



Centro Universitário de Brasília - Uniceub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RAFAELLA FRANÇA ABRITTA AGUIAR

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER E DO
NASCITURO**

Brasília

2018

RAFAELLA FRANÇA ABRITTA AGUIAR

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER E DO
NASCITURO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Prof. Eleonora Medeiros.

Brasília

2018

RAFAELLA FRANÇA ABRITTA AGUIAR

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER E DO
NASCITURO.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Orientador: Prof. Eleonora Medeiros.

Brasília, 01 de maio de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

*A todas aquelas pessoas que transformam suas ideias
e sonhos em projetos reais, ajudando a construir uma
sociedade melhor.*

AGRADECIMENTO

Agradeço a Professora Eleonora Medeiros, exemplo de mestre e amiga, pelo inestimável apoio e pela indispensável orientação que deu para realização deste trabalho.

Agradeço também, aos professores e colegas do curso de graduação pelo convívio ao longo desses anos.

Agradeço, finalmente, a minha família e a todas as pessoas que, direta ou indiretamente contribuíram para conclusão deste trabalho.

Uma autonomia privada bem protegida contribui para assegurar a geração de autonomia pública tanto quanto, reciprocamente, o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a garantir a gênese da autonomia privada.

Jürgen Habermas

Trata-se de afirmar o juízo moral de que as mulheres têm direito a ser tratadas como indivíduos ao invés de sofrerem restrições em função de seu sexo, mas também, de afirmar, o juízo moral de que o grupo a que pertencem não pode ser relegado a uma posição inferior.

Nadine Taub & Wendy Williams

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as especificidades dos direitos fundamentais da gestante e do nascituro sob a perspectiva da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação, levando-se em conta o debate filosófico, bioético e científico acerca do início da vida e seu valor. Demonstrando o posicionamento da doutrina acerca das teorias do início da personalidade civil, a tutela dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e o panorama geral do aborto no Brasil e no mundo. Nesse sentido, abordo a forma como o aborto é tratado no direito comparado e demonstro como deveria ser tratado no Brasil, colocando sob análise o processo de redemocratização do Brasil, que trouxe à tona uma série de demandas de direitos até então não conhecidos, reivindicados por movimentos sociais, entre eles as manifestações pró e contra o reconhecimento do direito ao aborto. Dessa forma, é possível perceber que os direitos fundamentais da gestante e do nascituro não são tutelados da mesma maneira, nem com a mesma intensidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, se fazendo necessário a adequação da legislação ordinária conforme os ditames da Constituição Federal. Qual seria a solução mais justa e adequada para o tratamento conferido a interrupção voluntária da gravidez?

Palavras-chave: Direitos de Personalidade. Direitos Fundamentais. Gestante. Nascituro. Aborto.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the fundamental rights of women and the unborn, under the perspective of termination of pregnancy in the first trimester, given how the philosophical, bioethical and scientific debate about the beginning of life and its value. By demonstrating the positioning of the doctrine on the theories of the beginning of civil personality, the protection of fundamental rights in our legal system and the overview of abortion in Brazil and in the world. In that sense, this study discusses the way abortion is regulate in comparative law and shows how it should be in Brazil, by analyzing the process of democratization in Brazil, which has brought to the forefront a series of unknown rights claims, claimed by social movements, including demonstrations pro-life and pro-choice in the recognition of the right to abortion. In this way, it is possible to perceive that the fundamental rights of the women and the fundamental rights of the unborn is not protected by our legal system, neither in the same amount, nor with the same intensity. Consequently is necessary to adapt the ordinary law according to the Constituição Federal do Brasil. What would be the fairest solution?

Keywords: Personality Rights. Fundamental Rights. Women. Unborn. Abortion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O VALOR DA VIDA: DWORKIN VS. SINGER	13
1.1 Quando a Vida Começa?	19
1.2 O Conceito de Nascituro e as Teorias da Personalidade Civil	23
1.2.1 <i>A Teoria Natalista</i>	24
1.2.2 <i>A Teoria Concepcionista</i>	25
1.2.3 <i>A Teoria da Personalidade Condicional</i>	26
1.2.4 <i>Análise crítica</i>	28
2 A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1 Os Direitos da Personalidade	35
2.1.1 <i>Do Conflito de Direitos Fundamentais</i>	38
2.1.2 <i>A intervenção estatal no âmbito das liberdades jusfundamentais</i>	40
2.2 Da Proteção Constitucional à Gestante Vs Nascituro	41
2.2.1 <i>A Descriminalização do Aborto e a Liberdade, Privacidade, Autonomia Reprodutiva, Igualdade e Saúde da Gestante</i>	48
2.2.2 <i>Os Direitos do Nascituro e a Expectativa de Direito</i>	52
3 O PANORAMA GERAL DO ABORTO	55
3.1 O Aborto no Direito Comparado	55
3.1.1 <i>Estados Unidos</i>	56
3.1.2 <i>Canadá</i>	58
3.1.3 <i>Japão</i>	58
3.1.4 <i>Itália</i>	59
3.1.5 <i>Espanha</i>	60
3.1.6 <i>França</i>	61
3.1.7 <i>Alemanha</i>	62
3.1.8 <i>Portugal</i>	64
3.1.9 <i>Convenção Interamericana de Direitos Humanos</i>	67
3.2 Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas	69
3.3 O Aborto e a Filosofia da Moral	77
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

No mundo todo, as questões relativas ao aborto são amplamente discutidas nas mais diversas áreas do conhecimento, entre elas, psicologia, sociologia, filosofia, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto desperta polêmicas intensas, colocando em campos opostos os defensores do direito à escolha e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro, são divergências profundas que não se limitam aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, envolve também crenças religiosas, opiniões políticas e opiniões pessoais.

Desde a década de 60 do século passado, se assiste no mundo todo um fenômeno de liberalização da legislação sobre o aborto, em sintonia com novos valores sociais, e com uma sensibilidade aos direitos fundamentais das mulheres, os legisladores ou Tribunais Constitucionais de países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, dentre tantos outros, promoveram mudanças na legislação, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, e que até hoje, em média 50 anos depois, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados.

Ademais, com 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 aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, formam componentes essenciais para um novo cenário, diverso daquele que foi editada a legislação penal brasileira.

No Brasil, após 20 anos de regime militar, colocando sob análise o processo de redemocratização do Brasil, que trouxe à tona uma série de demandas de direitos fundamentais até então não conhecidos ou discutidos, reivindicados por movimentos sociais, entre eles as manifestações pró e contra o reconhecimento do direito ao aborto.

Nesse contexto, foi promulgada em 1988 a Constituição Federal, inaugurando uma nova fase no constitucionalismo, trazendo a necessidade da adequação da legislação ordinária aos novos ditames da Lei Maior.

Atualmente no Brasil, vigora na matéria o Código Penal, editado na década de 40, antes da Constituição, que optou pela criminalização do aborto em seus art. 124 a 128, empurrando todo ano centenas de milhares de mulheres a se submeterem a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem segurança e higiene, resultando hoje na maior quinta causa de mortalidade materna no país, segundo a OMS, se realizam um milhão de abortos em más condições, a cada dois dias uma mulher morre no país, sendo a curetagem pós-aborto o procedimento obstétrico mais realizado na rede pública.

Contudo, não tem como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar em conta os direitos fundamentais básicos da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista do início da década de 40 do século passado, em que foi editada o Código Penal e que o legislador penal brasileiro, ignorou solenemente todos os princípios e direitos envolvidos no tratamento conferido ao aborto, colocou o direito à vida do nascituro de forma absoluta, em detrimento dos direitos da mulher, quais sejam, à autonomia, à liberdade, à privacidade, os direitos sexuais e reprodutivos, a integridade física e psíquica, e a igualdade.

É certo que, existe do outro lado da balança, uma preocupação justa com a vida do nascituro, embora haja uma ampla discordância doutrinária sobre como qualificar a situação jurídica e moral do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Código Civil, foram criadas e amplamente defendidas por meio da doutrina, diversas teorias que determinam o início da personalidade civil do nascituro, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista; sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional; mediante uma expectativa de direito, segundo a natalista; ou os que decidiram não atribuir personalidade jurídica, como é o caso da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, mas veremos que não é adotada uma só teoria para todos os casos.

A pesquisa se inicia com o debate filosófico de Dworkin Vs Singer sobre o valor da vida e quando ela começa. Em seguida, aborda-se o significado de nascituro e sua natureza jurídica com o processo de evolução das teorias da personalidade civil, com foco na divergência doutrinária quanto a posição do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, a pesquisa aborda a teoria geral dos direitos fundamentais, o conflito dos direitos fundamentais e o surgimento dos direitos de personalidade e como eles são tutelados pelo ordenamento jurídico quando se trata da gestante, e do nascituro.

O derradeiro capítulo, é realizada uma análise completa dos números ligados ao aborto, e como a interrupção voluntária da gravidez é tratada no direito comparado, a fim de verificar o comportamento mundial acerca do aborto, haja vista que a legislação brasileira é uma das mais rígidas do mundo quando se trata desse assunto.

Ao final verificou-se que os objetivos foram atendidos. Com o levantamento de dados suficientemente analisados permite-se a elaboração de uma resposta ao problema.

Nesse sentido, verificou-se que o impacto da tipificação do aborto na saúde das mulheres é absurdo. A tipificação penal não impede que o aborto seja realizado, somente impede que seja feito de maneira segura, não salvando a vida do nascituro, e sim, matando milhares de mulheres anualmente.

Recomenda-se, desse modo, a realização de políticas públicas, para orientação ao planejamento familiar. Carece, também, legislar sobre a matéria para descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez feita até o primeiro trimestre de gestação.

O caso da interrupção voluntária da gravidez tem vários pontos divergentes, e nunca seremos capazes de consolidar uma opinião única sobre o assunto, essa procura por consenso é inútil uma vez que, depende da subjetividade de cada ser humano. Porém, do ponto de vista atual, para qualquer um que esteja disposto a olhar sob à ótica racional não é uma questão de opinião, é uma questão de escolha, uma questão de direito, e uma questão privada, mas que se tornou pública a partir do momento que começou a causar dano à saúde de uma parcela considerável - milhares por ano - de mulheres brasileiras.

Sob o prisma jurídico, o caso envolve uma adequação de interpretação do art. 2º do Código Civil conforme à Constituição, e, posteriormente a ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual, o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, nesse caso, o direitos do nascituro e a os direitos da gestante, pois percebe-se claramente que a Constituição protege os direitos do nascituro, mas não com a mesma intensidade que se tutela o direito à vida de pessoas já nascidas, por razões de ordem biológica, moral e social esse grau de proteção vai aumentando a medida que avança o período de gestação.

Desta forma, o aborto deve ser estudado como garantia de que o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais não são colocados em xeque quando o interesse político e religioso diverge, sendo um Estado que garante a dignidade da pessoa humana, reconhece o pluralismo da população mas fundamenta suas ações em uma posição de neutralidade moral, de defesa da justiça, por razões públicas e de acordo com a Lei Maior.

Reconhecendo dessa forma, que a decisão pelo aborto é matéria de ética privada, ou seja, nenhuma mulher deve realizar o aborto contra sua vontade, assim como nenhuma mulher deve ser impedida de abortar se essa for a decisão, cabendo ao Estado estabelecer o lapso temporal para a escolha da mulher.

Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve evitar de todas as maneiras, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve, por isso, é papel do Estado e da sociedade atuar de forma preventiva, mediante políticas públicas, com oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher. Portanto, ao se afirmar aqui a compatibilidade da descriminalização no primeiro trimestre de gravidez com o ordenamento jurídico, não está a se fazer a defesa da disseminação do procedimento, pelo contrário, o que se

pretende é que ele seja seguro deixando de ser a quinta maior causa de mortalidade materna no Brasil.

1 O VALOR DA VIDA: DWORKIN VS. SINGER

Em caráter introdutório, faz-se necessário uma rápida explanação sobre a definição de aborto e seus desdobramentos¹. Segundo Matielo², o termo provém do latim *aboriri* e significa “separar do lugar adequado”, por sua vez, Capez³ em sua obra, conceitua o referido assunto:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.

Sempre que esse assunto é trazido à baila gera-se uma grande discussão, o primeiro pensamento que nos vem à mente é o da interrupção da gravidez, provocando, desta forma, a morte do ser humano que estava por nascer, entretanto como tudo no direito há posicionamentos divergentes, iremos analisar a concepção de dois dos maiores filósofos vivos a escreverem sobre o tema, o australiano Peter Singer e o americano Ronald Dworkin, procurando demonstrar, como os dois, a partir de diferentes visões conseguiram construir referenciais para chegar numa solução para atender as diferentes perspectivas morais e éticas.

Peter Singer, no sexto capítulo de sua obra *Ética Prática*, dissecou vários argumentos vindos de grupos a favor e contrários ao aborto, e sustenta que a questão moral do aborto é um dilema sem solução, e que pelo menos dentro dos limites da ética não-religiosa, existe uma resposta inequívoca, e que os que assumem um ponto de vista diferente estão simplesmente equivocados, defende que são questões éticas difíceis, pois o desenvolvimento do ser humano é um processo gradual.⁴

Sustenta que o ponto de vista conservador colocado como argumento formal, o argumento básico contra o aborto ficaria mais ou menos assim:

¹VASCONCELOS, Gabriel de Sousa. **Singer Vs Dworkin**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21492/singer-dworkin-e-as-bases-para-uma-diferente-discussao-sobre-o-aborto>> Acesso em: 03 de Mar. 2018.

²MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994.

³CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.147.

Primeira premissa: É errado matar um ser humano inocente.

Segunda premissa: Um feto humano é um ser humano inocente.

Conclusão: Logo, é errado matar um feto humano.

O autor sustenta que a reação liberal tradicional é aceitar a primeira premissa e negar a segunda premissa, e a discussão vai ligar-se ao problema de o feto ser ou não ser um humano, e a questão do aborto costuma ser vista como uma controvérsia a respeito de quando inicia a vida humana. Os conversadores chamam atenção para a continuação entre o óvulo fertilizado e a criança, e desafiam os liberais a apontar uma linha divisória moralmente significativa, e sugere as mais comuns: o nascimento, a viabilidade (capacidade de levar uma vida significativa fora do útero materno), os primeiros movimentos e o surgimento da consciência, que para ele possui uma importância moral concreta, e afirma que os conservadores pisam em terreno firme quando insistem que o desenvolvimento que vai do embrião ao recém-nascido é um processo gradual.⁵

Alguns argumentos liberais não contestam a afirmação de que o feto é um ser humano inocente, mas afirmam que, não obstante, o aborto é inadmissível, e assim examina três argumentos desse ponto de vista, o primeiro argumento é de que as leis que proíbem o aborto não acabam com ele, ou seja:

levam-no apenas a ser feito clandestinamente, portanto o resultado da proibição do aborto não é tanto a redução do número de abortos realizados, mas, sim, o aumento das dificuldades e dos perigos para as mulheres com gravidez indesejada.⁶

Ainda ressalta que,

é um erro pressupor que a legislação deve sempre reforçar a moralidade. Pode acontecer que, como se alega no caso do aborto, as tentativas de reforçar a conduta certa levem a consequências não desejadas por ninguém e não produzam um decréscimo de erros⁷;

O segundo argumento também é um argumento sobre as leis que regem o aborto, e não sobre a ética, baseado na concepção de John Stuart Mill segundo o qual deve ser revogadas as leis que criam crimes sem vítimas, entre essas leis estão aquelas que proíbem os

⁵SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.148

⁶SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.153

⁷SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.154

relacionamentos homossexuais livremente consentidos, o uso de drogas, e então a discussão é exatamente sobre o fato de a prática ter ou não uma vítima⁸.

E o terceiro argumento, o feminista, que uma mulher tem o direito de escolher o que fazer com o próprio corpo, a base deste argumento é a de que o direito à liberdade é um direito hierarquicamente superior que o direito à vida, sendo um argumento mais complexo, Singer cita Judith Jarvis Thomson, filósofa feminista americana que usa a analogia do violinista, que deve ficar preso a outra pessoa por nove meses para que não faleça, segundo Thomson, o violinista tem o direito à vida, mas o fato de tê-lo não dá a ele o direito de usar o corpo de outra pessoa para sobreviver, e o autor reconhece que esse argumento se encaixa perfeitamente para casos de gravidez fruto de estupro, descuido ou ignorância.⁹

E então, Singer apresenta o grupo que questiona a primeira premissa do silogismo conservador,

A fragilidade da primeira premissa do argumento conservador está no fato de fundamentar-se em nossa aceitação do status especial da vida humana. Vimos que, “humano” é um termo que subdivide em duas noções específicas: ser um membro da espécie Homo Sapiens e ser uma pessoa. Uma vez que o termo assim desmembrado, a fragilidade da primeira premissa conservadora se torna evidente. Se “humano” for tomado como equivalente de “pessoa”, a segunda premissa do argumento, que afirma que o feto é um ser humano, é claramente falsa, pois não se pode, plausivelmente, argumentar que o feto seja um ser humano. Por outro lado, se “humano”, for tomado apenas com significado de “membro da espécie Homo sapiens”, então a defesa conservadora da vida do feto tem por base uma característica que carece de significação moral, e portanto, a primeira premissa é falsa.

Por fim, sugere que:

Sugiro, então, que não atribuamos à vida de um feto um valor maior que o atribuído à vida de um animal no mesmo nível de racionalidade, autoconsciência, consciência, capacidade de sentir, etc. Uma vez que nenhum feto é pessoa, nenhum feto tem o mesmo direito à vida que uma pessoa. Ainda precisamos refletir sobre o momento em que o feto provavelmente se torna capaz de sentir dor. Por ora, será suficiente dizer que, enquanto essa capacidade não existir, um aborto põe fim a uma existência que não tem valor intrínseco algum. Contudo, os interesses sérios de uma mulher normalmente prevaleceriam sobre os interesses rudimentares até mesmo de um feto consciente.¹⁰

⁸SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.155

⁹SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002,158

¹⁰SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.160-161

Para aqueles que têm objeções a esse ponto, tratando o feto como vida em potencial, Singer os rebate com simplicidade, dizendo que não existe regra que afirme que um X potencial tenha o mesmo valor de um X, ou que tenham todos os direitos, ‘a potencialidade não parece ser um conceito do tipo ‘tudo ou nada’, a diferença entre óvulo, o esperma e o embrião é uma diferença de grau, associada à probabilidade de transformação em uma pessoa¹¹’.

Menos parcial Dworkin, procura em sua obra *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*¹², mostrar as relações entre a vida e a morte, moral, autonomia, liberdade, é um livro sobre duas questões morais contemporâneas ferozmente discutidas: o aborto e a eutanásia, o autor, permitindo uma visualização do assunto a partir de uma teoria abrangente e objetiva, e apresenta os equívocos e contrassensos que os discursos pró-vida ou pró-aborto têm, apresentando uma teoria baseada na inviolabilidade da vida, na autonomia de vontade, nos interesses e nos direitos individuais reconhecidos universalmente, moral, ética, não só analisando argumentos alheios mas atingindo o cerne da questão do aborto, propondo uma tese original na qual afirma que os verdadeiros motivos que geram questões morais acerca das controvérsias do aborto, e que tem por base uma confusão intelectual muito difundida, que pode ser identificada e eliminada, *in verbis*:

Em termos muito gerais, posso descrever de imediato essa confusão intelectual. O debate público sobre o aborto foi incapaz de reconhecer uma distinção absolutamente crucial. Um lado insiste em que a vida humana começa no momento da concepção, que o feto é uma pessoa já a partir desse momento, que o aborto é um assassinato, um homicídio ou uma agressão à santidade da vida humana.¹³

Cada uma dessas frases, porém, pode ser usada para descrever duas ideias muito diferentes para isso, vale-se de uma – como o próprio autor menciona – “distinção crucial¹⁴”, aqueles que encaram o aborto de uma forma derivativa e aqueles que possuem uma abordagem independente. O modo derivativo é aquele que pressupõe os direitos e interesses do feto, e acredita isso deve ser regulamentado pelo governo, enquanto o independente leva em conta o caráter sagrado e o valor intrínseco da vida, nesse sentido, continua Dworkin:

¹¹SINGER, Peter. *Ética Prática* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.170

¹²DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹³DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.12-13

¹⁴DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.10

Em primeiro lugar, podem ser usadas para reivindicar que os fetos são criaturas com interesses próprios desde o início, aí incluído, fundamentalmente, o interesse de permanecer vivo e que portanto eles têm os direitos que todos os seres humanos têm de proteger esses interesses básicos, inclusive o direito de não serem mortos. Nos termos de tal afirmação, o aborto é errado já em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, assim como matar um adulto é normalmente errado por violar seu direito a quem não o matem. Chamarei esta objeção ao aborto de **objeção derivativa**, uma vez que pressupõe direitos e interesses que a objeção presume que todos os seres humanos têm, inclusive os fetos. Uma pessoa que aceita essa objeção, acredita que o governo deveria proibir ou regulamentar o aborto, acredita que o governo tem uma responsabilidade derivativa de proteger o feto.

A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. De acordo com esta segunda afirmação, o aborto é errado, em princípio porque desconsidera e insulta ao valor intrínseco, o caráter sagrado de qualquer estágio ou forma de vida humana. Chamarei esta objeção de **objeção independente**, uma vez que não depende de nenhum direito ou interesse particular, assim como não os pressupõe. Uma pessoa que aceite essa objeção, e argumente que o aborto deve ser proibido ou regulamentado por lei por esta razão, acredita que o governo tem uma responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida.¹⁵

Na objeção independente, distingue também os tipos de valores que a vida tem, sendo eles: *i*) subjetivo, o valor que a própria pessoa dá à sua vida; *ii*) instrumental, o valor da vida enquanto produção, *iii*) intrínseco, o valor inerente da vida¹⁶.

... a de que somos eticamente responsáveis por fazer algo valioso de nossas vidas, e que essa responsabilidade provém da mesma ideia, ainda mais fundamental, que afirmei encontrar-se também na base da controvérsia sobre o aborto: **a ideia de que a vida humana tem um valor intrínseco e inviolável**. O reconhecimento da vida como um bem jurídico fundamental e inalienável decorre sim da valorização do homem e da sua dignidade difundida pelo humanismo liberal e defendida pelas declarações dos direitos dos homens, mas decorre também do fato de ter a vida se tornando um objeto útil de controle e manipulação. (grifo nosso)¹⁷

¹⁵DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.10-13

¹⁶DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 24-26

¹⁷DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 36-37-99

Dworkin, defende o segundo pensamento, ou seja, a concepção de valor intrínseco da vida, porque para ele, entrar na discussão da possibilidade ou não de classificar o nascituro como pessoa (ou fixar o momento em que ele passaria a ter direitos) é de difícil aplicabilidade prática, ainda sim, crítica as posições mais conservadoras pois demonstra que poucas pessoas acreditam que o feto seja uma pessoa (com direitos e interesses equivalentes aos dos outros membros da sociedade)¹⁸, nesse sentido:

Afirmo que, na fase inicial da concepção, um feto não tem interesse e direitos, e que quase ninguém acredita que os tenha se o valor pessoa fosse o único tipo de valor pertinente em jogo na questão do aborto, este não seria moralmente problemático. Se pensarmos, porém, que a vida de qualquer organismo humano, inclusive a do feto, tem valor intrínseco a despeito de também ter, ou não, valor instrumental ou pessoal –se tratarmos qualquer forma de vida humana como algo que devemos respeitar, reverenciar e proteger por ser maravilhosa em si mesma-, teremos então que o aborto é moralmente problemático.¹⁹

E acaba por relacionar, ao valor que se atribui ao sagrado:

...o valor intrínseco apresenta duas categorias: a incremental e a sagrada. As coisas são incrementalmente valiosas à medida que quanto mais delas se têm, melhor é. No caso do valor intrínseco sagrado ou inviolável não há qualquer relação com a quantidade, mas sim com o modo pelo qual algo se tornou o que é. O valor se deve, então, à existência da coisa em questão, sem relação com a quantidade disponível dela.²⁰

Para Dworkin, a sacralidade pode ser atribuída a uma coisa de dois modos distintos. O primeiro se dá por designação: o sagrado conferido a animais, amuletos e objetos patrióticos, por exemplo. O segundo é por gênese: algo passa a ser sagrado não pelo o que é especificamente, mas pela maneira que surgiu ou passou a existir²¹.

É possível extrair que o valor intrínseco de algo, apesar de estar relacionado ao valor sagrado, não deixa de obedecer a liberdade de credo, pois ele não trata o sagrado a partir de sentido religioso e relativo, mas no sentido de algo inviolável, e exclui a ideia que somente os

¹⁸DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.24-26

¹⁹DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.100

²⁰DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.102

²¹DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.95-101

criacionistas podem atribuir o valor sagrado à vida e diz que “a ideia de que cada vida humana é individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação humana e a criação natural²²”.

Nessa perspectiva, aceitabilidade ou não do aborto fica na dependência do motivo e nas crenças de cada um, há necessidade de individualização e relativização das conclusões acerca do assunto:

[...] um grande número de intensas convicções pessoais sobre o aborto e a eutanásia, algumas liberais, outras conservadoras. São convicções dignas de respeito, e os que as defendem devem viver e morrer de acordo com o que defendem²³.

Afirma que não cabe ao Estado ditar regras que violem a autonomia, liberdade da população, porque a premissa democrática diz que o Estado e o Direito devem ser laicos, “que a Constituição insiste em uma firme separação entre o Estado e a Igreja, e que argumentos doutrinários de natureza religiosa não têm validade jurídica²⁴”.

1.1 Quando a Vida Começa?

“Vida” de acordo com o dicionário Aurélio²⁵ é um: substantivo feminino – do latim *vita* – o período de tempo que decorre desde o nascimento até à morte dos seres; modo de viver; comportamento; alimentação e necessidade da vida; ocupação, profissão, carreira; princípio de existência, de força, de entusiasmo, de atividade (diz das pessoas e das coisas); fundamento, essência; causa, origem; biografia; bem-aventurança, a glória eterna.

Ninguém é capaz de explicar o que é vida, só no dicionário Aurélio²⁶ tem 12 tentativas, por mais de 2000 mil anos essa indefinição gerou a inquietação de filósofos, sociólogos, cientistas dentro outros. Explicar o que é vida por si só é difícil, determinar quando

²²DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.115

²³DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.343

²⁴DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.151

²⁵DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Significado de Vida. Disponível em:

<<https://dicionariodoaurelio.com/vida>>. Acesso em: 29 Abr. 2017.

²⁶Op. Cit.

tem início então é uma das questões mais difíceis da atualidade²⁷, e as respostas sempre são baseadas em questão de fé ou na ciência, as vezes temos religiosos com argumentos científicos para defender as posições, e cientistas com argumentos religiosos e em torno disso temos vários dilemas éticos e morais, a resposta dessa pergunta é decisiva para determinar se o aborto é crime ou não, e se é ético manipular embrião humano em busca de cura para doenças.²⁸

O grego Platão²⁹, um dos pais da filosofia, em seu livro República, defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os quarenta anos, isso porque ele entendia que mulheres novas geravam filhos mais saudáveis. Para Platão, não tinha problema ético algum nesse ponto, pois a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento, e esse pensamento estava por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era legal e moralmente aceitável.

Sêneca³⁰, um dos filósofos mais importantes da época, contou que era comum mulheres induzirem o aborto com objetivo de preservar a beleza do corpo. Já Aristóteles³¹ afirmava que o feto tinha vida, e estabelecia que a data do início era o primeiro movimento no útero materno, acreditando que essa manifestação aconteceria na 40ª dia de gestação se fosse homem, e 90º se fosse mulher, porque mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens, e por isso se desenvolviam mais lentamente.

Essa teoria de Aristóteles sobreviveu ao cristianismo, São Tomás de Aquino e Santo Agostinho³² compactuavam com essa teoria até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou o aborto com pena de excomunhão, mas seu sucessor Gregório 9º voltou atrás e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano, e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio, visão que perdurou até 1869, com Pio 9º quando a Igreja mudou de posição novamente, e decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger

²⁷BOTELHO, José Francisco. **Em que momento o feto vira ser humano?** São Paulo: Abril, 2012. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/em-que-momento-o-feto-vira-ser-humano/>> Acesso em: 29 Abr. 2017.

²⁸BARCHFONTEINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

²⁹HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana**, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

³⁰GILBERT, F. Scott. **Biologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Genética, 1994.

³¹CONSULTOR JURÍDICO. Diferentes Tipos de Aborto no Mundo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-jun-02/polemica_questao_aborto_historia_mundo> Acesso em: 30 Abr 2017.

³²HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana**, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozoide.

No século 17, após a invenção do microscópio, que os cientistas começaram a entender melhor a vida, até então ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozoides, depois os pesquisadores comprovaram que os espermatozoides corriam até óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois... Na época fez cientistas e religiosos deduzir que a vida começa com a criação de um indivíduo, ou seja, na fertilização, quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo com um conjunto de genes diferentes. Hoje em dia não existe um momento único de fecundação, como leciona Scott Gilbert³³, “atualmente, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas”.

Depois são necessárias, 24 horas para que os cromossomos do espermatozoide encontrem os cromossomos do ovulo. A teoria da fecundação como parâmetro para determinar o início da vida³⁴ se torna um problema quando se leva em consideração que o embrião pode dar origem a dois ou mais embriões até 14 ou 15 dias depois da fertilização, ou seja, como pode ser considerado o início da vida de uma pessoa quando o embrião pode se transformar em 2 ou 3 indivíduos a mais, além de ser bem provável que esse embrião nunca evolua, porque depois de fecundado ele precisa andar um caminho considerável e se fixar no útero, se tem a estimativa que 50% dos óvulos fertilizados não tenham sucesso e sejam abortados espontaneamente.

Além dessa visão, há no mínimo outras 4 grandes correntes³⁵ que apontam uma linha divisória para o início da vida, uma delas estabelece que a vida começa na gastrulação, nesse momento, o embrião já está no útero da mãe e não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas, esse estágio ocorre na 3ª semana de gravidez, sendo base para muitos médicos defenderem o uso da pílula do dia seguinte.

³³GILBERT, F. Scott. **Biologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Genética, 1994.

³⁴BRITO, Ricardo; ESCOSTEGUY, Diego. **Quando começa a vida?** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250407/p_054.shtml>. Acesso em: 29 abr. 2017.

³⁵GILBERT, F. Scott. **Biologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Genética, 1994.

Tem uma terceira corrente científica, a visão neurológica, que leciona que para saber o que é vida, basta entender o que é morte, o Brasil e os EUA, definem a morte como a ausência de ondas cerebrais, então a vida começa com o aparecimento da atividade cerebral.³⁶

Existem duas hipóteses³⁷ para a resposta, a primeira diz que já na 8ª semana de gravidez o embrião, possui versão primitiva de todos os sistemas de órgão básico do corpo humano, já tem as feições mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos, incluindo o sistema nervoso com um circuito básico de 3 neurônios, já a segunda hipótese aponta para 20ª semana, quando a mulher consegue sentir os movimentos do feto, depois da formação neurológica que o feto adquire ‘humanidade’.

Biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozoide. Mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esse embrião como uma pessoa. O feto é obviamente humano, a questão é decidir quando ele se torna uma pessoa com direitos, e isso não pode nem deve ser estabelecido pela ciência³⁸

Opinião que faz sentido³⁹, até porque a ciência não tem apenas uma resposta, mas várias, no processo de desenvolvimento embrionário⁴⁰, tem pelos menos 20 momentos que podem ser apontados como o momento em que o feto se torna um indivíduo, o gradualismo⁴¹ teoria pouco discutida em Bioética, prega que o direito à vida é uma questão de grau, ou seja, o feto vai adquirindo maior direito a vida conforme a gravidez avance no tempo, se fazendo assim necessário discutir o que é nascituro, e as teorias no âmbito jurídico do início da personalidade civil.

³⁶GILBERT, F. Scott. **Biologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Genética, 1994.

³⁷GOLDIM, R. José. **Início da Vida de Uma Pessoa**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>> Acesso em: 29. Abr. 2017.

³⁸GOLDIM, R. José. Bioética: Origens e Complexidade. **Revista do Hospital de Clínicas e da Faculdade de Medicina**, 2006, v. 26. Ed. 2. p.86-92.

³⁹ALMEIDA, M. **Considerações de ordem ética sobre o início e o fim da vida**. Tese (Concurso de Livre-Docência) Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.

⁴⁰BARCIFONTAINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

⁴¹SIGAL, P. Mina. Bioética, aborto y Políticas Públicas en América Latina. **Revestia Biologia Y Derecho**, 2015, p.210-219.

1.2 O Conceito de Nascituro e as Teorias da Personalidade Civil

De Plácido e Silva, ensina que a expressão nascituro, deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, designado aquele que há de nascer, designa assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno,⁴² esse conceito tradicional de nascituro – ser concebido e ainda não nascido – foi ampliado por parte da doutrina, para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crio conservação), tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano de modo que nascituro agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção⁴³.

O Código Civil de 2002, trata do nascituro em seu art. 2º, cuja redação é muito próxima do art. 4º do Código Civil de 1916, sendo interessante transcrever ambos dispositivos para uma análise aprofundada que coordena nossas conclusões:

Quadro 1 – Comparação Código Civil 1916 vs 2002

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 4º: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.	Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Fonte: Elaboração do autor

Mesmo possuindo uma redação simples, possui diversas interpretações em nosso ordenamento jurídico, os dois dispositivos trazem como conteúdo, *i*) que personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, *ii*) que põe a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção.

À medida que, personalidade é a qualidade ou condição de ser⁴⁴, e, há rigor, existem dois sentidos técnico-jurídicos para o conceito de personalidade, a primeira se refere a qualidade para ser sujeito de direito que para a teoria geral do direito civil, uma aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações (situação de personalidade jurídica no art.1º do CC)⁴⁵,

⁴²DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p.1051.

⁴³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso. Interpretação do Código Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro, 2006.

⁴⁴SIGNIFICADOS. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/personalidade> > Acesso em: 10 de Mar 2018.

⁴⁵BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1º “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”

todavia, num sentido valorativo, a personalidade traduz o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana.”⁴⁶, ou seja, personalidade como objeto de direitos (direitos de personalidade).

O Código Civil de 2002, em seu art. 1º diz, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, a capacidade é a medida da personalidade, a forma de exercer direitos e deveres, através das relações jurídicas em que a pessoa é sujeito das relações jurídicas, exercendo seus direitos através da capacidade de direito, no sentido aquisitivo, não há que se falar no momento de capacidade de fato, que é capacidade de exercício.

Já em seu art. 2º, diz “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, para explicar a condição jurídica do nascituro, e determinar o momento exato em que o direito deve atuar para proteger os direitos do não nascido, a doutrina se dividiu em entendimentos, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista; sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional; mediante uma expectativa de direito, segundo a natalista; ou os que decidiram não atribuir personalidade jurídica, como é o caso da teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, mas veremos que não é adotada uma só teoria para todos os casos⁴⁷, discutiremos essas teorias abaixo, com suas respectivas aplicabilidades.

Por fim, vale ressaltar que, mesmo não estabelecendo expressamente a condição jurídica do nascituro, e não identificando o momento em que o ordenamento determina como o início da existência da personalidade jurídica da pessoa titular de direitos e obrigações, estabeleceu “limites à existência da pessoa titular de direitos e obrigações”, em seu art 6º, o qual asseve, que a existência da pessoa natural termina com a morte, doutrinariamente e jurisprudencialmente a morte, para fins jurídicos, é a morte cerebral.

1.2.1 A Teoria Natalista

A teoria natalista prevalecia entre os autores clássicos do Direito Civil Brasileiro, porque para esses autores o que prevalece é a interpretação literal da lei, para quem o nascituro

⁴⁶TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAIS, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição de República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.04.

⁴⁷PAMPLONA, Rodolfo. Tutela Jurídica do Nascituro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, v.1, n.1, p.241-259.

não poderia ser considerado “pessoa”, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida, nascendo com vida, adquire personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, com os ensinamentos de Caio Mário:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se a sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se, frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.⁴⁸

Assim sendo, o nascituro, ainda não é pessoa, teria direitos em estado potencial, já que os efeitos jurídicos só aparecem a partir do nascimento, do mesmo modo com os ensinamentos de Rodrigues:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.⁴⁹

Para teoria natalista, o fato do nascituro ter proteção legal, não deve se levar a imaginar que ele tenha personalidade tal como a concebe o ordenamento, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade, não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade, a personalidade somente advém do nascimento com vida’’.⁵⁰

1.2.2 A Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, portanto sujeito de direitos, para qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, tendo todos os direitos resguardados pela lei desde a concepção, possuindo a mesma natureza jurídica que a pessoa natural, embora alguns direitos só possam ser exercidos com o nascimento⁵¹.

⁴⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** Direito de Família.16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.153.

⁴⁹RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

⁵⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 152.

⁵¹TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Lei de introdução e parte geral**. 11 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 124.

A maioria dos autores citados aponta que a origem da teoria está no Esboço de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas⁵², que inspirou o Código Civil Argentino, que adota a teoria concepcionista, e que pela previsão constante do art. 1º da sua Consolidação das Leis Cíveis, pelo qual, “as pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”.

Assim, ao considerar como nascidas as pessoas concebidas, o *Esboço de Teixeira de Freitas* atribui direitos ao nascituro. A principal precursora da tese concepcionista no Brasil foi Silmara Juny Chinellato⁵³, a qual explana que:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.

A doutrina concepcionista como um todo afirma que tutela da personalidade no geral, começa da concepção e não do nascimento, sem qualquer condição, o ordenamento já o considera pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei, atribuindo personalidade jurídica ao nascituro, e considerando que apenas os efeitos de alguns direitos, como os direitos de patrimoniais, dependem do nascimento com vida.⁵⁴

Porém, há que se fazer uma ressalva, com uma construção contemporânea à teoria concepcionista, a renomada doutrinadora, Maria Helena Diniz, classificou a personalidade jurídica em formal e material. A personalidade jurídica formal seria aquela relacionada com os direitos da personalidade, que pela teoria concepcionista o nascituro já tem desde a concepção, enquanto a personalidade jurídica material, manteria relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire do nascimento com vida.⁵⁵

1.2.3 A Teoria da Personalidade Condicional

⁵²NETO, Francisco dos Santos Amaral. **A Técnica Jurídica na Obra de Freitas: A Criação da Dogmática Civil Brasileira**. Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano. Roma: Cedam Padova, 1988.

⁵³ALMEIDA, Silmara J. A. Chionelato **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

⁵⁴ASFOR, Ana Paula. **Do início da personalidade civil**. Jus Navigandi, n.3629, 8 jun. 2013.

⁵⁵DINIZ, Maria Helena, **Código Civil anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

A teoria da personalidade condicional é uma mistura da teoria concepcionista, com a teoria natalista, sustenta que a personalidade do nascituro desde à concepção, sob a condição do nascimento com vida, sem o implemento da condição, não haverá aquisição da personalidade.

Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do Código Civil.⁵⁶

Assim, ocorrendo o nascimento sem vida, todos os direitos adquiridos são tidos como nunca existentes sendo uma mescla das duas teses anteriormente explanadas, Miguel Maria da Serpa Lopes⁵⁷ que leciona o seguinte:

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinado à condição de que o feto venha a ter existência; se tal o sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos.

De acordo com Flávio Tartuce,⁵⁸ a teoria da personalidade condicional:

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

Afirmando, que a lei assegura direitos ao nascituro durante o período da gestação, apresenta personalidade jurídica desde a concepção tutelando alguns direitos personalíssimos e patrimoniais, entretanto estariam eles sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja, o

⁵⁶BRASIL, Código Civil, 2002.Art.130. “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutive, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.”

⁵⁷SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. 4.ed.,v.1. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1962. p.263.

⁵⁸TARTUCE, Flavio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. 11 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 122.

nascimento, só o nascimento faz a integração definitiva do patrimônio do nascituro, retroagindo ao momento de concepção mesmo que venha a falecer segundos após ter vindo ao mundo.

Assim, o nascituro não teria personalidade jurídica material, já que esta começa do nascimento com vida e quando a Lei confere a ele direitos, constituem-se aí situações excepcionais. Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁵⁹:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o embrião, concebido in vitro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

1.2.4 *Análise crítica*

Segundo Vinicius Mazza Oliveira⁶⁰,

até hoje não existe uma pacificidade e uma uniformidade nos tribunais brasileiros sobre qual teoria foi adotada pelo atual ordenamento jurídico a respeito do início da personalidade jurídica da pessoa, devido a essa dinâmica e acirrada discussão doutrinária.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é, que nos termos da legislação em vigor, o nascituro, embora não reconhecido como pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde à concepção.

Primeiro, vale ressaltar a teoria natalista é ultrapassada, pois diz que o nascituro não tem personalidade, se colocando muito distante das técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião, distante também da proteção de direitos inerentes à personalidade, negando ao nascituro os direitos fundamentais relacionados a sua personalidade, por exemplo, investigação de paternidade, aos alimentos e até a imagem, se esbarrando em

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82.

⁶⁰ OLIVEIRA, Vinicius Mazza. **Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo6-viniciusmazza-oliveira.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

dispositivos do Código Civil, e da Constituição Federal que consagram os direitos aquele em que foi concebido mas não nasceu.⁶¹

A teoria da personalidade condicional tem um apego a questões puramente patrimoniais, não respondendo aos direitos pessoais e de personalidade a favor do nascituro, colocando os direitos de personalidade que são intransmissíveis e irrenunciáveis sob condição suspensiva, termo ou encargo, ou seja, direito eventual, no direito civil contemporâneo existe uma realidade que prega a personalização do direito civil, com uma visão mais personalista, uma tese essencialmente patrimonialista não prevaleceria, haja vista que por essa teoria, não seria possível requerer indenização à danos causados ao nascituro.⁶²

A teoria concepcionista, considera o nascituro pessoa humana, possuindo a mesma natureza jurídica que a pessoa natural, embora alguns direitos só possam ser exercidos com o nascimento, se o Código Civil adotasse realmente a teoria concepcionista, não limitaria o início da personalidade civil da pessoa ao nascimento com vida, conferiria ao nascituro todos os direitos concernentes à personalidade civil de uma pessoa natural, pelo simples fato de ter sido concebido, a legislação ordinária é expressa ao estabelecer, no art.2º, que “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, logicamente, pois a legislação ordinária negasse personalidade (*lato sensu*) a quem é pessoa, ou pessoa em potencial, seria inválida por manifesta inconstitucionalidade, isso porque o primeiro direito humano é aquele, que cada indivíduo tem de ser tratado e considerado como pessoa⁶³, não obstante o feto não ser ainda uma pessoa.⁶⁴

Essa teoria afirma que o nascituro tem todos os direitos resguardados pela lei desde a concepção, sem uma certeza de quando a concepção acontece, dependendo da situação, um contraceptivo é um produto que impede a concepção, no caso da pílula seguinte ela impede um embrião – óvulo já fecundado por espermatozoide – de continuar seu desenvolvimento, podendo ser tomada até 72h após a relação sexual, pela teoria concepcionista a pílula do dia

⁶¹TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2007, n.33, p. 155.

⁶²TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2007, n. 33.

⁶³LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**. Tradução Luis Diez-Picazo. Marid: Editorial Civitas. 1985, p.59.

⁶⁴HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana**, São Paulo: Martins Fontes, 2004.p.53

seguinte é um aborto e a manipulação de células-tronco embrionárias para pesquisa são um ultraje, pois essas células são obtidas por fertilização *in vitro*, ou seja, houve concepção⁶⁵ pois o conceito de nascituro, engloba o embrião, regulamentado pela Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005, que em seu art. 5º permite 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 procedimento.

Os concepcionistas dizem que os alimentos gravídicos, representam a aceitação de tal teoria, pois tal prestação, com natureza pecuniária visa à boa gestação do feto, porém conforme art. 2º da Lei n. 11.804-2008⁶⁶, que dispõe sobre os alimentos gravídicos e a forma como serão exercidos, defendemos o entendimento no sentido de que a gestante tem direito à alimentos, primeiro por não ser justo o suporte de todos os encargos da gestação pela genitora sem a colaboração econômica do genitor (arts. 226, §5º, 227 e 229 da Constituição Federal)⁶⁷, segundo por visar proteger a mulher grávida, assegurando a ela e ao nascituro, uma gestação saudável pois se nascido sem vida, não tem qualquer relevância jurídica.

Em uma primeira análise, se mostra necessário adotar uma teoria progressiva da personalidade, onde a proteção ao nascituro vai aumentando a medida que avança a gestação, admitindo que o nascituro é “um ser em desenvolvimento” dotado de dignidade e merecedor de proteção, mas buscando equilíbrio entre essa proteção em face de outros valores que veem sendo mitigados pelo direito absoluto à vida do nascituro, e.g., direito à saúde da gestante, integridade física, autonomia privada, liberdade individual, lembrando sempre que a vida é o

⁶⁶BRASIL. Lei n. 11804-2008. Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

⁶⁷BRASIL, Constituição Federal de 1998. Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

oposto da morte, se a morte no ordenamento jurídico brasileiro é a morte cerebral, então a vida por lógica reversa, é a existência de atividade cerebral.

2 A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, coletivos, sociais, políticos e jurídicos previstos no ordenamento jurídico de uma nação, baseados nos princípios dos direitos humanos e levando em consideração o contexto histórico-cultural de determinada sociedade, nesse caso os direitos fundamentais de diferentes países podem divergir, de acordo com as particularidades culturais, históricas e políticas de cada civilização.⁶⁸

Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de limitação do poder estatal e de seus agentes, nas palavras de Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito material. Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo⁶⁹

Do ensinamento transcrito, vemos que a teoria dos direitos fundamentais, como conhecemos hoje, é o resultado de uma lenta e profunda transformação, o resultado uma construção histórica, movimentos políticos e sociais, a luta contra o poder absoluto e o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem, constituíram os elementos essenciais que vieram desenvolver as ideias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777, e na Declaração de Direitos do Homem, proclamada pela Revolução Francesa em 1789⁷⁰, por serem uma construção história, dependem da época, lugar e ordenamento jurídico, nesse sentido José Afonso da Silva,

Constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e

⁶⁸DIREITOS FUNDAMENTAIS. Significados. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/direitos-fundamentais/>> Acesso em: 09 mar 2018.

⁶⁹MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

⁷⁰IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigosleitura_pdf&%20artigo_id=4528> Acesso em. 09 Mar. 2018.

instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁷¹

O autor, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ensina que os direitos fundamentais não são só a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública como uma limitação ao Estado, mas sim como uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constitucionais do Estado que dele dependem⁷², ou seja, compele também o Estado a tomar uma série de medidas que implique na melhoria das condições sociais dos cidadãos⁷³, por serem direitos nascidos por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual⁷⁴.

Por conseguinte, é relevante notar que os direitos fundamentais tem características próprias, sendo elas: a historicidade (o conteúdo desses direitos muda no tempo, assim como sua compreensão, tratamento jurídico e repercussão na vida cotidiana⁷⁵), a relatividade (nenhum direito fundamental é absoluto⁷⁶), imprescritibilidade (não prescreve), irrenunciabilidade, inviolabilidade, indisponibilidade, universalidade, indivisibilidade, concorrência (existência de outros direitos fundamentais), efetividade, interdependência, complementariedade (devem ser interpretados de forma conjunta), e uma classificação em dimensões, que leva em conta a cronologia em que os direitos foram conquistados, citamos:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e

⁷¹SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1992.p. 163-164.

⁷²SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

⁷³IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigosleitura_pdf&%20artigo_id=4528> Acesso em. 09 Mar. 2018.

⁷⁴BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer- Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 04-05.

⁷⁵BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer- Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 04-05.

⁷⁶STF, Pleno, RMS 23.542,-RJ- Relator: Ministro Celso de Mello DJ de 12.05.2000, p.20.

culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).⁷⁷

É evidente que o conteúdo do sistema constitucional brasileiro não reflete apenas normas de conduta e normas de sanção, além disso traduz normas programáticas que consagram, em sua estrutura, fundamentos e princípios, que, reunidos, evidenciam a essência do ordenamento e seus objetivos, representando a consagração de um sistema de valores, princípios e direitos que são fundamentais à existência do homem, tem uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana⁷⁸, esses direitos não podem ser negados ao nascituro, mas não podem ser negados à gestante, um exemplo clássico de direitos fundamentais em conflito.

Todavia, por essa razão existem limitações a esses direitos fundamentais, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são relativos, por vários motivos, primeiro que podem entrar em conflito uns com os outros, o que determina que se imponham limitações recíprocas, e segundo, nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para prática de ato ilícito, nesse sentido:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais encontram limites nos demais direitos consagrados na Constituição Federal e quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o interprete deve utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.⁷⁹

⁷⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

2.1 Os Direitos da Personalidade

À medida que, personalidade é a qualidade ou condição de ser⁸⁰, e, há rigor, existem dois sentidos técnico-jurídicos para o conceito de personalidade, a primeira se refere a qualidade para ser sujeito de direito que para a teoria geral do direito civil, uma aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações (situação de personalidade jurídica no art.1º do CC)⁸¹, todavia, num sentido valorativo, a personalidade traduz o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana.”⁸², ou seja, personalidade como objeto de direitos (direitos de personalidade).

A doutrina não é pacífica na conceituação dos direitos da personalidade, contudo é possível traçar pontos em que as várias conceituações se assemelham, quais sejam: “o reconhecimento da sua natureza jurídica como direito subjetivo. Direito de natureza privada, contrapondo-se à proteção conferida pelos direitos fundamentais”⁸³. Sendo direito subjetivo “o poder atribuído à vontade do sujeito para satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente”⁸⁴, ligando-se diretamente ao binômio lesão-sanção, uma visão puramente patrimonialista.

Os civilistas classificam os direitos de personalidade, embora não convincentes dos critérios adotados, de toda sorte, são dois grupos, integridade física (direito a vida, direito ao próprio corpo, direito ao cadáver) e os da integridade moral (direito à liberdade, direito a honra, direito a imagem, direito ao nome, direito moral).⁸⁵

Possuindo como características, no dizer da doutrina brasileira, a generalidade (esses direitos são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, pelo simples fato de ser), extrapatrimonialidade (insuscetibilidade de uma avaliação econômica desses direitos,

⁸⁰SIGNIFICADOS. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/personalidade>> Acesso em: 10 mar 2018.

⁸¹BRASIL, Código Civil, 2002.Art. 1º “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” Código Civil Brasileiro, 2002.

⁸²TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAIS, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição de República**. Rio de Janeiro: Revonar, 2004, p.04.

⁸³GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p.20.

⁸⁴GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.129.

⁸⁵TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

ainda que a sua lesão gere reflexos econômicos.), caráter absoluto (oponíveis erga omnes, imposto à coletividade o dever de respeitar), inalienabilidade, a imprescritibilidade (impede que a lesão a um direito da personalidade com o passar do tempo convalesça com o perecimento da pretensão reparatória ou ressarcitória), intransmissibilidade (significa que extingue com a morte do titular, em decorrência de ser personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados a personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular) e a indisponibilidade (retira do seu titular a possibilidade de dispor, tornando-os irrenunciáveis e impenhoráveis).⁸⁶

A teoria tradicional dos direitos de personalidade, monista, defende que é um direito uno. Assim, não haveria direitos da personalidade, mas um direito geral da personalidade, com vários desdobramentos regulados em lei (Código Civil, Código Penal, Constituição). A doutrina pluralista por outro lado, os direitos de personalidade são vários, correspondendo cada um a uma necessidade ou exigência distinta, daí os diferentes direitos da personalidade, são considerados bens jurídicos a serem tutelados, sustenta que os direitos da personalidade possuem como objeto os atributos da pessoa e não a pessoa considerada em si mesma, isso porque a pretendia enquadrar perfeitamente os direitos da personalidade na categoria de direitos subjetivos, se contrapondo à doutrina dos direitos *ius in se ipsum*.⁸⁷ Nesse sentido, foram feitas várias críticas aos modelos clássicos de tipificação dos direitos da personalidade,

“o resultado final é uma pluralidade de direitos subjetivos, de certo modo autônomos entre si, destituídos de um ponto de unidade. A pessoa não é tutelada de forma integral, mas apenas de maneira pontual. (..) Tão maior será a quantidade de lacunas quanto mais estrita e rigorosa for a tipificação normativa do direito da personalidade.”⁸⁸

Em um primeiro momento, era feita a distinção entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, da seguinte forma: “os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade, mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público (Constituição). Quando examinamos os direitos da personalidade (Código Civil), sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relação entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras

⁸⁶FERNANDES, Milton. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo, Saraiva, 1986.p.12.

⁸⁷PLETI, Ricardo. **O Direito Geral da Personalidade**. Disponível em: <
<https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>> Acesso em. 14 mar. 2018.

⁸⁸GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p.176-181.

pessoas⁸⁹, ou seja, enquanto os direitos públicos eram reconhecidos por tratados internacionais e a Constituição, os privados seriam aqueles reconhecidos pelo Código Civil, segundo Elimar Szaniawski, “o caos se instalou na classificação e diferenciação dos direitos da personalidade quando analisados separadamente. Isso acontece porque simplesmente a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas no momento de dizer quais seriam todos os direitos da personalidade. Ao mesmo tempo que direitos são reconhecidos e não possuem natureza de direitos da personalidade, outros que deveriam ser reconhecidos não são, fazendo com que surjam infinitas classificações dos direitos da personalidade, aumentando à medida da evolução da sociedade, da tecnologia e das inúmeras manifestações da personalidade humana⁹⁰.”

Dessa forma, percebeu-se que o legislador não tem como prever todas as manifestações da personalidade da pessoa humana, e conseqüentemente as situações em que seus direitos estão ou podem ser violados⁹¹, e então na quadra história presente, tem se afirmado cada vez mais a força normativa da Constituição e o caráter vinculante dos princípios, na busca da constitucionalização do Direito, envolvendo a ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir de valores constitucionais e todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura e filtragem, a partir dos novos valores constitucionais, para se conformarem à Lei Maior, haja vista que a Constituição de 88, inaugurou uma fase nova no constitucionalismo, com preocupação central com os direitos humanos⁹².

Nesse contexto, os direitos da personalidade possuem características de direito privado, pois a tutela é direcionada através de mecanismos do direito privado, previstos no Código Civil, porém a dignidade da pessoa humana, está presente no corpo constitucional, sendo necessário reconhecer a eficácia dos princípios constitucionais no âmbito do Código Civil para ocorrer a tutela da geral da personalidade, como um todo, sem distinção, com um movimento chamado neoconstitucionalismo, que fez ocorrer a despatrimonialização do direito civil, diminuindo a dicotomia público-privado, dentre as diversas correntes que sustentam o

⁸⁹MATTIA, Fábio de. **Direitos da Personalidade II**. Enciclopédia Saraiva, vol. 28, São Paulo: Saraiva, 1979, p.1150.

⁹⁰SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.123-127

⁹¹DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.42.

⁹²SARMENTO, Daniel em Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 57.

neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento, consegue resumir os principais fenômenos decorrentes desse movimento nos seguintes termos:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recuso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁹³

Sobre esse processo de interpretação do direito civil, Gustavo Tepedino, alude de maneira sensata que “(...) a intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil, que, desse forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torna-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual⁹⁴.”

2.1.1 *Do Conflito de Direitos Fundamentais*

A Constituição de 1988, não tratou expressamente do aborto voluntário, seja para autorizar ou para proibir, isso não significa, por óbvio que o tema da interrupção voluntária da gravidez seja um “indiferente constitucional”, muito pelo contrário, a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, justamente na medida que envolve o manejo de princípios e valores consagrados na nossa Carta Magna⁹⁵, e iremos analisar esse sopesamento de princípios, haja vista que, por ser inspirada na Declaração de Direitos Humanos na ONU, a preocupação é central com os direitos humanos, e não só hospedou direitos fundamentais, como

⁹³SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁹⁴TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.22.

⁹⁵SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 59.

também direitos individuais, políticos, coletivos e difusos, como também atribuiu aplicabilidade imediata (art.5, §1º)⁹⁶, e ainda protegeu do próprio poder constituinte derivado⁹⁷ (art. 60 §4º)⁹⁸, os direitos da mulher não podem ser negligenciados. Nesse contexto, a revisão da legislação sobre o aborto, elaborada sem qualquer atenção aos direitos humanos básicos da mulher, é mais do que opção política ou moral do legislador, se tonando um imperativo constitucional, nesse sentido:

Nesse contexto, parece evidente que é sobretudo na Constituição que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido à questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. É certo que, numa democracia, existe um espaço próprio para que o legislador, como representante do povo, decida sobre questões controvertidas como o aborto. Mas esse espaço não é infinito. Ele está emoldurado pela Constituição notadamente pelos direitos fundamentais que esta garante⁹⁹.

Buscar o equilíbrio os valores e princípios mitigados pelo direito absoluto à vida do nascituro, e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gravidez indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar seu 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; à igualdade da mulher, já que os homens não engravidam, e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria; à saúde da gestante, levar uma gravidez indesejada ou abortar de forma insegura é a 5ª maior causa de mortalidade no Brasil, a tudo isso se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, pois não têm acesso a médicos e clínicas privadas e os casos de automutilização, lesões graves e óbito se multiplicam.

⁹⁶BRASIL, Constituição Federal 1988.Art. 5º “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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁹⁷SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 60.

⁹⁸BRASIL, Constituição Federal 1988.Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

⁹⁹SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 60.

Dessa maneira, considerado um imperativo constitucional, o posicionamento que vem prevalecendo nos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas, do mesmo modo que, Dworkin¹⁰⁰, e Alexy¹⁰¹, orientam que quando existem princípios em conflito, o ideal é a a prática de sopesamento entre as normas principiológicas, a depender da dada situação jurídica, sendo assim, a colisão principiológica deve se resolver mediante um processo hermenêutico de ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto, são apreciados em face dos fatos e valores incidentes, veremos adiante.

2.1.2 A intervenção estatal no âmbito das liberdades *jusfundamentais*

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade¹⁰²”. Com o reconhecimento, dos direitos fundamentais, houve uma mudança radical na estrutura da relação “entre indivíduo e sociedade”, se consolidando a necessidade do estabelecimento dos limites do poder estatal. Os direitos fundamentais, tem basicamente dois princípios jurídicos básicos que justificam a sua existência, *i*) dignidade da pessoa humana *ii*) Estado de Direito, este segundo será discutido neste momento, pois separar o que pertence à esfera da livre condução da própria vida e o que constitui, “dever do Estado, em relação aos direitos e interesses dos outros”, é questão essencial para o propósito de delimitar a ação legítima do Estado na restrição dos direitos individuais em geral”.

O Estado Democrático de Direito, é marcado principalmente, pela garantia das liberdades civis, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por meio de proteção jurídica dos cidadãos,¹⁰³ deve atuar para garantir a dignidade da pessoa humana, que como vimos engloba o direito à autodeterminação, sendo propriedade do Estado Democrático de Direito, a limitação das ações estatais e o reconhecimento de que os direitos fundamentais

¹⁰⁰DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Boston: Harvard University Press, 1977.

¹⁰¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰²ONU, Declaração Universal de Direitos, 1948.

¹⁰³SANTOS, A. dos. **O Estado Democrático de Direito**, 2011. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143> Acesso em: 14 mar 2018.

devem ser considerados como inalienáveis à pessoa humana¹⁰⁴, “o indivíduo mantém, na sua intimidade, uma esteira onde seus comportamentos e ideias estão fora do poder de penetração das regras sociais; a essa esfera dá-se o nome de direitos primeiros ou fundamentais, que tem por escopo tutelar a individualidade e a personalidade, protegendo de quaisquer invasões ou ataques tanto de outros indivíduos como pela própria sociedade organizada, ou seja, o Estado.

A crise contemporânea da identidade individual leva o ser humano a lutar para encontrar e afirmar sua personalidade, mas se vê lutando contra modelos de comportamento e valores impostos e o resultado, quando não é a sublimação absoluta da individualidade, é a relativização total dos valores¹⁰⁵, ou seja existem limites ao exercício da liberdade na medida em que seu exercício não pode causar danos aos demais, muito menos impedimento para que os outros exerçam sua própria liberdade, buscando seu bem¹⁰⁶

O Estado viola as liberdades individuais ao ditar como a mulher deve lidar com o aborto, a única baliza necessária e a única intervenção legítima de ação estatal na questão do aborto é estabelecer o lapso temporal em que deve ser feito, dessa maneira, se reconhece que o feto, “é um ser em desenvolvimento”, e que até determinado momento, toda mulher por qualquer motivo deveria poder interromper legalmente a gravidez, haja vista que esta é uma decisão que deve acontecer o mais longe possível de qualquer consideração legal, deve acontecer no íntimo da mulher, à medida que a viabilidade extrauterina do nascituro se torna latente, a tutela jurídica aumenta e os direitos do nascituro prevalecem.¹⁰⁷

2.2 Da Proteção Constitucional à Gestante Vs Nascituro

A Constituição Federal de 1988, não tratou expressamente do tratamento a ser conferido ao nascituro, isso não significa, que seja um “indiferente constitucional”, muito pelo contrário, a pessoa humana está como fundamento da ordem, uma das premissas fundamentais, uma vez que a proteção a dignidade da pessoa humana, junto com o pluralismo político, foram

¹⁰⁴ZIMMERMAN, A. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.64-66.

¹⁰⁵OLIVEIRA, Alexandre M. A. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.1-6.

¹⁰⁶AZEVEDO LOPES, A. F. **Empresa e propriedade: Função social e abuso de poder econômico**. QuartierLatin. 2006.

¹⁰⁷SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 44.

elevados à condição de fundamento da República Federativa no Brasil (art. 1º, incisos III e IV)¹⁰⁸.

Em seguida, constitui-se os objetivos fundamentais da República, (art. 3º, inciso I e IV)¹⁰⁹ entre eles, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, e ainda colocou como o Brasil atua nas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (art.4º, inciso II).

Tendo como fonte um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, em seu Título II, Capítulo I, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em seu art. 5º, colocou que “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 igualdade, à segurança e à propriedade”, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito, e não só hospedou direitos fundamentais, como também igualou mulheres e homens (art. 5º inciso I), direitos individuais (art. 5º, inciso II), políticos, coletivos e difusos, como também atribuiu aplicabilidade imediata (art.5, §1º)¹¹⁰, e ainda protegeu do próprio poder constituinte derivado (art. 60 §4º)¹¹¹, percebe-se que a Constituição é um emaranhado de diretrizes e fundamentos, que baliza o todo ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁸ BRASIL, Constituição Federal, 1988. 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁰⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I-construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II-garantir o desenvolvimento nacional;

III-erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹⁰ Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

Indiscutivelmente, o nascituro, pertence à espécie *homo sapiens*, portanto é humano, possui identidade própria, caracterizada pelo fato de que constitui sistema genético próprio, portanto, vida humana, diante da constatação que pelo menos até o segundo trimestre de gestação, que se dá formação do córtex cerebral, não há dúvida sobre a impossibilidade de que o feto apresente capacidade mínima para racionalidade¹¹², porém, não é ainda pessoa, é uma pessoa em potencial.¹¹³

Como vida humana, e como potencial de pessoa, merece o nascituro proteção do ordenamento e da Constituição, não havendo como discutir a interrupção voluntária da gravidez sem falar da proteção jurídica da vida humana, pois implica em eliminar essa vida, precisando verificar até que ponto, e por quê ela recebe proteção da Constituição da República Federativa do Brasil, com argumentos puramente jurídicos, éticos e científicos.

Por tentar justificar a oposição ao aborto, invariavelmente defendem que a Constituição:

i) dá o direito absoluto e inviolável à vida (art. 5º, caput, inciso XLI, e art. 227);

Como se a maternidade fosse a expressão máxima de respeito pela vida humana, enquanto o aborto seria sua negação, então defendem que o direito inviolável à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade (art. 5º, caput), são garantias fundamentais dos indivíduos. Porém, esquecem que o direito à vida não foi colocado em sentido abstrato, e sim, fundado na dignidade da pessoa humana, que fundamento expresso da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), dessa forma:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹¹²BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, pp.219-257.

¹¹³ROCHA, Carmen Lucia. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004, p.22.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais¹¹⁴.

A dignidade da pessoa humana colocada como fundamento da República Federativa do Brasil, pela Constituição, é um princípio aberto, mas que em suma, se trata de reconhecer que todos os seres humanos são dignos de direitos básicos, de acordo com Canotilho, a dignidade da pessoa humana se baseia no ‘princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-homini, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual’¹¹⁵.

Porém, reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferência do Estado ou de terceiros. A matriz dessa ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com a sua vontade.¹¹⁶

Em diversos relatórios, a ONU, recomenda claramente a descriminalização do aborto, pois a criminalização é discriminatória por natureza, já que nega a participação plena da mulher na sociedade e viola a dignidade humana ao restringir várias liberdades individuais da mulher, além de gerar efeitos negativos para saúde, resultando em mortes que poderiam ser evitadas.¹¹⁷

ii) que o nascituro tem direito à dano moral ou indenização prevista, art. 5º, incisos V e X, in verbis:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

¹¹⁴MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

¹¹⁵SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 76

¹¹⁶NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**, 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp.199-265.

¹¹⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) **World Abortion Policies**, 2013. Disponível em: < <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/policy/world-abortion-policies-2013.shtml>> Acesso em. 14 Mar 2018.

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação¹¹⁸

Obviamente, haja vista que o nascituro é uma pessoa em potencial, dado que a reparação é um meio de coibir práticas que tentem contra direitos já constitucionalizados, a violação à direitos de personalidade tem que ser objeto de reparação ou indenização com base na teoria da responsabilidade civil, valendo ressaltar que a Constituição não assegura expressamente ao nascituro, sendo tratado de forma mais aprofundada pelo Código Civil, e por orientações baseadas nas teorias da personalidade civil, será discutido de uma forma mais aprofundada em tópico abaixo.

iii) o aborto, previsto entre os crimes dolosos contra a vida, que são tipificados no Título I, Capítulo I, do Código Penal, são colocados sob a competência do tribunal do júri (art.5º, inciso XXXVIII, alínea ‘d’);

A proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento nem no Código Penal, que foi aprovado na década de 40, num cenário diverso do imposto pela Constituição promulgada em 1988. Quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto (art. 124, Código Penal, 1 a 3 anos de detenção), com a sanção prevista para o crime de homicídio simples (art. 121, Código Penal, 6 e 20 anos de reclusão), ou até comparada com o crime de infanticídio (art. 123, Código Penal, detenção 2 a 6 anos), o crime de aborto tem uma pena irrisória e incomparável, mostrando que a tutela do nascituro não é a mesma que a da pessoa já nascida. Em segundo lugar, jurisprudencialmente, tem sido conferida interpretação conforme a Constituição dos artigos que tipificam o crime de aborto, para excluir a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro semestre, por violar diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.¹¹⁹

¹¹⁸ Constituição Federal Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 Mar. 2018.

¹¹⁹ (...), é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é

Além disso, Dworkin¹²⁰, observa que cada exceção aceita ao aborto – como estupro, risco de vida para mãe, má formação – deixa claro que mesmo os conservadores não julgam o feto seja uma pessoa com os mesmos direitos que as outras. Então, trata-se claramente de uma situação de recusa à autonomia da mulher¹²¹.

iv) o nascituro têm direito à alimentos (art. 226, §5º, 227 e 229);

Obviamente, pois tal prestação, com natureza pecuniária visa à boa gestação do feto, conforme art. 2º da Lei n. 11.804-2008¹²², amparada na solidariedade familiar, paternidade responsável, e na dignidade da pessoa humana, são previstos expressamente na Constituição nos arts. 226, §5º, assegurando a gestante o direito à alimentos por não ser justo o suporte de todos os encargos da gestação pela genitora sem a colaboração econômica do genitor, e por visar proteger a mulher grávida se amparando na dignidade da pessoa humana e assegurando a ela e ao nascituro, uma gestação saudável.¹²³

v) a Constituição prevê a proteção da família pelo Estado (art. 226)

Assim como prevê o planejamento familiar e a paternidade responsável no mesmo artigo em seu parágrafo 7º, que *in verbis*: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”, regulado expressamente pela Lei do Planejamento Familiar n. 9.263-96, que fala em seu artigo

desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (Voto Luis Roberto Barroso HC. 124.306-RJ-STF)

¹²⁰DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia, e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²¹MIGUEL, L.F. Aborto e Democracia. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, 2012, v. 20, n. 3, p. 657-672.

¹²²Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

¹²³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

1º e 2º que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, e “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.¹²⁴”

vi) o Brasil é signatário de tratados internacionais que são contra o aborto e a Constituição Federal reconhece a prevalência dos direitos humanos em âmbito internacional (art. 4º, inciso II); Vide tópico abaixo “Comissão Interamericana de Direitos Humanos”

Desse modo, se vê que a vida intrauterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido, além de que a proteção à vida do nascituro não é uniforme durante toda gestação, essa tutela aumenta gradualmente por questões de ordem biológica, tem se considerado que esse grau de proteção conferido à vida intrauterina vai aumentando na medida que avança a gestação, pois ganha viabilidade extrauterina, esse posicionamento vem prevalecendo nos Tribunais Constitucionais de todo o mundo, como ressaltou Claus Roxin:

se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações.¹²⁵

Nesse sentido, colha-se a lição de JJ. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independente dos seus titulares, como valor ou bem objetivo (...) Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém que (a) o regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g. saúde, dignidade, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade e maternidade responsável); (b) proteção da vida intrauterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento

¹²⁴BRASIL, Lei n. 9263 de 1996. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹²⁵ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em:< www.mundojuridico.adv.br > Acesso em: 12 Mar 2018.

(c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intrauterina.¹²⁶

Desse modo, vemos que defender o direito ao aborto não é banalizar o argumento de defesa da vida, é mostrar que a vida não é tutelada de forma absoluta, abstrata e subjetiva pela Constituição, onde todos os outros princípios são ignorados na equação legislativa, em detrimento principalmente dos direitos da mulher, quais sejam, dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia reprodutiva, e etc.¹²⁷

2.2.1 A Descriminalização do Aborto e a Liberdade, Privacidade, Autonomia Reprodutiva, Igualdade e Saúde da Gestante

Com 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, não tem como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta todos os direitos fundamentais das mulheres, questão alheia ao Código Penal elaborado no início da década de 40, do século passado, é certo que existe uma justa e legítima preocupação com a vida do embrião, mas sendo dentro do corpo das mulheres que os fetos são gerados, é sobre as mães que recai o maior peso na gestação e na criação de seus filhos, uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter um filho ou não, a gravidez e maternidade podem modificar o rumo da existência¹²⁸, por um lado conferindo um novo significado à vida, por outro, matam projetos e inviabilizam escolhas, por tudo isso, que essa questão tem a ver com autonomia reprodutiva¹²⁹, considerado direito humano protegido na esfera internacional¹³⁰, com fundamento na própria ideia de dignidade humana da mulher (art.

¹²⁶CANOTILHO, J.J. Gomes, e, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2 ed. vol. I, Coimbra: Almedina, 1985. p.175.

¹²⁷NUNES, Maria José R. **Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres**. In: CAVALCANTE, Alciene e XAVIER, Dulce. **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p.23-40.

¹²⁸BENUTE, Glaucia. R.G; NOMURA, Roseli M. Y.; PEREIRA, Pedro P.; LUCIA, Maria C. S., e ZUGAIB, Marcelo. Abortamento espontâneo e provocado: ansiedade, depressão e culpa. **Revista da Associação Médica Brasileira**, vol. 55, n. 3, São Paulo, 2009.

¹²⁹GLIONE, Samantha. **Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp.61-79, p. 76.

¹³⁰Parágrafo 95 da Plataforma IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, que afirma o direito de “decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a medear entre os nascimentos e o intervalo entre eles”, bem como o de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações, nem violência.”

1º, II, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, *caput*, e inciso X, CF).

Para Kant, filósofo alemão, sem liberdade não haveria escolha; e sem esta não haveria certo ou errado, nem a possibilidade de estabelecer juízos de valor, sendo *conditio sine qua non* do direito.¹³¹ Ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. A liberdade é a possibilidade de decidir e com isso se autodeterminar, pressupondo responsabilidade do indivíduo para consigo e para com a comunidade na qual está inserido¹³².

Se o direito à liberdade envolve o direito de decidir sobre sua individualidade e o direito à privacidade, envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa sobre o corpo de alguém como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a sua vontade, como ressaltou Dworkin, “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade”¹³³

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como Relator, para o julgamento do Habeas Corpus n. 84.025-RJ, que versava sobre o direito da gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo, o caso não chegou a ser apreciado pelo STF, pois a paciente deu à luz e que a criança como se esperava, havia falecido, mas o voto foi amplamente divulgado, *in verbis*:

Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim, os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora espostos. Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual

¹³¹KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 27.

¹³²SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer – eutanásia, suicídio assistido**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.54.

¹³³DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.98.

da mulher, é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema...¹³⁴

A questão do aborto em geral, foi discutida também no voto que o Ministro Luís Roberto Barroso elaborou voto-vista, que alcançou a maioria, para o julgamento do Habeas Corpus n. 124-306-RJ, que versava sobre o afastamento de cautelar de dois sujeitos denunciados e pegos em flagrante por crime de aborto e formação de quadrilha, in verbis:

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. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.¹³⁵

Resta claro que o aborto envolve autonomia reprodutiva da mulher, que tem fundamento nos direitos à liberdade e privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF), claramente que essa autonomia não é absoluta, muito pelo contrário, a ideia de proteção constitucional à vida do nascituro deve ser ponderada com os direitos da gestante, o que não parece admissível ou proporcional negligenciar um dos componentes desta equação, como fez o legislador penal brasileiro, ao ignorar solenemente todos os princípios envolvidos no tratamento conferido ao aborto.

A ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não é resumida à isonomia formal, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, daí a preocupação especial com grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como afrodescendentes, as mulheres, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que confere dignidade

¹³⁴SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 78.

¹³⁵ HC n.124.306 – Rio de Janeiro – 1ª Turma - STF

da pessoa humana e respeita o pluralismo, sendo esses os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal do Brasil).¹³⁶ Como afirmou Boaventura de Souza Santos, “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”¹³⁷.

A Constituição de 88, foi taxativa: “homens e mulheres são iguais nos termos desta Constituição” (art. 5º inciso I), mas ainda há muito para se avançar, um caso típico é a legislação penal brasileira elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos, violando a igualdade das mulheres na medida em que gera um impacto desproporcional sobre elas, pois só a mulher se sujeita a graves riscos quando se submete ao aborto com a legislação proibitiva, só a mulher corre risco de ser presa, só a mulher é obrigada a gerar um filho que não deseja, só ela perde as rédeas do próprio destino, os ônus recaem apenas sobre as mulheres, porque somente elas engravidam¹³⁸, perfeita nesse sentido, a lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro:

a criminalização do aborto, longe de servir a causas socialmente meritórias, presta-se mais a reproduzir e aprofundar, num contexto humano de incomparável dramaticidade, as agudas diferenças sociais e econômicas que grassam nas paisagens do terceiro mundo. Sim, porque as mulheres da alta classe média e dos estamentos superiores encontram no bem assistido planejamento familiar, na abundância dos anticoncepcionais, nos exames ginecológicos regulares e até mesmo no aborto classista e profissional as soluções para comporem as consequências do sadio exercício das liberdade do ser e do corpo humano.¹³⁹

Dessa forma conclui, que a legislação atual viola duplamente o princípio da igualdade.

Na atualidade, o abortamento inseguro representa um problema de saúde pública, sobretudo nos países da América Latina nos quais, frequentemente, a criminalização não

¹³⁶SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 78.

¹³⁷SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.458.

¹³⁸SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 81.

¹³⁹SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **A constituição aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.687-688.

impede sua prática¹⁴⁰, a criminalização da forma como está hoje na legislação penal brasileira, atinge duplamente o direito à saúde das mulheres, primeiro lesa o direito das gestantes quando são obrigadas a levar até o final gestação que representa risco à sua integridade física e psíquica, e segundo levam milhares de mulheres a se submeterem a procedimentos clandestinos e conseqüentemente à problemas maiores, com o direito fundamental à saúde consagrado nos art. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), indica que, até os 40 anos, mais de uma em cada cinco mulheres da área urbana, recorrem ao abortamento, sendo que o número estimado de abortos anuais no país beira 1,4 milhões, resultando em grandes gastos para os cofres públicos.¹⁴¹ Ainda nessa situação, o aborto inseguro apresenta entre as cinco principais causas de mortalidade materna, além de resultar em complicações físicas e psicossociais¹⁴², comprovadamente são as mulheres de poder aquisitivo baixo as que mais sofrem com as conseqüências, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos, quase nenhuma mulher deixa de abortar em razão da proibição, a taxa de condenação criminal é absolutamente desprezível, daí se conclui, que a criminalização do aborto fora das hipóteses legalmente permitidas tem produzido como principal conseqüência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres a riscos gravíssimos, portanto a legislação em vigor, não tem salvado a vida de potencial feto e embrião, tem comprometido à saúde de muitas mulheres, e retirado a vida de outras.¹⁴³

2.2.2 *Os Direitos do Nascituro e a Expectativa de Direito*

No Brasil, a sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição, que prevê, de forma implícita, a cláusula geral de tutela da pessoa humana¹⁴⁴, ao eleger como

¹⁴⁰SOARES, G. S., GALLI, B. & VIANA, A.P.A.L., **Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro**. Recife, PE: Grupo Curumim. 2011.

¹⁴¹DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb.2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 mar.2018.

¹⁴²Ministério da Saúde. **Guia de vigilância epidemiológica do óbito materno**. Brasília-DF: Autor. 2009.

¹⁴³SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 44.

¹⁴⁴TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In. Temas de direito civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, é evidente que é sobretudo na Constituição que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido a questão da interrupção voluntária da gravidez, porém no Código Civil, por causa do art. 2º, por causa das teorias da personalidade civil, por causa da dicotomia público v. privado, por causa do movimento de constitucionalização do Direito Civil, é que se tem a maior balburdia doutrinária acerca da matéria.

Primeiramente, o art 1º do Código Civil afirma que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, o que não impede que outros sujeitos ou entes desprovidos de personalidade jurídica também o sejam, como é o caso da massa falida e herança jacente.

Do ponto de vista técnico-jurídico, se toda pessoa é capaz de direitos, e nem todo sujeito de direitos é pessoa, vemos que o nascituro é sujeito de direitos, mesmo para aqueles que entendem que ele não seja uma pessoa.

Em ato contínuo, o art. 2º do CC afirma, “a personalidade civil da pessoa começa com do nascimento com vida mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção”, mostrando que *i)* a personalidade civil e a pessoa não são conceitos que caminham juntos; *ii)* se não colocasse os direitos do nascituro a salvo estaria cometendo manifesta inconstitucionalidade, pois não conferiria personalidade no sentido subjetivo a quem é “pessoa”. Colocar a salvo os direitos do nascituro significa impedir situações que venham a prejudicar o nascituro, tentativa de coibir práticas que se pretende evitar.

Dentre as teorias, a natalista é a que melhor reflete a interpretação extraída da exegese do art 2º do Código Civil, só existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, assim, o nascido não tem personalidade, mas tão somente, expectativa de direitos¹⁴⁵, porém, como vimos, e então na quadra história presente, tem se afirmado cada vez mais a força normativa da Constituição e o caráter vinculante dos princípios, na busca da constitucionalização do Direito, envolvendo a ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir de valores constitucionais e todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura e filtragem,¹⁴⁶ não há que se falar em mera expectativa de direito, como se reconhecem os direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos,

¹⁴⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro:Forense, 2001, p.79.

¹⁴⁶SARMENTO, Daniel em Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 57.

possibilidade do nascituro pleitear a correspondente indenização por danos, assim já entendeu o STF e o STJ, possibilita também a investigação da paternidade, somente o nascituro teria a legitimidade para promover a ação investigatória, devidamente representado pela mãe (a ação deve ser proposta pela mãe, sendo substituído o polo ativo da ação após o nascimento da criança) não temos dúvida ao afirmar que o nascituro é pessoa, e tem seus direitos amparados pela lei.

A teoria adotada, em regra, pelo ordenamento jurídico é a teoria concepcionista. Se o Código Civil em vigor deixa dúvidas¹⁴⁷, a interpretação sistemática do sistema não afasta esses direitos, como vimos anteriormente, eles só não são tutelados da mesma forma que os de uma pessoa já viva.

¹⁴⁷TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155.

3 O PANORAMA GERAL DO ABORTO

No mundo todo, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto desperta polêmicas intensas e até passionais, pondo em campos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro, no Brasil não poderia ser diferente, em primeiro lugar, aqui vigora na matéria o Código Penal, editado no início da década de 40, do século passado, que optou pela criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128, que fora aprovada no contexto de uma sociedade profundamente machista, e num momento politicamente autoritário, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos, haja vista que veremos que quase nenhuma mulher deixa de abortar em razão da proibição, causando ao longo dos anos grandes danos à saúde e vida das mulheres, sobretudo as das mais pobres.

Em segundo lugar existe uma insistência na manutenção da mesma equação legislativa, resistência na mudança, por fatores estranhos ao direito em pleno século XXI, num cenário de questionamento de todos os comportamentos passados e sob a égide de uma Constituição que entroniza a liberdade como um de seus valores máximos¹⁴⁸, os direitos da mulher ainda vêm sendo ignorados nessa equação, violando diversos direitos fundamentais da mulher, com reflexos diretos à dignidade humana, e não observando suficientemente o princípio da proporcionalidade¹⁴⁹, além de impactar desproporcionalmente as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento, precisando recorrer a clínicas clandestinas que geram os problemas de saúde pública que serão tratados à frente.

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Holanda, Alemanha, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal e Japão devendo-se ressaltar que, nos países que legalizaram a interrupção voluntária da gravidez, não se constatou qualquer aumento no número de aborto realizados¹⁵⁰.

3.1 O Aborto no Direito Comparado

¹⁴⁸SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p. 77.

¹⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais* n. 919, 2012, p. 183.

¹⁵⁰WULF, D. *Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide*. The Alan Guttmacher Institute, Nova York, 1999.

O processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, juntamente com outros fatores desencadearam uma tendência à liberação da legislação sobre o aborto, variando a dinâmica e a solução normativa adotada de país para país, optou-se por abordar superficialmente a situação de vários países, no mundo todo, dando preferência aos que ocorreram embates jurisdicionais relevantes envolvendo matéria constitucional, mostrando que o entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais¹⁵¹ de todo o mundo é que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade que se tutela o direito à vida das pessoas já nascidas, o grau de proteção constitucional conferido à vida intrauterina vai aumentando na medida em que aumenta o período de gestação, fazendo com que o caso envolva uma hipótese de ponderação de valores constitucionais, buscando o equilíbrio.

Por fim, será analisada a discussão de questões envolvendo o aborto no âmbito da Corte e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, considerando que analisamos acima, questões gerais atinentes aos direitos fundamentais.

3.1.1 *Estados Unidos*

O debate mais conhecido nesta matéria é certamente o travado nos Estados Unidos¹⁵². A questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso *Roe vs. Wade*¹⁵³, julgado pela Suprema Corte em 1973 entendeu-se que o direito à privacidade reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold vs. Connecticut* em 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Da decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun, reproduzimos o seguinte trecho:

¹⁵¹SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005.

¹⁵²Há vastíssima bibliografia sobre o debate constitucional envolvendo o aborto nos Estados Unidos. Veja-se. em especial, DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003; TRIBE. Laurence. **American Constitutional Law**. 2nd Ed. Mineola: The Foundation Press. 1988. pp. 1340-1362; NOVAK, John E. & ROTUNDA, Ronald. **D. Constitucional Law**. St. Paul: West Publishing Co. 1995, pp. 809-861; GINSBURG, Ruth Bader. "**Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade**". In: 63 North Carolina Law Review 375-386. 1985; ELY, John Hart. "**The Wages of the Crying Woof: A Comment on Roe v. Wade**". In: 82 Yale Law Journal, 920-939, 1973.

¹⁵³410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973).

O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado impor sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...) O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto. Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.¹⁵⁴

No julgamento em questão, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto, no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre decisão da gestante aconselhada por seu médico, no segundo trimestre, seria permitido mas o Estado pode regulamentar o exercício visando exclusivamente proteger a saúde da gestante, o aborto é permitido nos EUA desde 1973, quando a Suprema Corte reconheceu que o aborto é um direito garantido pela Constituição americana. Pode-se interromper a gravidez até a 24ª semana de gestação – na época em que a lei foi promulgada, era esse o estágio mínimo de desenvolvimento que um feto precisava para sobreviver fora do útero.¹⁵⁵

Existe uma orientação jurisprudencial forte em favor dos direitos reprodutivos e de personalidade das mulheres, mas em *Harris v. McRae*¹⁵⁶, ficou claro que a Suprema Corte orienta que o Estado não está obrigado a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde,

¹⁵⁴410 U.S. 113,93 S.Ct. 705 (1973). Livre Tradução do Autor Daniel Sarmiento em **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 47.

¹⁵⁵Decisões posteriores, como *Planned Parenthood v. Casey*, proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º trimestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal fora do útero, ainda digno de nota que a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que condicionava o exercício do direito ao aborto com consentimento do pai do nascituro, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). Veja-se a propósito, NOVAK, John E.& ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*. Op. Cit. Pp. 817-822.

¹⁵⁶448 U.S. 297 (1980) ver também, SUSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights**. New York: Basic Books. 2004.

ou seja, mesmo se tratando de mulheres carentes e incapazes de suportar os ônus econômicos do procedimento, não é obrigação do Estado arcar com os respectivos custos¹⁵⁷.

3.1.2 *Canadá*

A Suprema Corte, no Canadá, em 1988, no julgamento do caso *Morgentaler. Smoling and Scou v. The Queen*, também reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto. Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o aborto, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante, relatada pelo Chief Justice Dickson, declarou-se que, "forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar uma gravidez até o fim, a não ser que se enquadre em certos critérios sem relação com suas próprias prioridades e aspirações constitui uma profunda interferência ao corpo da mulher e, por isso uma violação da sua segurança pessoal"¹⁵⁸.

Outro fundamento foi o fato de que o procedimento previsto na legislação para permissão do aborto encerrava o risco de um grande atraso na realização do procedimento médico, o que trazia abalo emocional para as gestantes, além de aumentar o risco para a sua saúde.¹⁵⁹

3.1.3 *Japão*

Foi um dos primeiros países a legalizar o aborto, em 1948¹⁶⁰, com o nome de 'Lei de Proteção Eugênica', o objetivo da lei era controlar a natalidade no país para evitar a superpopulação, a prática se tornou o método anticoncepcional favorito das japonesas – em 1955 foram realizados 1 170 000 abortos contra 1 731 000 nascimentos. Hoje em dia, o aborto é legal em caso de estupro, risco físico ou econômico à mulher, mas apenas até a 21ª semana – limite mínimo para o feto sobreviver fora do útero.

¹⁵⁷SUSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004.

¹⁵⁸JACKSON, Vicki C. & TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**. New York: Foundation Press. 1999. pp. 76-113 reproduzido livremente por SARMENTO, Daniel em **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 57.

¹⁵⁹Op. Cit.

¹⁶⁰ÂMBITO JURÍDICO. Aborto: Benefícios da Legalização. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18318> Acesso em. 29 Abr. 2017.

3.1.4 Itália

A Corte Constitucional italiana em 1975, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em danos ou risco à saúde da gestante. Na sentença nº 18, proferida em fevereiro daquele ano, a Corte afirmou:

Considera a Corte que a tutela do nascituro ... tenha fundamento constitucional. O art. 31, parágrafo segundo, da Constituição impõe expressamente a 'proteção da maternidade' e, de forma mais geral, o art. 2 da Constituição reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, dentre os quais não pode não constar a situação jurídica do nascituro. E, todavia, esta premissa - que por si justifica a intervenção do legislador voltada à previsão de sanções penais - vai acompanhada da ulterior consideração de que o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência total e absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este o vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto ... Ora, 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.¹⁶¹

Diante desta decisão, o legislador italiano editou, em 1978, a Lei nº. 194, que regulamentou detalhadamente o aborto. De acordo com a referida lei, a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, solicitar a realização do aborto em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; (d) em casos de má-formação fetal. Nestas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, visando assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante e a lei em questão autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verificarem processos patológicos,

¹⁶¹O acórdão pode ser obtido em Giurisprudenza Costituzionale, Ano XX, 1975, p.117 et seq. reproduzido livremente por SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 57.

dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher¹⁶².

3.1.5 Espanha

Foi aprovado, na Espanha, em 1985, um projeto de lei alterando o Código Penal, passando a permitir às gestantes a realização do abortamento, por médico, em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas.

Um grupo de parlamentares contrários ao aborto impugnou o projeto na Corte Constitucional, que, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, decidiu que a autorização da interrupção da gravidez naquelas hipóteses não feria a Constituição. Não obstante, a Corte, no Acórdão 53/1985¹⁶³ declarou a inconstitucionalidade do projeto, por considerar que ele falhou ao não exigir, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de interrupção da gravidez, adotou também como premissa a ideia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento, não há um direito fundamental à vida do embrião ou feto, muito embora esta vida seja um bem constitucionalmente protegido, se fez a admissibilidade da realização de ponderação entre a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida, os casos envolvendo aborto não podem contemplar-se tão-somente desde a perspectiva dos direitos da mulher nem desde a proteção da vida do nascituro, nem pode prevalecer incondicionalmente frente àqueles, nem os direitos da mulher podem ter primazia absoluta sobre a vida do nascituro. Por isso, na medida em que não se pode afirmar de nenhum deles (os interesses em conflito) “seu caráter absoluto, o intérprete constitucional se vê obrigado a ponderar os bens e direitos ...tratando de harmonizá-los se isto for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que se poderia admitir a prevalência de um deles.”¹⁶⁴

¹⁶²Giurisprudenza Costituzionale Ano XLII, 1997, sentenza 35, fasc 01, p. 281 et seq.

¹⁶³Acórdão n. 53/1985. Disponível em: <<http://www.boe.es>.> Acesso em: 09 Abr. 2017.

¹⁶⁴SARMENTO, Daniel em Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 57.

Nesta mesma decisão, a Corte espanhola refutou a alegação de inconstitucionalidade do projeto de lei questionado, por violação ao direito dos pais. Mas, para o Tribunal, tal fato não ensejaria qualquer inconstitucionalidade, uma vez que “a peculiar relação entre a grávida e o nascituro faz com que a decisão afete primordialmente àquela¹⁶⁵”.

Logo em seguida ao referido julgamento foi elaborada nova legislação sanando o vício apontado pelo Tribunal Constitucional espanhol, mas reiterando as mesmas possibilidades de interrupção voluntária da gravidez da norma anterior. Esta lei se encontra até hoje em vigor, vale ressaltar que na prática tem prevalecido na Espanha um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, aumentando com isto as possibilidades de aborto legal.

3.1.6 França

O debate constitucional da França partiu do legislador e não do judiciário, casos raros pois na maioria dos países a iniciativa de legalizar o aborto parte do judiciário e não do legislativo, em 1975, foi aprovada a Lei n° 75-17 e teria a vigência temporária de 5 anos, permitindo a realização por médico da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação à pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angustia, ou em qualquer época quando haja risco à sua saúde, era necessário uma consulta em determinadas instituições que lhe forneceria assistência e conselhos¹⁶⁶.

Depois de os parlamentares tentarem declarar a inconstitucionalidade da lei, de acordo com Louis Favoreau e Laic Philip o Conselho de Estado, na referida decisão, partiu do princípio de que “a vida e a pessoa existem antes do nascimento, mas que o direito correlativo que as garante não deve ser considerado como absoluto¹⁶⁷”.

Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas, e depois em 1982, foi editada uma lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez.¹⁶⁸

¹⁶⁵SARMENTO, Daniel em Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 57.

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 54.

¹⁶⁷Decisão reproduzida em FAVOREAU, Louis; PHIPLIP. Loic. **Les Grandes Décisions du Conseil Constituttionnel**. 10e. ed., Paris: Dalloz, 1999, pp. 317-318, 335.

¹⁶⁸RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques**. Tome 2. 6e. ed. Paris: PUF, 1997, pp. 112-113.

Em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e além disso, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória.

O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na sua Decisão n. 2001-446¹⁶⁹, que:

ao ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez quando a gestante se encontra numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

3.1.7 Alemanha

Na Alemanha, em 1974¹⁷⁰ editou-se uma lei descriminalizando o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, nas doze primeiras semanas de gestação. Contra esta lei foi ajuizada uma ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, que veio a ser julgada em 1975¹⁷¹ conhecida como caso Aborto I, a Corte rebateu a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento, afirmando que antes disso, o feto já é "um ser em desenvolvimento", dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, a qual deveria iniciar-se, de acordo com critérios biológicos de prudência, a partir do 14º dia de gestação – momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno., mesmo assim reconheceu a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões relativas à procriação, mas afirmou que, numa ponderação, este direito deveria ceder diante do direito à vida do feto, a não ser em certas situações especiais, como risco à vida ou à saúde da gestante má-formação fetal situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual. Firmada esta premissa, assentou a Corte que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto, sendo assim, tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado não poderia ser operada a descriminalização do aborto a não ser nas

¹⁶⁹Decisão que pode ser obtida na íntegra no sítio <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>> Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 54.

¹⁷¹KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2nd ed. Durham: Duke University Press, 1997. p. 336-346.

hipóteses acima mencionadas, e assim reconheceu por maioria a inconstitucionalidade da lei mencionada.¹⁷²

Em 1976, foi alterada a legislação para que se conformasse com a decisão da Corte Constitucional. A nova norma proibia e criminalizava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação e incesto e razões sociais e econômicas, depois com a unificação da Alemanha, foi necessária a edição de nova legislação sobre a matéria, visando conciliar o tratamento dispensado ao tema na antiga Alemanha Oriental - em que o aborto era livre no primeiro trimestre de gestação - com aquele existente na Alemanha Ocidental, acima descrito.

Com este objetivo, foi elaborada nova lei, promulgada em 1992, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto nos primeiros três meses de gravidez. Porém, a norma dispunha que, antes de realizar a interrupção da gravidez a gestante deveria submeter-se a um serviço de aconselhamento, que tentaria removê-la da ideia, e aguardar um período de três dias. A principal característica da nova legislação estava no fato de que visava evitar o aborto através de mecanismos não repressivos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, dentre outros, com o objetivo de eliminar as causas materiais que levam as mulheres a procurarem a interrupção da gravidez. Mais uma vez, a legislação foi contestada na Corte Constitucional, que emitiu decisão em 1993, conhecida como Aborto II, neste julgamento, ela considerou inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial de gestação a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante. Porém, ela afirmou que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo, segue transcrição da decisão:¹⁷³

Os embriões possuem dignidade humana; a dignidade não é um atributo apenas de pessoas plenamente desenvolvidas ou do ser humano depois do nascimento ... Mas, na medida em que a Lei Fundamental não elevou a proteção da vida dos embriões acima de outros valores constitucionais, este direito à vida não é absoluto ... Pelo contrário, a extensão do dever do Estado de proteger a vida do nascituro deve ser determinada através da mensuração da sua importância e necessidade de proteção em face de outros valores constitucionais. Os valores afetados pelo direito à vida do nascituro incluem o direito da mulher à proteção e respeito à própria dignidade, seu direito à vida e à integridade

¹⁷²SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 53.

¹⁷³KOMMERS. Donald, op. cit. pp. 349-356.

física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade. Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos e até obrigatório em outros que não imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo ...Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções seio imagináveis. Esta Corte estabeleceu o standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções ... O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado.

Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade. Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal.¹⁷⁴

Em 1995, uma nova lei foi editada para adequar-se à decisão da Corte Constitucional. O novo diploma, afora as hipóteses de aborto legal, referidas na decisão, descriminalizou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação. A lei estabeleceu um procedimento pelo qual a mulher que queira praticar o aborto deve recorrer a um serviço de aconselhamento, que tentará convencê-la a levar a termo a gravidez.¹⁷⁵ Depois disso, há um intervalo de três dias que ela deve esperar para, só então, poder submeter-se ao procedimento médico de interrupção da gravidez¹⁷⁶.

3.1.8 Portugal

Portugal tem uma rica história no campo do constitucionalismo do direito ao aborto, o Tribunal Constitucional proferiu cinco decisões sobre o assunto desde meados da década de

¹⁷⁴O acórdão está parcialmente reproduzido em língua inglesa em KOMMERS. Donald. op. cit., pp. 349-356.

¹⁷⁵SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 54.

¹⁷⁶SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 54.

1980, e em todos os casos, validou reformas mais progressistas.¹⁷⁷ No Acórdão 25/84¹⁷⁸ proferido no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, em 1984, a legitimidade constitucional da lei¹⁷⁹ lusitana que permitia o aborto em circunstâncias específicas – risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável ou gravidez que seja resultante de violência sexual, a norma foi impugnada em razão de suposta violação ao direito à vida do nascituro, o Tribunal afirmou que a Constituição de Portugal tutela o direito à vida do feto, mas não com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas, e aduziu que a autorização legal do aborto depende de ponderação entre o direito à vida do nascituro com outras questões fundamentais, vale destacar os seguintes trechos¹⁸⁰:

A ideia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto 'não nascido', não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir. ..A matéria relativa à colisão ou situação conflitual que pode gerar-se entre os valores ou interesses do nascituro e os da mãe merece ser aprofundada mais um pouco ... E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido. Em todo caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra ..., pode ser maior ou menor, em face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando então uma certa liberdade conformativa para o legislador, dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional. A problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser aflorada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n. 85, proferido em 1985, em que se afirmou: a vida intrauterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da proteção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucional objectivo (Constituição, art. 24, n 1) Todavia, só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais - pois não há direitos fundamentais sem sujeito pelo que o regime constitucional de proteção especial do direito à vida, como um dos 'direitos, liberdades e garantias pessoais', não vale diretamente e de pleno para a vida intrauterina e para os nascituros. É este um dado simultaneamente biológico e cultural, que o direito não pode desconhecer e que nenhuma hipostasiação de um suposto 'direito a nascer' pode ignorar: qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o

¹⁷⁷ SEQUEIRA, Daniela. Aborto em Portugal: Novas Tendências no Constitucionalismo Europeu. **Revista de Direito GV**, v. 13. n.1. 356-379 jan-abr. 2017.

¹⁷⁸ Acórdão reproduzido na íntegra em MIRANDA, Jorge. **Jurisprudência Constitucional Escolhida I**. São Paulo. Ed. Universidade Católica. 1996.

¹⁷⁹ Código Penal alterado pela Lei n. 6/84, maio de 2011.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 54.

momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, nem no mesmo plano, à vida pré-natal, intrauterina.

E o tema do aborto foi retomado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n. 288, proferido 1998, vale transcrever as palavras do Tribunal Português:

Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes...Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo', sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente 'desfazer-se' do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda 'matar' o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser partilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na união Européia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem ...Ora, poderá acrescentar-se, a harmonização entre a protecção da vida intrauterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses. é suscetível de passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção da gravidez cabe à própria mulher.

Porém, o Tribunal reconheceu o referendo, a proposta de legalização incondicionada do aborto no início da gestação foi derrotada, embora não se tratasse de consulta popular vinculativa, o legislador seguiu a orientação referendaria e rejeitou a mudança legislativa pretendida¹⁸¹, além de a Corte insistir na necessidade de aplicar o princípio interpretativo da harmonização que exigia “conciliar e equilibrar valores jurídicos conflitantes para evitar o sacrifício (integral) de um pelo outro”¹⁸².

Em 2006, novamente a questão foi suscitada e a Corte reproduziu essencialmente as linhas doutrinárias de seu precedente de 1998, confirmando mais uma vez que não havia obrigação constitucional de proteger o nascituro por meio do direito penal e que as formas de proteção poderiam variar de modo a refletir as diferentes fases da gravidez, e o Tribunal sublinhou a importância, se não a obrigação, de medidas não punitivas para reduzir a gravidez

¹⁸¹FREIRE, André; BAUM, A. Michael. ‘1988 Portuguese Referendums: explaining the Results and Speculating on the Future of Direct Democracy in Portugal’, **Portuguese Journal of Social Science**.2.1 (2003): 5 -19, p.18.

¹⁸²Acórdão n. 288/1998 Tribunal Constitucional 1998,117.833 (1992)

não desejada, como a educação sexual e o planejamento familiar, e conheceu diretamente que qualquer discussão sobre a constitucionalidade do aborto não poderia ser limitada à proteção da vida intrauterina, e deveria sempre ser equilibrada com a liberdade da mulher de escolher seu projeto de vida, afirmando então que a decisão do legislador de atribuir proteção primária à autonomia da mulher durante a primeira fase da gestação constituía um equilíbrio constitucional válido, e voltou a mencionar o aconselhamento psicológico que pode ser interpretado como uma tentativa de orientar uma reforma legislativa.¹⁸³

Em abril de 2007, a legislação que alterava o Código Penal de Portugal foi aprovada e as mulheres poderiam ter acesso ao aborto se assim desejassem durante as primeiras dez semanas de gravidez e após aconselhamento obrigatório¹⁸⁴ A nova lei incluiu cláusula de objeção de consciência que permite aos médicos e outros profissionais de saúde se recusarem a participar dos atos relacionados ao aborto, mas se o fizessem também não poderiam participar de sessão de aconselhamento, e o único requisito para o aborto era o consentimento da mulher grávida, legalmente capaz, de pelo menos 16 anos de idade, e o sistema de saúde receberia dinheiro público para cobrir os custos totais do aborto. Ainda em 2007, 33 membros do Parlamento pediram ao Tribunal Constitucional para derrubar a nova lei do aborto, mas a Corte rejeitou os argumentos e confirmou a constitucionalidade da legislação, por meio do Acórdão n 75/2010¹⁸⁵, que apoia o aborto a pedido da mulher, em um equilíbrio entre a dignidade das mulheres e a autonomia reprodutiva, bem como a dignidade e o respeito devidos ao nascituro.¹⁸⁶

3.1.9 *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*

A partir de 1992, o Brasil ratificou o Pacto de San Jose da Costa Rica, com reconhecimento de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998, por isso as normas brasileiras devem respeitar sobretudo, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de responsabilização, nesse sentido:

A interpretação dada pela Corte dos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser adotada no país, sob pena de sermos

¹⁸³Acórdão n 617/2006, Diário da República I Serie, pp. 30-31.

¹⁸⁴Código Penal, art. 142, com alterações a partir da Lei n. 16/2007.

¹⁸⁵Tribunal Constitucional, 23 de fevereiro de 2010.

¹⁸⁶RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: New Trends in European Constitutionalism. In: COOK, Rebecca. J.; ERDMAN, Joanna. N. ; DICKENS, Bernard M. , **Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 36-55.

responsabilizados pelo descumprimento de nossos compromissos internacionais.¹⁸⁷

Importante ressaltar, que a convenção estabelece a obrigação do Estado signatário zelar pelo respeito aos direitos humanos e garantir o exercício destes por toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.

Disposto no art. 4.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica, “toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

O emprego da expressão “em geral”, deixa nítido que as partes celebrantes do tratado não quiseram conferir à vida intrauterina uma proteção absoluta, lógico que parte da premissa que a proteção da vida se inicia com a concepção, apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem que ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento.

Isso pode ser verificado tendo como base a decisão proferida no caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica¹⁸⁸”, o caso é importantíssimo justamente por confrontar um direito eventual à vida (artigo 4.1), em detrimento de um direito à liberdade (artigo 7), e proteção à mulher (artigo 15.3). Em primeiro plano, a conclusão da Corte a respeito da impossibilidade de se conferir estatuto de pessoa ao embrião (§222):

...pode se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.¹⁸⁹

¹⁸⁷RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.23.

¹⁸⁸Submeteu-se à apreciação da Corte a proibição geral de se realizar fertilização in vitro na Costa Rica, tendo em vista que a proibição absoluta constituiria uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar, e denunciou-se a Costa Rica pela violação dos artigos 11.2,17.2 e 24 da Convenção.

¹⁸⁹RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.23.

Quando se fala do alcance dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal, vida privada e familiar “a decisão de ter filhos biológicos pertence à esfera mais íntima da vida privada e familiar, e a parte como se constrói essa decisão é parte da autonomia e identidade de uma pessoa” (§137), “assim o direito de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada” (§143), “o direito à autonomia reprodutiva está reconhecido no art. 16 da Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito de “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, educação, e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito de controlar sua fecundidade. Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos¹⁹⁰.

Dessa forma, podemos concluir que a criminalização do aborto no Brasil é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e demais tratados correlatos, sobretudo porque viola diretamente os direitos de liberdade, igualdade, dignidade, além dos direitos sexuais reprodutivos e de planejamento familiar.¹⁹¹

3.2 Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas

Para o Catolicismo a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial, logo, o aborto é inaceitável.¹⁹²

Para o Judaísmo¹⁹³ a vida começa no 40º dia, quando acreditam que o feto adquire forma humana, antes disso a interrupção da gravidez não é homicídio, permitindo a pesquisa

¹⁹⁰MIGUEL, Alfonso Ruiz. FAJURI, Alejandra Zuniga. Derecho a la vida y constitucion: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”. **Revista de Estudios Constitucionales**, 2012, n.1, p. 71-104

¹⁹¹KLOCK, Gabriel Klemz; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Criminalização do aborto no Brasil como violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos: possibilidades jurisprudenciais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre. 2017, n.37, p. 166-182

¹⁹²ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. **Cienc Cult**. São Paulo, v.64, n.2, p.23-31, June 2012 Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252012000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Nov. 2017.

¹⁹³BARCHFONTEINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

com células-tronco e o aborto quando a gravidez é resultante de estupro ou envolve risco de vida para mãe.

Para o Islamismo¹⁹⁴, o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe.

No Budismo¹⁹⁵, a vida é um processo contínuo e ininterrupto está presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água, a vida não começa na concepção, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

No Hinduísmo¹⁹⁶, alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida, como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano, na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade, em geral, se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.

Fé, crença, definição de um sentimento presente na existência humana que influenciou e influencia a vida, tanto no sentido pessoal, coletivo, povo, nação e um Estado. O homem sempre buscou acreditar em algo sobrenatural, buscando uma base em uma relação espiritual, colocando assim a fé, acima de princípios, e até mesmo acima do Estado Democrático de Direito, com manobras políticas, a união do cristianismo ao sistema governamental torna-se uma força de manipulação, coação, extorsão¹⁹⁷.

Refletindo e analisando a relação histórica e atual entre o Estado e a religião vemos que muitos problemas derivam dessa relação, mesmo com o Estado se propondo a se desvincular da Igreja através de uma forma de governo que limita o poder do Estado através de um conjunto de normas, a Constituição, o documento escrito, que enumera, limita e assegura poderes, direitos e deveres fundamentais e individuais, ainda sim o confronto é intenso e

¹⁹⁴BARCHIFONTAINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

¹⁹⁵BARCHIFONTAINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

¹⁹⁶BARCHIFONTAINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1, p.41-55.

¹⁹⁷FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

constante e não fomos capazes realmente de efetivar o desvinculamento de poderes religiosos enrustidos no Estado, não totalizando assim, os direitos individuais e fundamentais, preterindo desse modo a laicidade pretendida.

Na construção do Estado moderno, precisamos tirar qualquer argumento de verdade ou moral absoluta, representados pela divindade, nesse sentido é preciso frisar que a concepção de Estado é construída pela ideia de forma de Direito

[...] a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição. Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais reguladas pela Constituição[...] ¹⁹⁸

Sendo assim, o Estado vislumbrado como Estado de Direito será representado por um sistema escalonado de normas, cuja estrutura possui elos de conexão onde a norma inferior decorre a uma superior, até se alcançar a norma fundamental. Kelsen lembra que os elementos que constituem o Estado Moderno, de acordo com a teoria tradicional do Estado, são: a população:

O critério para se determinar a população do Estado não pode ser outro que aquele que determina uma relação de submissão/vinculação dos indivíduos a uma ordem jurídica coercitiva relativamente centralizada. Identidades sanguíneas, étnicas, religiosas ou de qualquer outra espécie não são suficientes para determinar a identidade da população de um Estado. Nesse sentido, retirando qualquer elemento espiritual de ligação, somente o vínculo jurídico estabelecido pelo ordenamento será suficiente para delimitar a população de um determinado Estado, portanto, independente da ideologia, religião, sexo ou cor dos indivíduos, o que coloca desde já em evidência o conteúdo jurídico do Estado ¹⁹⁹

O território, embora tenha certa correspondência com o elemento natural terra, não se determina pela mera referência espacial de superfície. Nesse sentido é possível observar que embora não exista uma continuidade física do espaço territorial, é possível se falar em território nacional, como por exemplo, o reconhecimento jurídico de aeronaves e embarcações militares fora do território nacional ou as privadas à serviço do país como território nacional. Nestes casos, o reconhecimento do território decorre de uma determinação jurídica, logo nenhum “[...]”

¹⁹⁸KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.310. 1997.

¹⁹⁹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.318. 1997.

conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo um critério se determinam os limites e fronteiras do espaço estadual, o que é que constitui a sua unidade”²⁰⁰

O reconhecimento do poder ao Estado também não será diferente. A distinção das relações de poder estatal das demais relações de poder decorre da sua regulamentação jurídica, o que significa que “[...] os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas – que o poder do Estado tem caráter normativo [...]”²⁰¹

Podemos concluir então, que a relação entre Estado e Direito se dá de forma anexa, de modo que o Estado não é somente Ordenamento Jurídico, podendo ser feita uma crítica ao fundamento da moral e verdade absoluta no Direito.

O juízo de valor é realizado mediante a comparação do comportamento humano real e a hipótese de incidência determinada no enunciado normativo, ou seja, quando o comportamento humano contraria a ordem da norma o comportamento é mau, em contrapartida, quando o comportamento emparelha com o enunciado normativo o comportamento real é bom, correto.²⁰²

Kelsen alerta, que pelo fato das normas jurídicas serem provenientes do atuar humano, como manifestação de vontade que determina um comportamento de outrem, os juízos de valores que necessitam da norma como paradigma da comparação estarão sujeitos à discricionariedade humana, podendo se tornar uma situação extrema, nas palavras de Kelsen:

Quando, porém, nós representamos a norma constitutiva de certo valor e que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, ela apresentasse-nos com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta. Qualifica-se de absoluto o valor constituído por uma tal norma, em contraposição ao valor constituído através de uma norma legislada por um ato de vontade humana. Uma teoria científica dos valores apenas toma em

²⁰⁰KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.319. 1997.

²⁰¹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.320. 1997.

²⁰²FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos.²⁰³

O ordenamento jurídico representará a vontade humana, portanto, cheia de toda mutabilidade, crenças, o que permitirá que valores que sejam tidos como verdadeiros hoje, sejam naturalmente vencidos e alterados no futuro. Entretanto, quando o valor é atribuído um caráter divino, por representar um elemento supra-humano, esse não permitirá ser vencido ou alterado, representado por valor absoluto, já que é uma representação de Deus como ‘...fim mais elevado, do valor supremo, do bem absoluto, quando da causa última’²⁰⁴

Essa fé, crença, e os dogmas religiosos se cristalizam, fazendo referência a uma autoridade supra-humana, condicionando os comportamentos humanos o que obrigações e uma relação de dependência com o divino, e conseqüentemente retira o caráter científico do processo de conhecimento, o que acarreta decisões intolerantes e autoritárias, que negam o multiculturalismo social. Nesse sentido, Kelsen, busca extrair qualquer tipo de posicionamento político ou qualquer conteúdo moral do Direito que poderá representar a fixação do absoluto, defendendo a separação entre o Direito e a Moral.²⁰⁵

A Teoria Pura do Direito é de fundamental importância para delimitação das questões cotidianas do mundo jurídico, a pureza da teoria se apresenta na pretensão de identificar o que compõe o direito e não como ele deve ser, retirando a Ciência Jurídica de total metafísica ético-religiosa, proveniente dos antigos modelos de determinação do conhecimento que fundamentaram Estados Absolutos e teológicos.

Para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça divina do direito será necessário analisar a norma a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz²⁰⁶

Estabelecendo uma distinção bastante objetiva entre o que é direito, partindo de critérios formais de validade, e aquilo que deveria ser direito justo.

²⁰³KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.20. 1997.

²⁰⁴KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.21. 1997.

²⁰⁵FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

²⁰⁶BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo. Ed. Unesp. Trad. Nilson Moulin. p.38. 2007.

Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo.

Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ser”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente *jus* positivista, é que juízos como “O ordenamento sócio normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias.²⁰⁷

Aprofundando ainda mais:

O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jus naturalista e jus moralistas de todos os tempos.²⁰⁸

Nesse sentido, o fato de se reconhecer o fenômeno jurídico será mera atividade declarativa, sem que se apresente uma análise valorativa, porque são campos distintos de verificação, por exemplo, reconhecer conjunto normativo como justo ou injusto se prolata um juízo de valor, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu²⁰⁹.

Existe uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de outros paradigmas, mas isso não permite que elementos morais de frentes religiosas se insiram no ordenamento jurídico para se promover a perpetuidade de seus dogmas, tidos como verdades divinas insuperáveis, pois assim, haveríamos problemas, como explica Nelson Finotti:

[...] A moralização do Direito, principalmente baseada numa moral religiosa, em que os dogmas lançam uma pá de cal sobre qualquer verdade que contraria a verdade divina revelada, e, portanto, incontestável, pode gerar severas consequências para o universo do Direito e do Estado.²¹⁰

²⁰⁷Deus e o Estado. Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta In.:MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos (org.); NETO, Arnal Bastos Santos Neto (org.) **Contra o Absoluto Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana**. Curitiba: Juruá. 2012.

²⁰⁸MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, jan/jun. 2009.

²⁰⁹FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. In: **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

²¹⁰FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. In: **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

Lógico que isso não impediria que argumentos religiosos sejam trazidos e nesse sentido:

Isso, não impede que argumentos religiosos sejam trazidos na pauta do debate público, porém, não poderá argumentos extramundanos impedir que novas tematizações sobre questões que tinjam os dogmas religiosos sejam travadas, como por exemplo, aquelas relacionadas ao casamento homo afetivo, a ‘cura gay’, o uso de preservativos, pesquisas com células-tronco entre outros temas que estabelecem a tensão entre Estado e Divindade²¹¹

E defende Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito:

[...] a Teoria Pura do Direito, muito antes de se apresentar como legitimadora de um Estado Totalitário como o Nazista, apresenta-se como construção que impede o progresso do absoluto e da ingerência de elementos morais na esfera jurídica [...].²¹²

Neste sentido, se faz necessário reconhecer o fenômeno jurídico como uma atividade declarativa de uma dinâmica formal, pois mesmo que por exemplo, religião que não seja compatível com a norma, isso torna a norma somente imoral para os adeptos à religião, a moral é uma questão muito subjetiva, não podendo ser imposta em sua individualidade no coletivo, por exemplo: o aborto, a questão fundamental do aborto é dar liberdade aos que pensam diferente, é dever do estado, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento social, promover o bem de todos e a saúde (art. 6º, CF), não tendo só obrigação de garantir atendimento médico, mas também prezar por todos os elementos e fatores que influenciam na saúde da população, muitos religiosos pregam que o aborto não é certo, mas o ponto da questão não é se é certo ou errado, se é a favor ou contra, a principal parte da questão é: o Estado enquanto Ordenamento, tem obrigação de promover recursos independente da religião, pois se apresenta como conjunto normativo, que tem uma natureza jurídica, e isso não significa concordar, aprovar ou recomendar, se trata de juízo de fato, se trata de garantir direitos e garantias fundamentais da coletividade.

A atuação do Estado, quando justificada em termos de razões públicas como os atos estatais, as leis, medidas administrativas e decisões judiciais, baseados em argumentos que

²¹¹FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. In: **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

²¹²FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. In: **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

possam ser aceitos racionalmente, tem mais legitimidade²¹³, a prova mais eloquente de que a proibição legal e a criminalização do aborto não impedem a prática, são as estimativas alarmantes sobre o número anual de abortamentos, mesmo não existindo dados oficiais, a Rede Feminista de Saúde, empregando metodologia científica baseada na quantidade de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados por anos no SUS, estimou algo entre 705.600 e 1.008.000, entre 1999 e 2002²¹⁴, além de Pesquisa Nacional do Aborto em 2016, que constatou que 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos já realizou, pelo menos um aborto, em 2015, foram, aproximadamente 416 mil mulheres²¹⁵, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, nem implicaria em gastos desmesurados pelo poder público, haja vista que apesar da atual ilegalidade em 2005 o governo gastava aproximadamente 29 milhões por ano para tratar das consequências dos abortos clandestinos, conforme dados do SUS²¹⁶, com esses dados, podemos verificar que quase nenhuma mulher deixa de abortar em razão da proibição, e a taxa de condenação é desprezível, se concluindo que a criminalização do aborto fora das hipóteses legalmente permitidas tem produzido consequências horríveis ao longo dos anos, a legislação penal repressiva, não tem salvado a vida de potencial “pessoa”, ou seja, feto e embrião, e retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

A Constituição de 1988, não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5, inciso VI), foi além, consagrando em seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe, a posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas²¹⁷ defendendo os princípios da universalidade, integralidade e equidade da atenção à saúde com o marco constitucional de respeito e proteção dos direitos humanos, é preciso reconhecer que o direito ao aborto é condição para um Estado verdadeiramente justo e democrático, fazendo assim um Estado que tem uma política que respeita o pluralismo moral da sociedade (art.1º, inciso IV,CF) mas reconhece que a decisão

²¹³HABERMANS, Jurgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp.09.56

²¹⁴ **Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê.** Rede Feminista de Saúde. Belo Horizonte; Rede Feminista de Saúde; 2005.

²¹⁵DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 mar.2018.

²¹⁶REDE FEMINISTA DE SAÚDE.DOSSIÊ. **Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê.** Belo Horizonte; Rede Feminista de Saúde, 2005.

²¹⁷SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 60.

pelo aborto é matéria de ética privada, ou seja, nenhuma mulher deve realizar o aborto contra a sua vontade (art.5 inciso II, CF), assim como nenhuma mulher deve ser impedida de abortar se essa for a sua decisão.

3.3 O Aborto e a Filosofia da Moral

Tratamos de moral, como o campo do conhecimento que é voltado para conduta humana, etimologicamente o termo “moral” vem do latim *morales*, que significa “relativo aos costumes”, caracterizada através da interioridade dos atos de cada indivíduo, com outras palavras é algo que cria uma ação²¹⁸, estando muitas vezes associada aos valores e convenções estabelecidos coletivamente por cada cultura ou por cada sociedade a partir da consciência individual, que distingue o bem do mal, o justo do injusto²¹⁹, diferente da ética. A importância da distinção filosófica de valores éticos e morais conforme ensinamento de Terezinha Inês,

A distinção filosófica entre os valores éticos e os valores morais é o ponto de origem para divisão entre o âmbito do exercício das liberdades subjetivas e o âmbito do exercício do poder coercitivo do Estado.²²⁰

Para Kant cada indivíduo, enquanto ser racional, é autor das leis que impõe a si mesmo, a lei moral, universalmente válida, tem origem na razão. Sendo assim, cada indivíduo é legislador e responsável por aquilo que faz. A moralidade pressupõe, portanto, a autonomia da vontade. Numa palavra, pressupõe a liberdade. O ser humano é livre sempre que se submete às leis da sua própria razão. Nesse caso, não somos livres quando fazemos aquilo que nos apetece, mas sim quando cumprimos o nosso dever, ou seja, quando nos submetemos à lei moral que existe em nós²²¹, podemos extrair desse pensamento que a moral é subjetiva, depende, para o autor sem liberdade não haveria escolha; e sem esta, não haveria certo e errado, nem possibilidade de estabelecer juízos de valor, sendo a liberdade *conditio sine qua non* do direito²²².

²¹⁸RÊGO, Antônio. **Moral e Direito: Uma visão kantiana**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17215&revista_caderno=15 > Acesso em 05 Mar 2018.

²¹⁹SIGNIFICADOS: MORAL. Disponível em:< <https://www.significados.com.br/moral/>> Acesso em 05 mar 2018.

²²⁰PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Dez. 2013, Vol. 3 N.2 Jul. p. 364

²²¹DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 1-2, 4, 13, 25

²²²KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.27.

Ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. A liberdade é a possibilidade de decidir e com isso se autodeterminar, pressupondo responsabilidade do indivíduo para consigo e para com a comunidade na qual está inserido,²²³ porque quando uma reflexão moral se torna política, o maior desafio é “conceber a discussão moral, como uma dialética entre nossas opiniões sobre determinadas situações e os princípios que afirmamos ao refletir”²²⁴, os princípios morais dizem respeito àquilo “que nós devemos fazer, e não fazer, aos outros”²²⁵

Nas palavras de Ronald Dworkin,

Os princípios éticos configuram juízos acerca das ações humanas que os indivíduos podem livremente realizar para o seu próprio bem-estar. O fundamento da liberdade decisória, em assuntos pertencentes à ética, é o “princípio da responsabilidade pessoal”, do qual deriva o conceito de “independência ética”. Por outro lado, os princípios morais dizem respeito àquilo “que nós devemos fazer, e não fazer, aos outros”.²²⁶

Nos tempos atuais, o debate sobre o aborto se direcionou para o aprofundamento das teorias morais, que de certo modo delineiam parâmetros gerais de definição das obrigações políticas que os indivíduos assumem junto à comunidade que estão inseridos, sob qualquer ângulo de análise, a discussão moral sobre o aborto se centraliza na tensão existente entre as obrigações políticas legitimamente impostas aos indivíduos e suas liberdades individuais.²²⁷ Antigamente, o dilema moral do aborto girava em torno de se o feto é ou não um ser humano, hoje a discussão está em saber separar o que pertence à esfera da autonomia de vontade e o que constitui dever moral em relação aos direitos e interesses do outro, para então podermos delimitar a ação do Estado na restrição dos direitos individuais em geral²²⁸. Essa evolução é explicada também por Michael Sandel,

Filósofos políticos modernos – Immanuel Kant, no século XVIII, a John Rawls, no século XX, afirmam que os princípios de justiça que definem nossos direitos não devem basear-se em nenhuma concepção particular

²²³SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.54.

²²⁴SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.34.

²²⁵DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 1-2, 4, 13, 25.

²²⁶DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p.1-2, 4, 13, 25.

²²⁷PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, dez. 2013, vol. 3 n.2 jul. p. 379.

²²⁸PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, dez. 2013, vol. 3, n.2, jul. p. 364.

de virtude ou da melhor forma de vida. Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa. Pode-se dizer que as teorias de justiça antigas partem da virtude, enquanto as modernas começam pela liberdade.²²⁹

Todavia, moramos em sociedade, essa liberdade não poderá ser absoluta em detrimento de alguns outros princípios estabelecidos ao longo dos séculos, nessa perspectiva, Dworkin problematiza a possibilidade de se afirmar a solução correta para a efetivação do direito ao aborto, pois segundo ele, nos *hard cases* (casos difíceis) não se alcança uma decisão correta pois não se pode escolher uma das posições antagônicas no debate porque nenhum deles apresenta o melhor argumento como um todo.

Se mostrando completamente necessário, diferenciar os julgamentos de natureza moral, entre a esfera individual e coletiva, se não fizermos isso, podemos cair em contradição e relativizar a moral, baseado em juízo de valor definido individualmente, incumbindo a cada pessoa delimitar os direitos e deveres para com a coletividade. Para refutar relativismo moral²³⁰, de uma forma singular, Dworkin firmou critérios argumentativos que possam levar por meio de uma reflexão, a uma decisão para os problemas práticos da vida sócio-política, se baseando em argumentos morais, não metafísicos²³¹, se tornando uma moralidade política, onde o juízo de valor é definido pelas obrigações impostas a todos os membros comunitariamente organizados sob a forma de Estado social, no que concerne ao interesse dos outros²³², dessa forma, vemos a importância do poder coercitivo da sociedade ser exercido na regulação das questões de moralidade política.

Nesse sentido, Rorty

Se o aborto fosse considerado certo ou errado exclusivamente com base nas opiniões subjetivas das pessoas, não seria possível buscar uma

²²⁹SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.17.

²³⁰Ibidem, p.23-27. Entenda-se o termo relativismo como significando a negação da existência de critérios racionais para o julgamento dos juízos morais, o que importa em tomar todos os argumentos na condição de argumentos igualmente válidos, não se atentando para o parâmetro de sua razoabilidade. Nesse sentido, relativismo não se identifica com pluralismo, no qual a aceitabilidade dos argumentos depende de sua compatibilidade com os princípios morais universalmente aceitos. A tortura e a escravidão, por exemplo, não são justificáveis sobre o prisma do pluralismo, embora possam o ser sob o prisma do relativismo. Este, devido à total ausência de objetividade na avaliação da validade das proposições morais, pode desembocar na institucionalização de ideologias políticas totalitárias e absolutistas.

²³¹DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgebogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p.23-27.

²³²DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgebogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p.327.

resposta que fosse sustentável como a mais correta do ponto de vista dos valores constitucionais objetivos.

Neste sentido, se faz necessário reconhecer que a moral individual, só pode ser considerada na questão do aborto até determinado ponto, depois é um tema da moralidade política, pois o fenômeno jurídico de legalização ou descriminalização é meramente uma atividade declarativa de uma dinâmica formal, pois mesmo que e.g, as “minhas questões morais” não admitem a prática do aborto, existem outras pessoas com “questões morais” que admitem. Moral é uma questão muito subjetiva, quando discutida no âmbito individual, não podendo ser imposta em sua individualidade no coletivo, é dever do Estado Democrático de Direito, tem obrigação de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, não restando espaço julgamentos morais individuais, pois se apresenta como conjunto normativo à todos, sendo uma questão de moralidade política, o poder decisório da mulher gestante seria sopesado com os direitos do nascituro, sem perder de vista as coordenadas para não se tornar um método contraceptivo, mas que pode ser feito seguindo determinados procedimentos relacionados em lei, fazendo assim um Estado verdadeiramente justo e democrático com políticas que respeitam o pluralismo moral da sociedade com fundamento nas liberdades constitucionais fundamentais, reconhecendo que a admissibilidade ético-normativa da decisão de realizar o aborto, é passível de acomodação sócio-política, atribuindo solidez à afirmação de que, a escolha da mulher, nos estágios iniciais da gestação, de ter ou não o filho que está no seu ventre, é uma questão de moralidade pessoa, incumbindo unicamente a ela definir o valor a ser conferido à vida do embrião ou feto.²³³

²³³PIRES, Terezinha Inês Teles. **A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dez. 2013, Vol. 3 N.2 Jul. p. 382.

CONCLUSÃO

Por tentar justificar a oposição ao aborto, diz-se lutar pelo direito à vida, apoiando-se na ideia fortemente arraigada de que a maternidade seria a expressão máxima de respeito pela vida humana, enquanto o aborto seria sua negação. Defender o aborto não é banalizar o argumento de defesa da vida, percebeu-se nesse estudo que, não se deve restringir esse direito ao feto deliberadamente, por razões óbvias.

Porém, muitas mulheres não têm outra opção, e correm riscos gravíssimos de danos físicos e psicológicos, isso quando não morrem por causa de abortos feitos de forma insegura sendo a quinta maior causa de mortalidade no Brasil e neste momento o direito à vida dessas mulheres é ignorado.

Haja vista que, os artigos que tipificam o aborto como crime doloso contra a vida, no Código Penal da década de 40, do século passado, não estão de acordo com os valores sociais contemporâneos, nem com os direitos fundamentais, e nem com os ditames da Constituição Federal de 1988, por constituir medida duvidosa e desproporcional para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), pois *a*) os efeitos da legislação repressiva são mínimos a curto prazo, haja vista que não produz impacto relevante no número de abortos praticados no país, porque nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição (taxa de condenação criminal é desprezível se não fosse seria necessário transformar o país inteiro numa grande prisão para abrigar todas essas mulheres que já praticaram aborto), *b*) os efeitos da legislação repressiva a longo prazo faz a interrupção voluntária da gravidez se tornar um grande problema de saúde pública, pois apenas impede que seja feito de modo seguro, colocando em risco gravíssimo a vida de milhares de mulheres, sobretudo as mais pobres, concluindo assim que a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de nascituro, na realidade retira a vida e compromete a saúde de milhares de mulheres, tendo em vista que só em 2015, 503 mil mulheres entre 18 e 39 anos fizeram a interrupção voluntária da gravidez no Brasil, *c*) sendo desproporcional por gerar custos sociais (saúde pública e morte) superior do que os benefícios.

No que concerne as teorias da personalidade civil, em uma primeira análise, se mostrou necessário adotar uma teoria progressiva da personalidade, onde a proteção ao nascituro vai aumentando a medida que avança a gestação, admitindo que o nascituro é “um ser em desenvolvimento” dotado de dignidade e merecedor de proteção, mas buscando equilíbrio entre essa proteção em face de outros valores que veem sendo mitigados pelo direito absoluto à vida

do nascituro, e.g., direito à saúde da gestante, integridade física, autonomia privada, liberdade individual.

Porém, em uma segunda análise e por todo o exposto, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotar em regra a teoria concepcionista para construção da situação jurídica do nascituro não é um problema para descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre, haja vista que a proteção do nascituro em regra deve ser plena, o aborto não é regra, é exceção. E eventualmente terão os chamados *hard cases* onde a teoria da personalidade predominante para maioria dos casos será mitigada, em face da aplicação da ponderação e do sopesamento de princípios e direitos envolvidos, balisados sob a égide da Constituição Federal.

Para garantia de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, para garantia de um estado social, que garante a dignidade da pessoa humana, reconhece o pluralismo da população, mas fundamenta suas ações em uma posição de neutralidade moral, em defesa da justiça, em defesa da saúde pública, garantindo igualdade de direitos e o usufruto justo desses direitos, percebendo também que além de ser papel do Estado e da sociedade atuar mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher, a única intervenção estatal legítima na questão da interrupção voluntária da gravidez é o estabelecimento do lapso temporal para se fazer.

Assim, não só a Constituição Federal, o Código Civil, mas também a moral, e a racionalidade nos indicam que é preciso reformar a legislação penal brasileira, tornando compatível com a República Federativa do Brasil fundamentado pela Lei Maior como laico e pluralista, que presa pela dignidade da pessoa humana, sem negligenciar os direitos do nascituro mas que leva a sério os direitos fundamentais das mulheres.

Por todo o exposto neste trabalho, podemos concluir que a proteção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro existe, mas que essa proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas. A pretensa supremacia do valor da vida do nascituro, em detrimento de outros valores constitucionalmente relevantes, não advém de leitura ou interpretação da Constituição, e nem de escolhas jurídico-rationais demonstráveis, advem da contaminação do ordenamento, advém da sociedade patriarcal, impedindo a neutralidade da ideia liberal de não intervenção do estado na vida doméstica, que a partir do momento que é

dominado pela figura masculina pode se tornar, ao invés de um meio de exercício das liberdades individuais, uma estrutura de repressão para mulher.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chionelato **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ASFOR, Ana Paula. **Do início da personalidade civil**. Jus Navigandi, n.3629, 8 jun. 2013.
- AZEVEDO LOPES, A. F. **Empresa e propriedade: Função social e abuso de poder econômico**. QuartierLatin. 2006.
- BARCHFONTEINE, Christian. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistiss Prax**, Telo Pastor, Curitiba, 2010, v.2, n.1.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BENUTE, Gláucia. R.G; NOMURA, Roseli M.Y.; PEREIRA, Pedro P.; LUCIA, Maria C. S., e ZUGAIB, Marcelo. Abortamento espontâneo e provocado: ansiedade, depressão e culpa. **Revista da Associação Médica Brasileira**, vol. 55, n. 3, São Paulo, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer- Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo. Ed. Unesp. Trad. Nilson Moulin. p.38. 2007.
- BOTELHO, José Francisco. **Em que momento o feto vira ser humano?** São Paulo: Abril, 2012. Disponível em: < <https://super.abril.com.br/ciencia/em-que-momento-o-feto-vira-ser-humano/>> Acesso em: 29 abr. 2017.
- BRASIL, Código Civil, 2002.
- BRASIL. Ministério da Saúde. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde; 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Rio de Janeiro. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 13 mar. 2017.
- BRITO, Ricardo; ESCOSTEGUY, Diego. **Quando começa a vida?** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250407/p_054.shtml>. Acesso em: 29 abr. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes, e, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2 ed. vol. I, Coimbra: Almedina, 1985. p.175.

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

CONSULTOR JURÍDICO. Diferentes Tipos de Aborto no Mundo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-jun-02/polemica_questao_aborto_historia_mundo> Acesso em: 30 abr 2017.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p.1051.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb.2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 mar.2018.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

DIREITOS FUNDAMENTAIS. Significados. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/direitos-fundamentais/>> Acesso em: 09 mar 2018.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgebogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Boston: Harvard University Press, 1977.

EUA, Suprema Corte dos EUA, Roe. V. Wade, 10 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez) Daniel Sarmento, **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

FERNANDES, Milton. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo, Saraiva, 1986.p.12.

FINOTTI, Nelson. Em defesa de Hans Kelsen Contra o Absoluto: A tensão entre o Estado e a Divindade. **Revista Jurídica FCV**. v. 1. n.1. p. 13-31. 2017.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GILBERT, F. Scott. **Biologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Genética, 1994.

GLIONE, Samantha. **Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana**, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso. **Interpretação do Código Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, 2006.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigosleitura_pdf&%20artigo_id=4528> Acesso em. 09 Mar. 2018.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, p.320. 1997.

KLOCK, Gabriel Klemz; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Criminalização do aborto no Brasil como violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos: possibilidades jurisprudenciais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre. 2017, n.37, p. 166-182

KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2nd ed. Durham: Duke University Press, 1997. p. 336-346.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**. Tradução Luis Diez-Picazo. Marid: Editorial Civitas. 1985.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto,1994.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, jan/jun. 2009.

MATTIA, Fábio de. **Direitos da Personalidade II**. Enciclopédia Saraiva, vol. 28, São Paulo: Saraiva, 1979, p.1150.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. FAJURI, Alejandra Zuniga. Derecho a la vida y constitucion: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”. **Revista de Estudios Constitucionales**, 2012, n.1, p. 71-104.

MIGUEL, L.F. Aborto e Democracia, **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 20, n. 3 p. 657-672.

Ministério da Saúde. **Guia de vigilância epidemiológica do óbito materno**. Brasília-DF: Autor. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. **A Técnica Jurídica na Obra de Freitas: A Criação da Dogmática Civil Brasileira**. Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano. Roma: Cedam Padova, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**, 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp.199-265.

NUNES, Maria José R. **Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres**. In: CAVALCANTE, Alciene e XAVIER, Dulce. **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p.23-40.

OKIN, S.M. Gênero, o Público e o Privado. Revista de Estudos Feministas. Tradução: Flávia Biroli. Florianópolis, v.16, n. 2, p.305-332 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200002> Acesso em: 14 Mar 2018.

OLIVEIRA, Alexandre M. A. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.1-6.

OLIVEIRA, Vinicius Mazza. **Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:<<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo6-viniciusmazza-oliveira.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) **World Abortion Policies**, 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/policy/world-abortion-policies-2013.shtml>> Acesso em. 14 Mar 2018.

PAMPLONA, Rodolfo. Tutela Jurídica do Nascituro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, v.1, n.1, p.241-259.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro:Forense, 2001, p.79.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** Direito de Família.16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.153.

PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, dez. 2013, vol. 3, n.2, jul. p. 364.

PLETI, Ricardo. **O Direito Geral da Personalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>> Acesso em. 14 mar. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p.23.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE.DOSSIÊ. **Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê.** Belo Horizonte; Rede Feminista de Saúde, 2005.

RÊGO, Antônio. **Moral e Direito: Uma visão kantiana.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17215&revista_caderno=15> Acesso em 05 Mar 2018.

ROCHA, Carmen Lucia. O direito à vida digna. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004, p.22.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. **Cienc Cult.** São Paulo, v.64, n.2, p.23-31, June 2012 Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252012000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Nov. 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.54.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.34.

SANTOS, A. dos. **O Estado Democrático de Direito,** 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143> Acesso em: 14 mar 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.458.

SARMENTO, Daniel em Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** v. 240, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil.** 4.ed.,v.1. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1962. p.263.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/personalidade>> Acesso em: 10 de Mar 2018.

SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

SINGER, Peter. **Ética Prática** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.147.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **A constituição aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.687-688.

SOARES, G. S., GALLI, B. & VIANA, A.P.A.L., **Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro**. Recife, PE: Grupo Curumim. 2011.

STF, Pleno, RMS 23.542,-RJ- Relator: Ministro Celso de Mello DJ de 12.05.2000, p.20.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.123-127

TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2007, n. 33.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Lei de introdução e parte geral**. 11 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 124.

¹TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In. Temas de direito civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAIS, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição de República**. Rio de Janeiro: Revonar, 2004, p.04.

VASCONCELOS, Gabriel de Sousa. **Singer Vs Dworkin**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21492/singer-dworkin-e-as-bases-para-uma-diferente-discussao-sobre-o-aborto>> Acesso em: 03 de mar. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 152.

WULF, D. **Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide**. The Alan Guttmacher Institute, Nova York, 1999.

ZIMMERMAN, A. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.64-66.