

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

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

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

DIREITO À VIDA E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
RIGHT TO LIFE AND CRIMINALIZATION OF ABORTION

Mariana Peixoto Azevedo Pessoa Cavalcanti de Albuquerque
Andréa Flores
Angela Jank Calixto

Resumo

O presente artigo apresenta um comparativo do direito à vida em contrassenso à criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se como objetivo geral a exposição dos conceitos de referido direito fundamental, do aborto e da teoria do início da vida adotada pelo Código Penal, enquanto por objetivo específico a reflexão sintética sobre o conflito de direitos humanos gerados pela criminalização do aborto. Através do método dedutivo, observou-se uma tendência do Supremo Tribunal Federal em considerar inconstitucional a proibição do aborto até o terceiro mês de gestação, em face da ofensa de direitos fundamentais femininos.

Palavras-chave: Aborto, Criminalização, Teoria do início da vida, Direito fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a comparative study of the right to life in contrassense to criminalization of abortion in the Brazilian legal system. The general objective is to expose the concepts of this fundamental right, of abortion and of the theory of the beginning of life adopted by the Criminal Code, and as a specific objective the reflection on the human rights conflict generated by its criminalization. Through the deductive method, the tendency of the Brazilian Supreme Court to consider the prohibition of abortion unconstitutional until the third month of gestation was observed, in face of the offense to women's rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Criminalization, Theory of the beginning of life, Fundamental right

INTRODUÇÃO

Ao tratar da defesa dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 foi a mais inovadora Carta Magna brasileira, uma vez que estabeleceu a proteção de referidos direitos como o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Destacado dos demais direitos fundamentais por ela tutelados, ressalta-se a importância conferida à proteção do direito à vida, cuja inviolabilidade encontra-se prevista no *caput* do art. 5º da Constituição. Em decorrência dessa proteção, o Código Penal Brasileiro tipifica diversas condutas que atentem contra o direito à vida, como os crimes de homicídio, feminicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio e aborto.

Especificamente no tocante ao aborto, tema de estudo neste trabalho, este corresponde à interrupção espontânea ou provocada da gravidez antes de seu término natural com a consequente morte do feto, morte essa que pode ocorrer dentro ou fora do organismo materno.

Em que pese a tipificação penal da conduta, entretanto, não há no texto legal qualquer determinação do momento em que se inicia a vida humana e sua consequente proteção. Desse modo, desenvolveu-se uma grande divergência doutrinária acerca da definição do momento em que se tem início a vida humana, podendo-se encontrar cinco teorias de maior destaque para explicar a partir de que momento se poderia afirmar que houve o cometimento do crime de aborto, quais sejam, a teoria da fecundação, a da nidação, a neurológica, a ecológica e a metabólica.

Diante da divergência doutrinária existente, o presente trabalho se propõe a expor e comparar as teorias existentes acerca do início da vida, bem como explicar os conceitos do direito fundamental à vida e da tipificação penal do aborto, dado que o entendimento adequado acerca do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico e das razões pela quais até hoje o ordenamento jurídico brasileiro considera o aborto como crime é necessário para a compreensão de o porquê é necessário, atualmente, que se proceda à descriminalização da conduta no país.

Para o estudo do tema, será realizada, no tocante aos fins, uma análise exploratória e descritiva, sendo utilizado o método dedutivo para a compreensão dos institutos do direito à vida e do aborto. Quanto aos meios, será realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, sendo utilizados livros, dissertações e teses que discorrem sobre a temática.

1. A OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO À VIDA COMO INSTITUTO DESTINADO À PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A querela preponderante quando da discussão acerca da descriminalização do aborto está no direito do feto à vida, direito este garantido constitucionalmente no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Para parte da doutrina, a vida é tida como o bem jurídico de maior relevância, visto que relacionada à existência da pessoa, a qual é imprescindível para a titularidade dos demais direitos. Nesse sentido José Afonso da Silva (2001, p. 201) afirma que “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

A fim de assegurar o supracitado direito, foi estipulado no Código Penal um capítulo destinado à tutela dos crimes contra a vida, dentre os quais se encontra o aborto, no art. 124 e seguintes, de referido *codex*.

O que se observa, entretanto, é que em que pese a respeitável tentativa do legislador de garantir o direito à vida para todos, inclusive para fetos ainda não totalmente desenvolvidos, a criminalização do aborto não tem atendido ao seu objetivo. Isso porque os procedimentos abortivos permanecem sendo realizados em torno do país de forma clandestina, gerando, assim, a morte de milhares de mulheres ao longo dos anos.

Conforme evidenciado pelo estudo realizado pela OMS (Organização Mundial da Saúde) em parceria com o Instituto Guttmacher e divulgado pelo periódico científico *Lancet* (SEDGH, 2016), uma brasileira morre a cada dois dias por conta de procedimentos mal feitos e um milhão de abortos ilícitos são realizados no país todos os anos, panorama esse que denota como um grave problema de saúde pública. Nesse sentido, Emmerick (2008, *apud* FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 36) destaca que o que se verifica, na realidade, é

[...] que não há estreita relação entre os números de abortos praticados, sua proibição e sua ilegalidade; que a criminalização nunca inibiu a realização de abortos. Dessa forma, o sistema penal está deslegitimado para resolver os desajustes e conflitos sociais, ou seja, de prevenir ou combater a ocorrência de condutas tidas como delituosas. Sua aplicação nada mais faz do que motivar a vingança, a violência e a violação de direitos dos seguimentos empobrecidos e excluídos da sociedade.

Todavia, mesmo diante de tais dados, juristas, legisladores, teóricos e militantes do movimento pró-vida condenam qualquer tentativa de modificação da legislação brasileira que tenda a descriminalizar a prática do aborto induzido no país, sob o argumento de que a

legalização da interrupção voluntária da gravidez acarreta em uma eminente ofensa ao texto constitucional¹.

Apesar desse entendimento, entretanto, insta destacar que não se pode afirmar que a proteção do direito à vida deve se dar de forma irrestrita, de modo que quando em colisão com outros direitos sempre prevalecerá. Isso porque os direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto, de forma que quando em conflito com outros direitos fundamentais devem ser analisados caso a caso pelo juiz (LOPES, 2012).

Nesse diapasão é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica da análise da decisão proferida no Mandado de Segurança nº. 23.452-DF, pela qual se consolidou o entendimento da ausência de caráter absoluto dos direitos e garantias fundamentais. Consoante destacado pelo Tribunal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1999)

Em face da constatação do caráter relativo da aplicação dos direitos fundamentais, desenvolveu-se uma segunda corrente doutrinária que se firma no princípio da dignidade da pessoa humana como qualificador da vida, de modo a apontar que de nada adianta a existência se nela não houver um mínimo de dignidade². Nesse sentido, segundo essa corrente, para que se assegure a uma pessoa o direito à vida, não basta que se assegure a ela sua mera existência, sendo necessário que se garanta à pessoa uma vida digna.

O significado da dignidade da pessoa humana, conforme lecionado por José Joaquim Gomes Canotilho (2001), deve levar em consideração a ideia do indivíduo formador de si próprio e de sua vida segundo o seu projeto espiritual, ou seja, encontra-se ligado à ideia de autonomia, esta considerada como a capacidade potencial do ser humano de autodeterminar sua conduta.

Malgrado o fato de a autonomia encontrar-se diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, ao tratar-se da dignidade feminina, comumente preterida, o paradoxo direito à vida do feto *versus* autodeterminação da mulher costuma tender para o lado oposto, visto que se

¹ Dentre os teóricos que defendem o movimento pró-vida, se destacam os autores Christopher Kaczor, André de Carvalho Pagnoncellio e o deputado federal Salvador Zimbaldi.

² São exemplos de teóricos do movimento pró-escolha Mônica Bara Lima, Roberto Chateaubriand Domingues e José Henrique Rodrigues Torres.

privilegia o direito do feto ao nascimento em detrimento do direito da mulher de autodeterminar-se (ABRAMOVAY, 2008).

Desse modo, exigir que uma mulher perpetue com uma gravidez que não deseja fere diretamente o princípio da dignidade humana, tendo em vista a objetificação feminina decorrente da anulação de sua vontade.

Nesse sentido é o entendimento de Roberto Chateaubriand Domingues, o qual ressalta que o fato de se impor a uma mulher a obrigatoriedade de gestação simplesmente ante seu suposto destino biológico configura, na realidade “uma evidente conduta instrumental tendente a transformá-la em um objeto cuja função se perfaz no atendimento das expectativas distintas e, muitas vezes, incompatíveis às suas” (DOMINGUES, 2008, p. 93).

Além da objetificação da mulher e da inobservância a sua liberdade de autodeterminação pessoal, destaca-se que, conforme exposto por Luís Roberto Barroso, a criminalização do aborto acarreta também a ofensa de diversos outros direitos fundamentais. Consoante destaca o jurista:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 2016).

A proibição do aborto também implica, portanto, lesão aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, direitos estes que incluem a possibilidade de escolha individual da mulher em gerar ou não um filho no momento em que ela entender ser o mais adequado, já que cabe a si o ônus da gravidez.

Cumpre salientar que no Relatório da Conferência de Cairo, marco na história do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos, tratou-se especificamente de referidos direitos reprodutivos, estabelecendo que eles se baseiam no direito básico de todo casal ou indivíduo em

[...] decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. (ONU, 1994)

Assim, consagrou-se o entendimento de que a todos se deve assegurar o direito de optar pela reprodução ou não. Em que pese o Brasil tenha tido ativa participação durante a Conferência de Cairo, no entanto, o tratamento penal dado ao tema no país continua impossibilitando que a mulher tome suas próprias decisões, sem coerção, sobre a maternidade, eis que essa é obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, limitando drasticamente sua autodeterminação sexual.

Além da violação aos diversos direitos fundamentais, destaca-se, ainda, que a perpetuidade da criminalização do aborto também gera notório prejuízo à saúde reprodutiva da mulher, tendo em vista os elevados índices de morte materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada. Desse modo, tem-se que a perpetuação da criminalização do aborto também constitui uma ofensa ao direito à saúde materna, o qual se encontra previsto no art. 6º da Constituição Federal como um direito social e que, nos termos do art. 196 da mesma Carta Magna, deve ser assegurado pelo Estado.

Insta salientar que consoante destacado por Carolina Alves de Souza Lima (2012, p.108), a saúde corresponde, na visão contemporânea da Organização Mundial de Saúde conceitua, ao “completo bem-estar físico, psíquico e social”, somente podendo-se afirmar que não há ofensa a esse direito no caso de observância integral à saúde da pessoa.

Com a adoção de referido conceito, o que se evidencia é que nos casos de abortos clandestinos, consequência direta da criminalização do aborto pelo ordenamento jurídico, há uma completa inobservância ao direito acima destacado. Além da saúde física da mulher, que, conforme já salientado, é posta em extremo risco diante das situações precárias em que é realizado um procedimento clandestino, a saúde psíquica feminina também sofre fortes abalos durante uma gestação indesejada, visto que a gestação muda fundamentalmente a vida da mulher, bem como seu papel social e estrutura familiar (LIMA, 2012).

Outrossim, a norma repressiva caracteriza ainda em quebra da igualdade de gênero, uma vez que, embora para a concepção de um feto seja necessária a participação de um ser masculino e um feminino, a legislação penal brasileira isentou o homem da responsabilidade quanto à interrupção voluntária da gravidez aborto (DOMINGUES, 2008). Ao criminalizar apenas a decisão da mulher de cometer o aborto, na redação do art. 124 do Código Penal, o legislador assegurou ao homem a impunidade diante de uma escolha que é por muitas vezes tomada em conjunto, ou até mesmo induzida por ele.

Outra grave violação constatada no supracitado artigo está relacionada com o princípio da proporcionalidade, o qual determina que a tipificação penal somente se justifica se houver

o atendimento aos três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, para a justificação da tipificação penal do aborto, deve o art. 124 e o art. 126, ambos do Código Penal, serem adequados à tutela do direito à vida do feto, não havendo outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo aos direitos das mulheres, bem como serem justificados a partir da análise de seus custos e benefícios (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Ocorre que a criminalização do aborto não se encontra adequada para a proteção da vida intrauterina. Conforme demonstrado pelo estudo realizado pela OMS em conjunto com o Instituto Guttmacher, a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres (SEDGH *et al.*, 2016). Dessa forma, o que se verifica é que, na realidade, a criminalização afeta tão somente a quantidade de abortos clandestinos que passam a ser realizados, e não o número de abortos. Tal fato apenas eleva o número de mulheres com complicações de saúde ou que são levadas a óbito em decorrência dos abortos clandestinos realizados.

Da mesma forma, em relação ao subprincípio da necessidade, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivos aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida.

Nesse sentido, Miguel Reale Júnior (1991, p. 187) defende que “descriminalizar significa abandonar, humildemente, a concepção de que é apenas através de qualificação jurídica, com recurso à tipificação penal, que se propulsiona o progresso da sociedade”.

Assim, vê-se que com a criminalização a mulher é restringida de um alto grau de direitos fundamentais, também havendo uma deficiente proteção do feto, gerando custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. Nessas circunstâncias, respeitar a vontade da mulher configura o respeito a sua capacidade de gerir e conduzir sua vida corporal e mental, por meio de suas próprias escolhas.

Contudo, em que pese a defesa da descriminalização, compreende-se a necessidade de limitação do tempo de gestação para a legalização do aborto, tendo em vista o sofrimento que

referido procedimento possa vir a gerar ao feto quando já desenvolvido, razão pela qual se passa à análise das teorias existentes acerca do início da vida humana.

2. TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA

Tendo em vista a omissão da Carta Magna com relação ao início da vida humana, muitas foram as teorias que surgiram a seu respeito, dentre as quais cabe destacar as teses da nidação, da fecundação, a desenvolvimentista e a das primeiras atividades cerebrais.

Acerca do tema, Carolina Alves de Souza Lima elucida que não cabe ao Direito a definição desse instante, mas apenas o início de sua proteção jurídica. Conforme destacado, a definição do conceito de vida e de seu início pertence ao campo das ciências médicas e biológicas, sendo que ao direito “cabe, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, ou seja, estabelecer quando se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da via e com qual abrangência” (LIMA, 2012, p. 40).

A primeira corrente que buscou solucionar a questão, desenvolvida pela Igreja Católica e que prevalece até hoje em boa parte da doutrina, afirma que a vida tem início com a fecundação do óvulo e do espermatozoide. Para Carolina Alves de Souza Lima, tal teoria decorre do fato de se considerar que desde a fecundação há um novo ser, com individualidade própria, com carga genética definida, de modo que o feto já “um ser humano, porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional” (LIMA, 2012 *apud* BRANDÃO, 2007, p. 42). Portanto, para essa teoria, o embrião, apesar de ainda estar em desenvolvimento, deve possuir os mesmos direitos garantidos ao homem, desde a sua concepção.

Entretanto, apesar de essa teoria ser a preponderante no ordenamento jurídico por vários anos, esse entendimento não mais corresponde ao contexto social atual. Isso porque as ciências médicas desenvolveram-se e tornou-se comum a fertilização *in vitro* como saída para casais que não possam gerar um filho pela via natural, advindo assim a problemática dos embriões excedentes, muitas vezes descartados pela sua inviabilidade (SILVA, 2013). Caso se adotasse a teoria da fecundação, pois, como marco para a configuração do aborto atualmente, referida dispensa dos embriões não utilizados já incidiria no aborto, assim como o uso da conhecida “pílula do dia seguinte”, atualmente liberada em todo território nacional.

Diante dessa questão, desenvolveu-se a teoria da nidação, na qual se considera a vida apenas a partir do momento em que o embrião se fixa na parede do útero, cerca de 5 a 12 dias após a fecundação. Segundo essa corrente, é pela implantação que o ovo adquire viabilidade e determina o estado gravídico da mulher, sendo que antes da nidação havia somente um

aglomerado de células que poderia vir a constituir posteriormente os alicerces do embrião. Nesse sentido defende Mônica Sartori Scarparo (1991, p. 42), para quem não é “viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe”.

Assim, para os adeptos da teoria nidatória, em face da morte do embrião fecundado artificialmente quando não implantado no útero materno, este não possui relevância jurídica, de forma que seu uso para estudos não ofende ao direito à vida.

Em contrapartida, também surgiu a teoria desenvolvimentista para justificar o início da vida humana, a partir da qual defende-se que o produto da concepção passa por três fases durante a gestação (pré-embrião, embrião e feto), sendo que apenas na última etapa de seu desenvolvimento torna-se um ser individualizado.

Nesse diapasão, Jussara Leal de Meirelles (2000, p. 114) elucida que o entendimento adotado pelos adeptos a referida teoria é o de que “o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como ‘pessoa’”. A proteção jurídica do feto teria início, portanto, apenas a partir do momento em que ele pudesse ser identificado como ser único.

Contudo, tendo em vista a ausência de critérios para a identificação dos elementos capazes de determinar a individualidade do feto, a teoria desenvolvimentista é tida como falha.

A quarta teoria, por sua vez, baseia-se na definição de morte adotada pelo Código Penal Brasileiro, a morte encefálica. Os defensores dessa corrente afirmam que se a vida encerra-se com a morte cerebral, nada mais coerente do que ter seu início pelas primeiras atividades cerebrais do feto. Nesse sentido destaca Luís Roberto Barroso (2006, p.27) que “se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar”.

Tal teoria fundamenta-se ainda na falta de sensibilidade do feto, uma vez que antes da formação do seu tecido nervoso não há que se falar em dor causada pelo abortamento para o produto da concepção. Nesse ínterim, Peter Singer, citado na obra de Taynara Cristina Braga Castro, esclarece que “o fato de o córtex cerebral (responsável pelas sensações) só iniciar seu desenvolvimento a partir da décima oitava semana de gestação, faz com que o feto só sinta dor a partir desse ponto da gestação” (CASTRO, 2014 *apud* SINGER).

Entretanto, em que pesem os argumentos utilizados para justificar o aborto somente a partir das primeiras atividades cerebrais, a teoria depara-se ainda com um debate acerca do exato momento em que se daria a formação encefálica no feto, já que a doutrina não é unânime nesse lapso temporal.

Enquanto alguns cientistas afirmam haver sinais cerebrais por volta da 8ª semana de gravidez, quando o feto já teria as feições faciais mais ou menos definidas e um circuito básico de três neurônios, uma segunda hipótese aponta para a 20ª semana, por ser o momento em que a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto e o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o que se observa é que, ao incorporar a Convenção Americana de Direitos Humanos ao sistema constitucional, passou a adotar o momento da concepção como início da proteção tutelada à vida humana, contudo, de forma relativa, já que, consoante redação do art. 5º, da Lei 11.105/2005³, são lícitas as pesquisas em células troncos de embriões humanos fertilizados *in vitro*.

Todavia, recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso, durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº. 124.306, manifestou-se pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, sua decisão baseando-se na inviabilidade do feto durante esse período inicial da gestação se extraído do útero materno. Isso porque, conforme lição de Márcia Pimentel de Castro *et al.* (*apud* DOYLE, 2004, p. 04), apesar de antes dos três meses se observar um progresso significativo nos cuidados perinatais, apenas entre a idade gestacional de 23 e 24 semanas é que mais da metade dos recém-nascidos sobrevivem a uma expulsão precoce.

Desse modo, percebe-se que lentamente a percepção dos juristas brasileiros com relação à possibilidade de realização do aborto vem se modificando, havendo inclusive entendimento jurisprudencial, conforme acima evidenciado, no sentido de sua aceitação.

No entanto, até hoje se percebe uma resistência na aceitação da descriminalização do aborto, fato este que, conforme exposto, ao atribuir ao direito à vida de um feto com diminuta viabilidade *status* de direito fundamental superior às liberdades de um ser humano já desenvolvido, qual seja, a mulher, viola nitidamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

³ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

É diante de tal fato que se defende a necessidade de descriminalização, para a própria preservação de direitos constitucionalmente previstos para a mulher.

A descriminalização do aborto, consoante o destacado, não possui o intuito de fazer com aqueles que se opõem a essa prática, em razão de seus princípios morais e convicções religiosas, passem a defendê-la, mas tão somente de que todos os brasileiros possam exercer plenamente sua liberdade de autodeterminação. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro, como acontece nos países em que a descriminalização foi implantada em conjunto com políticas de orientação e conscientização.

CONCLUSÃO

O debate acerca da descriminalização do aborto é palco de uma das mais polêmicas discussões de conflito de direitos fundamentais do âmbito jurídico. Contudo, em que pese a corrente doutrinária defensora do direito à vida como bem supremo, o STF sustenta o entendimento de que os direitos fundamentais são relativos e devem ser analisados quando em colisão, caso a caso.

Assim, uma segunda corrente doutrinária defende que a vida só assume o valor de bem supremo quando aliada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em decorrência da criminalização do aborto, a mulher tem a segregação de sua autonomia e autodeterminação, de modo a contrariar referido princípio.

Ademais, referido tipo penal acarreta ainda em ofensa aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à sua integridade física e psíquica, bem como a sua igualdade perante o homem. Dessa forma, entende-se que a criminalização do aborto, além de não ser eficiente para a garantia da vida intrauterina, tendo em vista o alto índice de procedimentos clandestinos realizados no país, é prejudicial ao pleno viver da mulher.

Por conseguinte, analisadas as teorias de início da vida humana da fecundação, da nidificação, das primeiras atividades cerebrais e a desenvolvimentista, percebe-se que não há um consenso a respeito de qual é a mais adequada para a sociedade atual, o Código Penal permanece adotando a teoria da fecundação de forma relativa.

Entretanto, nota-se uma propensão do Superior Tribunal de Justiça para a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº. 124.306-RJ. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº. 23.452-DF. Impetrante: João Côrrea de Sá. Impetrados: Almerindo Vasconcellos Trindade e outro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de set. de 1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14816951/agregno-mandado-de-seguranca-ms-23453-df-stf>> Acesso em: dez. de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. Teorias sobre o conceito de vida: aborto e ADI 3510. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4153, 14 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33465>>. Acesso em jan. 2017.

EMMERICK, Rulían. **Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia - Direitos Fundamentais em Colisão - Revista e Atualizada**. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2015. v. 1.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em jan 2017.

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). **Direito de decidir: Múltiplos Olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 67-103..

MEIRELLES, Jussara Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ONU. Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento. **Programme of Action of the International Conference on Population and Development**. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em jan. 2017.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEDGH, Gilda et al. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. **The Lancet**, vol. 388, iss. 10041, 2016.

SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível

em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>.

Acesso em fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.