos seus Estados-membros, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é reconhecida por quase todas as nações do mundo em razão do seu valor histórico e axiológico, como se depreende do disposto no seu art. 1º, segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948).

Além disso, os preceitos contidos nesta Declaração possuem status normativo perante a comunidade internacional, sendo exigível o respeito às prescrições nela contidas sob pena de sanções e advertências entre os Estados-membros.

Ao conjugar o art. 7º que dispõe que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei...”, com o art. 3º da mesma Declaração que

² A distinção que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais foi elaborada pela doutrina jurídica germânica (COMPARATO, 2005, p. 57). A pretensão da universalidade, a força emancipatória e a tendência à imposição política e jurídica formam o perfil normativo dos direitos (BIELEFEL, 2003, p. 38).

estabelece, categoricamente, que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, não resta dúvida de que tanto os homens nascidos, como os concebidos são iguais, e merecem que suas vidas sejam respeitadas sem qualquer distinção.

Nesta mesma perspectiva, com o fim universalizar cada vez mais os direitos do homem, em 1966 a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os pactos estabelecem no art. 6º que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém deverá ser arbitrariamente privado de sua vida”, e no art. 16 reconhece o direito da personalidade jurídica a qualquer pessoa, aonde quer que esta se encontre³.

Documento internacional de suma relevância para a proteção da vida humana, principalmente a do embrião, foi subscrito pela Brasil em 22 de novembro de 1969. Conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica fora incorporado ao nosso ordenamento na categoria dos direitos humanos.

Assim, o referido Pacto fora ratificado pelo Brasil em 1992, tendo sido aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 27, sendo ordenada a sua observância através do Decreto Executivo n. 678, quando fora definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, o art. 1º, §2º do Pacto aduz que, para efeitos da Convenção, “pessoa é todo o ser humano”, estabelecendo a igualdade entre a vida intra e extrauterina, além de incluir o nascituro, enquanto, ser humano, no conceito de pessoa.

A proteção jurídica da vida e dos direitos do nascituro está prevista, expressamente, no § 1º do art. 4º, da referida Convenção ao dispor que: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Observa-se ainda que, no §5º do mesmo dispositivo a Convenção determina a proibição da aplicação de pena de morte à mulher em estado de gravidez, nas hipóteses em que os Estados ainda não aboliram tal penalidade, o que faz dirimir qualquer dúvida quanto às expressões “em geral” e “arbitrariamente” contidas no §1º, as quais têm sido utilizadas como argumento interpretativo do pacto para justificar a legalização do aborto.

³ Os respectivos pactos foram ratificados pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto n. 595 de 06/12/1992.

Além disso, com o fim de evitar interpretações contraditórias e dissonantes do verdadeiro espírito jus filosófico que inspirou a redação da presente Convenção, o art. 29 é taxativo ao proibir quaisquer interpretações que: suprimam ou limitem os direitos e as liberdades nela previstos (§1º); que excluam outros direitos e garantias inerentes aos seres humanos ou que decorram da forma democrática representativa de governo (3º); e que excluam ou limitem a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e demais atos internacionais de idêntica natureza em seus efeitos (§4º).

A aplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento interno brasileiro está prevista no o Art. 5º, § 1º da Constituição Federal, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e liberdades fundamentais têm aplicação imediata”, bem como está assegurada pelo teor do § 2º do mesmo Art. 5º, que assinala que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Todavia, existe divergência doutrinária sobre o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Alguns doutrinadores filiam-se ao entendimento de que estes possuem força de lei ordinária federal⁴, já que não foram aprovados com os requisitos exigidos pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal, e, portanto, não são equiparados às emendas constitucionais. Em contrapartida, existe entendimento doutrinário no sentido de reconhecer que estes tratados foram erigidos ao patamar constitucional, por força do § 1º e §2º do art. 5º, da Carta Magna⁵.

Diante deste cenário, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar, através do Recurso Extraordinário 349.703-1/2008⁶, acerca da natureza dos tratados

⁴ Dentre os autores que se filiam a este entendimento estão: Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Ivo Dantas, Pinto Ferreira, Alcino Pinto Falcão e José Cretella Jr. (MELLO, 2001, p. 17-18).

⁵ Em sentido oposto estão: Flávia Piovesan, Antonio Augusto Cançado Trindade, José Afonso da Silva, José Carlos de Magalhães, Christian Courtis, Vitor Abramowich, Hélio Bicudo e Valério de Oliveira Mazzuli (VASCONCELOS, 2006, 101-102).

⁶PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIRIETOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (BRASIL, STF, 2008, p. 1).

internacionais sobre direitos humanos pactuados pelo Brasil antes da inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004.

Ao decidir sobre a ilegalidade da prisão civil do devedor fiduciante, a Suprema Corte conclui que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem caráter especial, o que lhes conferem a natureza de norma supra legal. Deste modo os referido tratados estariam em posição hierárquica inferior à Constituição, mas superior à legislação interna, tornando inaplicável toda a legislação infraconstitucional que com eles conflitarem, seja ela anterior ou posterior aos tratados.

Segundo Marcelo Novelino (2010, p. 472), a partir da referida decisão:

Os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, §, 3º); os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (CF, art. 47), terão status supralegal, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.

A partir da decisão da Suprema Corte conclui-se que, o advento de qualquer lei ordinária que descriminalize o aborto no Brasil irá colidir com todos os preceitos contidos nos tratados sobre direitos humanos que salvaguardam a vida e a dignidade humana desde a concepção, os quais possuem status de norma supra legal, e, portanto, tem o condão de afastar a aplicabilidade de qualquer norma de hierarquia inferior que com eles sejam incompatíveis. Esta norma descriminalizadora poderá, inclusive, ser objeto de arguição de inconstitucionalidade.

Outro documento internacional que menciona expressamente a proteção jurídica do nascituro é a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ao prever em seu Preâmbulo e no artigo 1º que: "Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento".

Independentemente de quaisquer circunstâncias, seja porque portador de alguma deficiência ou anomalia, seja em razão do tempo de existência pós-uterina, à luz dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o nascituro, seja qual for a sua fase gestacional, tem o direito à vida resguardado desde a concepção.

Diante da construção histórica e jus filosófica dos direitos humanos, e da análise do processo de solidificação destes direitos a partir de cada dimensão, observa-se que as declarações decorrentes deste processo e a iniciativa de subscrevê-las pelos Estados

“representam um esforço jurídico e político no sentido de proteger, amparar e tutelar um bem primacial, primordial, supremo, o bem da vida” (ROCHA, 2008, p. 127).

3 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E A PROTEÇÃO DO NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco histórico e jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, tendo em vista que promoveu o grande avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, indo ao encontro da proposta de efetivação dos direitos humanos ao estabelecer que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III – a dignidade da pessoa humana.

Instituída como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é considerada “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1999, p. 105).

Para Jussara Maria Leal de Meirelles (*apud* ROCHA, 2006, p. 98):

Essa é a noção que deve ser assimilada pelo ordenamento jurídico, de maneira a reconhecer-se indistintamente a todos os seres humanos, em qualquer fase de seu desenvolvimento, o valor da pessoa humana. E com esse reconhecimento, afastar-se a possibilidade de serem excluídos do manto da proteção jurídica alguns seres que, apenas por se encontrarem nas etapas iniciais da vida, não se adaptam aos parâmetros da ordem positiva.

Ao refletir sobre a proteção jurídica do embrião e do feto portador de anomalia, Fernando Andrade Fernandes (2009, p. 24) entende que a Constituição considera o feto como ente dotado de eminente valor jurídico e, por isso, fora implicitamente reconhecido como uma das projeções da dignidade da pessoa humana, para além de qualquer referencia à vida. Esta tutela específica encontra-se atrelada à diretriz axiológica conferida pelo valor da dignidade ao nosso modelo de Estado de Direito. De acordo com o autor:

A mencionada proteção se dá em virtude da vinculação do feto ao valor da dignidade humana, antes mesmo de ser feita a referencia a sua vitalidade ou viabilidade. Tanto e assim que, em termos conceituais, se fala em feto humano, sugerindo que o uso do termo “humano” na expressão não se limita apenas a distinguir esse feto do produto da concepção de outros seres, mas sim enaltecer que estamos diante de um ente que foi objeto de valoração em razão de vincular-se a eminente dignidade humana (FERNANDES, p. 24).

Portanto, o embrião, seja intrauterino ou extrauterino, em qualquer fase de seu desenvolvimento e desde o início dele, possui o suporte físico e biológico indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, não havendo qualquer justificativa para que se estabeleça

uma escala de respeito para as diversas fases da mesma vida humana (BARBAS, 2007,p. 207).

Diante da impossibilidade de defender um direito escalonado à vida, observa-se que o embrião humano não está excluído deste direito, pois desde o início já está definido que o embrião pertence à espécie humana e que é um indivíduo, sem que seu desenvolvimento subsequente apresente cortes que se mostrem significativos para a condição de ser humano individual (SCHOCKENHOFF, 2002, p. 43).

Tratando da interrupção da gravidez no Ordenamento Jurídico Português em artigo publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais, Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 154) sustenta que:

...o nascituro não se desenvolve para se tornar pessoa, mas já como pessoa; e que a ele, se bem que personalidade ainda não formada, pertence à dignidade humana que as Constituições democráticas protegem, pertence um direito à vida própria que não depende da aceitação da grávida. Seja ou não assim, seguro e que (como sempre afirmei e escrevi) o nascituro constitui em si mesmo um bem jurídico dotado de condição jurídico-constitucional e por isso digno de tutela penal, daí resultando o dever estadual de sua proteção: dever referido não apenas a vida intrauterina ‘geral’, mas a vida uterina singular, deste nascituro nesta situação.

Ao consagrar o direito à vida como direito fundamental previsto no Título II Dos Direitos e Garantias Individuais, a Constituição Federal resguarda a vida do ser humano em todas as fases do seu desenvolvimento em seu art. 5º, *caput*, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos.

Diante do vocábulo “todos”, percebe-se a intenção do constituinte originário em garantir a inviolabilidade da vida não só às pessoas já nascidas, mas também ao embrião humano, garantindo não só o direito à vida, mas também o direito de nascer, do qual é titular o concebido.

O reconhecimento pela ordem jurídica torna o direito à vida um direito primário, personalíssimo, irrenunciável, inviolável, imprescritível, indisponível e intangível, sem o qual se compromete o exercício de todos os demais direitos e a sustentabilidade de próprio ordenamento jurídico.

De acordo com José Afonso da Silva (1999, p. 182):

(...) a vida humana de que trata a Constituição Federal, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), sendo abrangente do direito à dignidade da pessoa humana, do direito à privacidade, do direito à integridade físico-corporal, do direito à integridade moral, e, especialmente, do direito à existência.

Neste sentido, ele defende que;

(...) o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano (SILVA, 1994, p. 182-183).

Trata-se, portanto, de um direito essencial, e por isso, é considerado *erga omnes*, ou seja, oponível contra todos, não se admitindo a violação deste direito nem pelo próprio titular. O direito à vida é *excludendi alios*, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros (CAMPOS, 1990, p. 533 e 534 e BITTAR, 1995, p. 66).

Esta exigência e proteção também abrange o embrião humano, pois “se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, *ao humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano” (ROCHA, 2004, p. 47).

Todavia, existe quem defenda que o constituinte originário não se manifestou sobre o termo *a quo* desta cláusula pétrea, e que teria deixado a cargo da legislação infraconstitucional definir qual seria o termo inicial do direito fundamental à vida, possibilitando assim, a edição de normas descriminalizantes do aborto, uma vez que o atual Código Penal, já prevê, inclusive, duas hipóteses excepcionais de exclusão da punibilidade com relação a este crime (DELGADO, 2014, p. 02).

À luz da interpretação sistemática dos tratados internacionais sobre direitos humanos protetivos da vida humana, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foram internalizados em nosso ordenamento e da Constituição Federal o direito fundamental à vida tem por fim a tutela da vida humana desde a sua fase embrionária, visto que abrange todo e qualquer ser humano, sem excluir a vida que se desenvolve no útero materno.

Nesta perspectiva, observa-se a busca, pela comunidade internacional, de estender este direito fundamental a todos os seres humanos, principalmente os inocentes e mais vulneráveis, de modo que este preceito tenha plena efetividade e eficácia.

Com relação à influência da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o ordenamento interno, em especial sobre o Código Civil, referiu-se a seguinte decisão proferida pelo Tribunal Paulista:

Em boa hora se vem invocando nos pretórios o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que se fez direito interno brasileiro, e que, pois, já não configura entre nós, simples meta ou ideal de lege ferenda. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas consequências, que seu art. 20 modificou até mesmo o conceito de pessoa versado no art. 4º do Código Civil, já que atualmente,

pessoa, para o direito posto brasileiro, é todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intrauterina⁷.

A análise da tutela jurídico-civil do embrião humano, e conseqüentemente do nascituro, remete-se à reflexão realizada no início deste trabalho sobre a distinção entre o conceito de pessoa humana, titular da dignidade que lhe é inerente, e o conceito de personalidade jurídica enquanto instituto do direito civil que define o momento em que o sujeito está apto a adquirir direitos e contrair obrigações.

Embora a titularidade dos direitos fundamentais prescindida e seja independente do reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano pelo ordenamento, é importante esclarecer que, a estreita relação entre os conceitos de pessoa e personalidade estabelecida no âmbito jurídico decorre da influência exercida pela tradição romana sobre o nosso ordenamento. Esta definição é apresentada por Rubens Limongi França (*apud* ROCHA, 2006, p. 93):

Personalidade é a qualidade do ente que se considera pessoa. A pessoa a possui desde o início até o fim de sua existência. Com efeito, a capacidade é um dos atributos da personalidade. Está estreitamente ligada à noção de estado, mas com este também não se confunde⁸.

Desse modo, a doutrina tradicional do Direito Civil, a partir da noção latina de *persona*, passou a determinar a pessoa como o ser capaz, em termos biopsíquicos, de atuar no mundo jurídico, substituindo o ser humano por figuras jurídicas tais como comprador, testador, locador, doador, dentre outros (ROCHA, 2008, p. 94).

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de salvaguardar os direitos da pessoa humana, adotou a teoria natalista ao dispor no artigo 2º do Código Civil pátrio que:

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

E referida teoria é fruto de uma construção doutrinária decorrente da não compreensão da autonomia biológica do conceito humano, considerando-o hospedeiro do organismo materno. Todavia, esta teoria fora elaborada em uma época em que a ciência ainda não havia comprovado que, desde a concepção, existe um indivíduo autônomo e auto gerenciador do seu próprio desenvolvimento, o que hoje é uma realidade científica como demonstrado pela embriologia, genética e medicina (ROCHA, 2008, p. 90).

⁷ (Habeas Corpus nº 323.998/6, TACrim-SP, 11ª Câmara, v.u., Rel. Ricardo Henry Marques Dip, j. 29/06/98).

⁸ “O estado compreende o conjunto de fatos ligados à pessoa, em virtude dos quais a mesma pessoa se enquadra ou deixa de enquadrar-se nas diversas esferas dentro das quais se desenvolve as relações jurídicas. Esse enquadramento determina a maior ou menor capacidade, isto é, a maior ou menor, possibilidade, em abstrato de exercer os diversos direitos” (FRANÇA *apud* ROCHA, 2006, p. 93)

Face ao avanço das ciências biomédicas percebe-se a necessidade da reformulação do conceito jurídico de pessoa, e, portanto de personalidade jurídica, de modo a abranger a realidade científica diante da qual o ordenamento jurídico se depara e colidi, criando assim esta ambiguidade de conceitos.

O Direito Civil brasileiro deveria seguir a tendência dominante no direito contemporâneo, com a conseqüente adoção da teoria concepcionista, reconhecendo a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, independente de qualquer condição (ALMEIDA, 1992, p. 04).

Todavia, Daniel Sarmiento (2006, p. 103) justifica a teoria natalista ao sustentar que, “não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se”.

Entendendo pela necessidade da revisão do conceito de pessoa atribuído pelo Código Civil em vigor, Maria Garcia (*apud* ROCHA, 2006, p. 92) aduz que:

...há uma realidade biológica de que a pessoa começa na concepção inevitavelmente, no momento em que se inicia a fecundação e o embrião ou pré-embrião existe, com uma carga genética própria, desenvolvendo-se a partir daí, até a cessação da vida biopsíquica-jurídica, a morte (...) em outros termos, no momento biológico do início da vida – que é este o bem cuja inviolabilidade vem protegida na Constituição Brasileira, área em que a divisão doutrinária da teoria civilista deve ficar ao largo, em face do avanço da Biociência, haverá de se rever o conceito privatista de pessoa humana.

Neste sentido, o reconhecimento da personalidade jurídica seria consequência do atributo da dignidade humana inerente ao homem, e não ao contrário, como esclarece Paulo Otero (*apud* ROCHA, 2008, p. 95):

...não é a personalidade que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, antes é a capacidade de ser humano que envolve a natural titularidade de certos direitos e que, conseqüentemente, justifica o reconhecimento da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é sempre uma consequência e nunca uma causa da titularidade de direitos inatos ao ser humano.

É importante mencionar a diferença entre personalidade e capacidade. A primeira é um valor, enquanto a segunda um *quantum*, de maneira que “não há meia personalidade ou personalidade parcial, mede-se ou qualifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe” (ALMEIDA, 2000, p. 168).

Ao se admitir que personalidade jurídica seja decorrência direta da dignidade humana, afasta-se eventual dicotomia existente entre embrião humano e pessoa humana, pois se demonstrou ser inegável que o embrião é digno por si mesmo e, que, a dignidade humana não é passível de valoração, gradação, ou, até mesmo restrição.

Assim, a personalidade desta decorrente, é ilimitada e infinita. Somente haveria possibilidade de gradação, pelo Direito Positivo, da capacidade, e não da personalidade, podendo afirmar-se, inclusive, que qualquer norma restritiva da personalidade seria inconstitucional (VASCONCESLOS, 2006, p. 114).

Sobre o direito do nascituro ao nascimento com vida e sua legitimidade para figurar no polo ativo foi a discussão inaugurada em ação proposta perante o Juízo da Vara de Infância e Juventude de São Bernardo pela Defensoria Pública em favor de presas grávidas na qual se pleiteou o devido atendimento pré-natal, bem como a adoção de medidas urgentes para preservar o direito do autor ao nascimento com vida e em condições saudáveis.

O juízo de primeiro grau determinou a emenda da inicial para a regularização do pólo ativo sob o argumento de que o nascituro é desprovido de personalidade jurídica, como dispõe o art. 2º do Código Civil, incumbindo aos seus pais o dever de defender seus direitos. Todavia, a referida decisão foi objeto de agravo interno pelo defensor público dando ensejo a reforma da decisão pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a relatoria do desembargador José Cardinale:

Eleito o nascituro para integrar o polo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos: ‘investigação de paternidade – ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante – legitimidade ad causam – Extinção do processo afastada. Representando o nascituro pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então uma expectativa de direito’ (TJSP – AP. Cível nº 193.648. Rel. des. Renal Lotufo). Destarte, admitida, em tese, a possibilidade da presença do nascituro no polo ativo da ação, de rigor a anulação do despacho de fls. 44, que determina a emenda da inicial, ressalvando-se que a legitimidade do nascituro para postular o direito de sua mãe ao recebimento de tratamento pré-natal deve ser aferido pelo juízo a quo no momento processual adequado, assim como a competência da Vara da Infância e da Juventude para conhecer e julgar a causa. Por esses fundamentos, aos quais se acrescem os da bem lançada manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, não se conhece em parte o agravo e, na parte conhecida, a ele se dá provimento, nos termos do acórdão⁹.

Embora o Código Civil de Portugal determine que a personalidade jurídica só tem início após o nascimento com vida, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal reconheceu a dignidade humana do nascituro ao decidir que este tem direito de receber indenização por danos morais em razão do falecimento do seu pai em um acidente de trânsito, como manifestado no trecho:

“O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano (ente humano) e, por isso, já com a dignidade da pessoa humana, independentemente de

⁹ São Paulo, 26 out. 2006, José Cardinale, Relator.

as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica e da amplitude com que o conceito legal de personalidade jurídica possa ser perspectivado¹⁰.”

O Supremo Tribunal de Justiça usou como fundamento da referida decisão a afirmativa feita por Pedro Pais de Vasconcelos, professor na Faculdade de Direito de Lisboa, de que “o nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe”, conferindo uma nova interpretação ao art. 66 do Código Civil português.

Embora o art. 2º do Código Civil brasileiro considere que o nascituro é desprovido de personalidade jurídica, o próprio dispositivo resguarda, desde a concepção, os seus direitos de ordem patrimonial e penal. Além disso, o Código Civil pátrio e a legislação infraconstitucional prevê o direito à existência nos artigos 1.694 a 1.710 e artigos 948 e 950 do CC, artigo 1º e parágrafo único das Leis nº 5.478/1968 e nº 8.971/1994, e artigo 7º da Lei nº 9.278/96.

Assim, a tutela da vida humana é apresentada como direito fundamental e basilar não apenas por meio dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados, mas também pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como analisado anteriormente, concluindo-se, portanto, que “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido” (DINIZ, 2006, p. 28).

4 A TUTELA PENAL DA VIDA INTRAUTERINA E CRIME DE ABORTO

A concretização do Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada a proteção de bens jurídicos basilares com o fim de promover a efetivação dos direitos humanos. Neste cenário o Direito Penal assume o papel de manter a vida em comunidade através da prevenção e da repressão dos crimes que são atentatórios ao homem e à paz social.

Entre os bens jurídicos constitucionalmente previstos, destaca-se a relevância da vida humana como merecedora de tutela especial por este ramo do Direito, que lançou sua proteção de modo a abranger, inclusive, a vida humana intrauterina ainda dependente da materna, estabelecendo, desta forma, as modalidades do crime de aborto previstas nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - Processo: 436/07.6TBVRL.P1.S1.

O abortamento criminoso é conceituado por Fernando Capez (2008, p. 119) como “a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto.” Segundo o autor:

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.

Na definição de Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 116) o aborto seria “pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”. Desta descrição conclui-se que o bem jurídico penalmente tutelado é a vida do ser humano em formação.

Embora o produto da concepção, feto ou embrião, não seja considerado pessoa, afasta-se qualquer consideração de que seja mera expectativa de vida ou simples parte destacável do organismo materno, visto que o conceito possui vida própria e, por isso, recebe tratamento autônomo pela ordem jurídico-penal (BITENCOURT, 2002, p. 157).

Neste sentido, o bem da vida protegido pelo Direito Penal brasileiro prescinde o atributo jurídico de pessoa, o qual é conferido ao indivíduo por outros ramos do direito. Sendo assim, parte da doutrina considera que a previsão contida no tipo penal do aborto revela o caráter amplo, progressivo e descontínuo da proteção que o Sistema Jurídico-Penal atribuiu à vida humana, como esclarece Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 158):

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida. A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. [...] Aborto e a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

Para que o crime de aborto se configure faz-se necessário que a gravidez esteja em curso, que o feto esteja vivo e que sua morte resulte diretamente das manobras intentadas pelo sujeito ativo. Assim, faz-se necessário que estejam presentes as seguintes condições para que a conduta seja considerada típica: dolo, gravidez, manobras abortivas e a conseqüente morte do feto, embrião ou óvulo (BITENCOURT, 2002, p. 159).

No tocante ao elemento subjetivo, o aborto só admite a modalidade dolosa, sendo punível tanto o dolo direto, quando há a intenção livre e consciente do agente, como o dolo eventual, quando o agente assume o risco de fazê-lo, mesmo não querendo o resultado ou tendo dúvidas a respeito da gravidez.

Sendo assim, a lei penal não previu a modalidade culposa para o crime de aborto, bem como não estabeleceu um tipo delitivo para salvaguardar a integridade física e mental do

concebido seja quanto à punibilidade de lesões culposas, seja de lesões dolosas, acarretando a atipicidade da conduta que ocasione lesões ao feto pelo Código Penal em vigor¹¹.

Observa-se ainda que o crime de aborto admite a forma tentada quando o resultado pretendido não for alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente, como na hipótese do feto continuar a viver fora do útero materno, ou ainda se o feto for expelido vivo e sua morte decorrer de causa alheia aos meios abortivos.

Merece destaque as exceções previstas pelo legislador ordinário e que alguns doutrinadores denominam como aborto legal. Trata-se do aborto necessário, quando realizado por médico por não haver outro meio de salvar a vida da gestante, e do aborto sentimental quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é consentido pela mesma, conforme previsto no artigo 128, I e II, do Código Penal.

Todavia, a utilização do termo “aborto legal” não é adequada às hipóteses acima descritas, tendo em vista que a lei não afasta a ilicitude da conduta, a qual continua sendo antijurídica porque presentes os elementos do tipo penal, não se tratando de previsão descriminalizadora. Além disso, o artigo 128, *caput*, do Código Penal refere-se expressamente ao afastamento da punibilidade, e não do caráter delituoso em si, que permanecer mesmo que haja a isenção de pena, a escusa absolutória ou o perdão legislativo.

Assim pondera Néelson Hungria (*apud* DINIZ, 2006, p. 59 e 60):

A ilicitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. No preceito é que se encerra o juízo de reprovação, que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato o preceito é um *prius* em relação à sanção, de sorte que, quando por uma questão de necessidade ou oportunidade (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a sanção, não desaparecendo a ilicitude penal do fato.

Tendo em vista que a ausência de punição não exclui a ilicitude, caso um particular realize as manobras abortivas com o objetivo de salvar a vida da gestante ou porque ela foi vítima de estupro, o crime estará configurado e sobre ele recairá a sanção penal, o que demonstra que o fato típico e antijurídico permanece previsto.

A expressão “aborto legal” é utilizada por grande parte da doutrina ao entender que as hipóteses previstas no artigo 128 seriam causas excludentes da antijuridicidade, considerando estar presente o estado de necessidade ou a legítima defesa, na forma do art. 23, I e II do Código Penal.

¹¹ Sobre a necessidade de criminalização de tais condutas pela legislação pátria foi o artigo de CARVALHO, Gisele Mendes de. Lacunas na proteção jurídico-penal do nascituro: os delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Todavia, Maria Helena Diniz (2006, p. 60) afirma ser insustentável a definição de “aborto legal” que vem sendo defendida por um seguimento da doutrina:

...no Brasil, não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.

Embora o Código Penal pátrio seja taxativo quanto à previsão das hipóteses em que se exclui a punibilidade do crime de aborto, demonstrando assim, a intenção do legislador ordinário em tutelar a vida humana desde a concepção, independente de qualquer condição, intenção esta que é reflexo da vontade popular manifesta ao eleger seus representantes, existe um forte tendência para que o aborto seja legalizado no Brasil.

A partir de Jornadas Brasileiras em prol do aborto, composta por diversos seguimentos da sociedade, em especial pelos movimentos feministas, pretende-se a legalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, com ampliação do prazo para 20 semanas, em caso de gravidez resultante de violência sexual, e, em qualquer momento, na hipótese de grave anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina (SARMENTO, 2005, p. 1).

Trata-se de uma tendência que vem crescendo em âmbito internacional para que seja reconhecido o novo bloco dos direitos humanos perante a comunidade internacional e que tem tido influência direta no Brasil. Este novo bloco dos direitos humanos é composto pelo direito ao aborto, direitos sexuais, direitos reprodutivos, direito à homossexualidade, direito à eutanásia e o direito aos diversos modelos de família.

A corrida para inserir o direito ao aborto no rol dos direitos humanos se dá em razão do temor de que seja conferida uma ampliação ainda maior à tutela jurídica da criança concebida pelo desenvolvimento da biomedicina, pois cada vez mais se aumentam as possibilidades de cura do feto no ventre materno e, conseqüentemente, a sua sobrevivência.

Os argumentos em prol da legalização do aborto, seja em âmbito nacional, seja internacional, partem da premissa de que o concebido não é um homem, e sim um feto, sendo um direito da mulher decidir livremente pela interrupção da gravidez.

O objetivo de reconhecer o direito de livre decisão da mulher, como direito fundamental inserido entre os direitos humanos universais, está fundamentado na existência de uma democracia pluralista, onde se busca estabelecer uma norma de igualdade entre o homem e a mulher na área da reprodução. Esta igualdade consistiria na implementação de

uma política familiar global que garanta o aborto legal e seguro, ou seja, em condições adequadas garantidas e custeadas pelo Estado, uma vez que os métodos contraceptivos não são absolutamente eficazes.

Nesta perspectiva Daniel Sarmiento (2007, p. 4 e 5) traz as seguintes considerações:

Ademais, a cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita. Hoje, não há mais como pensar no tema de interrupção voluntária da gravidez sem levar da devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora esta autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica.

Esta tendência descriminalizadora se verifica no Brasil através dos projetos de lei referentes à legalização do aborto que estão sendo apresentados ao Congresso Nacional desde 1991, mas que são constantemente rechaçados.

Dentre as projetos de lei destacam-se o PL n. 1135/91¹² e PL 176/95¹³ (BRASIL, Câmara Federal, 2001) cujo objetivo era a descriminalização do aborto até o 9º mês de gestação; o PL n. 4403/04¹⁴ (BRASIL, Câmara Federal, 2004) que tinha por fim a isenção de pena para a prática de aborto terapêutico em caso de anomalia do feto, incluindo a anencefalia; o PL n.4834/05¹⁵ (BRASIL, Câmara Federal, 2005) e o PLS n. 227/04¹⁶ (BRASIL, Senado Federal, 2004) que dispunham sobre a isenção de pena para a gestante e para o médico no caso de aborto de feto com anencefalia.

Todos os projetos de lei descritos anteriormente foram arquivados em 2011. Todavia, no mesmo ano, fora proposto o Projeto de Lei do Senado n. 50/2011 (BRASIL, Senado Federal, 2011) que tem por fim afastar a punibilidade do aborto no caso de feto com anencefalia, se precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu

¹² Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=16299>.

¹³ Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=15125>

¹⁴ Fora apensado ao PL 1135/91 em 22/11/2004, sendo, portanto, arquivado com o mesmo em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=16299>

¹⁵ Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=276215>

¹⁶ Arquivado em 07/01/2011, conforme andamento disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=69514

representante legal. O referido Projeto continua tramitando no Senado e fora encaminhado, no dia 03/02/2015, para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.¹⁷

Cumprе salientar que, não obstante a dificuldade de aceitação, pelos parlamentares, dos projetos de lei já mencionados, o novo anteprojeto do Código Penal – PLS n. 236/2012¹⁸ (BRASIL, Senado Federal, 2012), além sugerir, nos artigos 125 e 126, a redução da pena de prisão para o aborto provocado ou consentido pela gestante que, atualmente, é de 1(um) a 3 (três) anos para 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sugere ainda, no artigo 128 e incisos, a descriminalização do aborto quando o feto for portador de anencefalia ou anomalias graves e incuráveis, bem como a descriminalização do aborto até a 12ª semana se a mulher não apresentar condições psicológicas para ser mãe.

Trata-se de mais uma tentativa de se obter a descriminalização do aborto no país, condicionando, de maneira ampla e subjetiva, a vida de um ser humano, à “preparação psicológica” da mulher para a maternidade. O referido anteprojeto prevê o descarte, tanto da vida humana indefesa e debilitada por alguma enfermidade, quanto da vida humana saudável e em plenas condições de desenvolvimento.

A incoerência do anteprojeto supracitado consiste no fato de atribuir pena de prisão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para o crime de aborto, cujo bem jurídico penalmente tutelado é a vida humana embrionária, enquanto, o artigo 389 do mesmo, atribui pena de prisão de 2 (dois) a 6 (seis) anos para o agente que importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar.

Sugere-se, portanto, uma verdadeira inversão de valores, ao conferir maior proteção jurídica e tutela penal aos ovos, larvas ou espécimes animais, que ao próprio ser humano indefeso, o nascituro, visto que apenas o transporte ou depósito ilegal de um ovo ou larva, ou ainda, a pena ou a pele de um animal tem mais relevância jurídica do que a vida humana.

Em contrapartida, também tramita no Congresso Nacional o Estatuto do Nascituro - PL 478/07 que trata de princípios reconhecendo a dignidade humana desde a concepção e

¹⁷ O andamento do PLS n. 50/2011 encontra-se disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165

¹⁸ O andamento do PLS n. 236/20122011 encontra-se disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>.

reconhece direitos para melhoria do pré-natal, com o fim de resguardar a vida e a saúde do concebido.

Diante da problemática ora apresentada, observa-se a busca de afirmação de novos valores em detrimento de valores antes tidos como absolutos, ou seja, a dignidade do ser humano e o respeito à vida humana.

Além disso, existe um grande esforço de legitimar a relativização da vida humana e o seu conseqüente descarte, sem qualquer condição ou critério, mas apenas pela vontade deliberada da mulher, por meio do Estado no exercício dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Existe um grande risco para o Estado Democrático de Direito e para a própria humanidade, quando o Direito se propõe a tutelar os mais fortes, ignorando justamente os inocentes e indefesos que se encontram em condição de vulnerabilidade e clamam por proteção, ou seja, as crianças concebidas, principalmente aquelas portadoras de deficiências ou anomalias.

Importa lembrar as seguintes palavras do Dr. Leo Alexander (*apud* BITTAR, 2014, p. 04), chefe do Conselho de Nuremberg, quanto aos crimes nazistas: “Quaisquer que tenham sido as proporções a que estes crimes finalmente chegaram, ficou evidente para todos que os seus começos foram muito pequenos”.

Ao se admitir que o Direito deva tutelar a destruição da vida de seres humanos concebidos, portadores ou não de alguma anomalia, significa ratificar o regime nazista que se sustentou, justamente, sob a égide o Estado de Direito, e por ele foi legitimado.

A destruição da vida humana acarreta terríveis e conhecidas conseqüências para a humanidade, o que reclamada do direito uma tutela irrestrita à vida, na qual a tutela jurídico-penal torna-se imprescindível, e dela não se pode abrir mão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado ao longo desta pesquisa, a tutela jurídica do embrião humano é salvaguardada pelos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, pela Constituição Federal, e pela legislação ordinária, com destaque para o Código Civil e para o Código Penal, que protegem o direito à vida do embrião, bem como o direito à existência. Contudo, faz-se necessário a reformulação do instituto da personalidade jurídica quanto ao início do seu reconhecimento pelo Código Civil, com o fim de adaptá-lo ao avanço

das ciências biomédicas e das reflexões jus filosóficas que demonstram que a pessoa humana passa a existir a partir da concepção e não do nascimento com vida.

Em consonância com as informações oriundas destas áreas do saber e, principalmente do valor personalíssimo, inalienável e indisponível da vida humana reconhecido pelos direitos humanos, o Código Penal pátrio resguarda o direito à vida como bem jurídico penalmente tutelado, conferindo proteção específica à vida humana embrionária.

Quaisquer que sejam os argumentos no sentido de implementar o “aborto legal”, suas premissas não subsistem diante do bem maior que é a dignidade do ser humano que não pode ser respeitada quando lhe é roubado o direito de viver. Não há como ser invocado o respeito à dignidade se a vida não é preservada em sua condição mais vulnerável, inocente e indefesa, como a vida da criança concebida.

Longe de se afastar a tutela jurídica do concebido, é este, na verdade, o merecedor de maior proteção e respeito por todas as leis que se pretendem universalizar e por todos os Estados que visam consolidar a democracia contribuindo de todas as formas para a valorização e o pleno desenvolvimento de todo e qualquer ser humano.

O conflito aparente dos direitos da mulher e do nascituro não encontra respaldo na hermenêutica constitucional. Ao Invocar o direito ao aborto como consequência dos direitos à liberdade, e integridade física e à igualdade da mulher em detrimento do direito à vida do concebido, com a sua absoluta exclusão, retira-se o núcleo essencial desta garantia constitucional, quando a técnica de ponderação de princípios admite apenas a relativização de um princípio constitucional em detrimento de outro, mas nunca a exclusão absoluta.

É falso qualquer argumento que tenha por fim afirmar que o direito à vida do embrião em formação é violador de tantos outros direitos da mulher, visto que a gravidez é um processo que decorre da própria natureza feminina que não traz qualquer violação aos seus direitos, que continuarão a ser exercidos e respeitados durante a gestação. Ao contrário, tais direitos não são retirados pelo nascituro, se não, por causa dele, ainda mais reafirmados, tendo em vista toda a proteção especial que a lei e o Estado conferem à gestante para salvaguardar as duas pessoas e as duas vidas que neste pequeno período de nove meses encontram-se unidas.

A mulher tem todo o direito de decidir sobre sua vida e seu corpo, por isso, ninguém, nem mesmo o Estado pode intervir sobre sua decisão de ter ou não um filho. Mas, a partir do momento em que não se evita a gravidez, conseqüentemente, decide-se por ter um filho ou de assumir esta possibilidade, e, portanto, não se pode mais invocar o direito de decidir pela

morte de um ser humano, que nunca foi, nem será parte do corpo materno ou propriedade de sua mãe.

Mais do que reivindicar a legalização do aborto e o patrocínio da morte de seres humanos inocentes pelo Estado, e conseqüentemente, por seus cidadãos, deve-se lutar para adoção de leis e implementação de políticas públicas que ofereçam serviços de acompanhamento à gestante e de pré-natal com alta qualidade, fornecendo todos os subsídios para a alimentação, bem estar, moradia, conforto e segurança para a mulher e seu filho, facilitando, inclusive, todo o processo de adoção caso esta gestante não queira ou não tenha condições de criar esta criança.

Em uma sociedade em que se pretende reafirmar e promover cada vez mais a dignidade da pessoa humana e construir a cultura da paz faz-se necessário uma reflexão sobre a atual problemática do aborto a partir das seguintes palavras de Madre Teresa de Calcutá, em discurso proferido em Washington, DC, no dia 3 de fevereiro de 1994: “Como poderemos pedir aos povos que não se matem uns aos outros em guerras se permitimos que mães matem seus filhos em seus próprios ventres todos os dias”?

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinelato e. “Proteção civil do nascituro e as novas técnicas médicas”. Opinião. *Folha de São Paulo*, 24 mai 1992.

BARBAS, Stella Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2007.

BIELEFEL, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. Paraná. Disponível em: <<http://www.advocaciabittar.adv.br/artigos/artigos-escritorio/item/aspectos-juridico-penais-da-autorizacao-para-o-aborto-do-feto-anencfalo.html>>. Acesso em 24 de ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, 1992.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRANDÃO, Dornival da Silva. O Embrião e os Direitos Humanos: O Aborto Terapêutico. In: *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 349.703-1. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão em 03/12/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e sucessões*. Coimbra, 1990.
- CALLAHAN, Daniel. *Abortion: Law, choice and morality*. Cambridge – Mass. Macmillan. Co. University Press, 1970.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Lacunas na proteção jurídico-penal do nascituro: os delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2749.pdf>. Acesso em 24/08/2014.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- DELGADO, Mário Luiz. A tutela da vida humana embrionária. São Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI200193,71043-A+tutela+da+vida+humana+embrionaria>>. Acesso em 24 de ago. 2014.
- DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial (arts. 121 a 160 CP)*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FERNANDES, Fernando Andrade. Anencefalia: uma revisão dogmática à luz do bem jurídico protegido. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, a. 17, n. 200, p. 24-26, jul. 2009.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia da Letras, 2003.

MELLO, Celso Albuquerque de. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOORE, Keith L. *Fundamentos de Embriologia Humana* – Trad. de Leonel Costa Couto, São Paulo: Manole, 1990.

NALINI, José Renato. *A evolução protetiva da vida na constituição brasileira*. In: *A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*, vol. 2, 11a ed., São Paulo, Saraiva: 1991.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, I.W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e a Constituição. Mundo Jurídico. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf>. Publicado em 2005. Acesso em 09 de jun. 2015.

SCHOCKENHOFF, Eberhard. Quem é um embrião? In: *BIOÉTICA*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002. (Cadernos Adenauer 3, n. 1).

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHOOYANS, Michel. *Dominando a vida, manipulando os homens*. São Paulo: Ibrasa, 1993.

SERRA, Angelo. Dignidade do embrião humano. In: PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. *Lexicon: Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas*. Brasília: Edições CNBB, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

