



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

**ROBERTA CHRISTIE PEREIRA MACIEL**

**ABORTO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FORTALEZA**

**2014**

ROBERTA CHRISTIE PEREIRA MACIEL

ABORTO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. Me. Flávio José Moreira Gonçalves

FORTALEZA

2014

ROBERTA CHRISTIE PEREIRA MACIEL

ABORTO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)  
Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC)

---

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Victor Hugo Medeiros Alencar  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Ao nosso Senhor Jesus Cristo, a quem cabe  
toda honra e glória.

Aos meus pais, Paulo e Raymunda.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Paulo Roberto da Silva e Raimunda Guimarães Pereira, por me ensinarem o valor dos estudos e do conhecimento, meu eterno agradecimento.

Às minhas irmãs, Rafaela Cláudia e Raquel Nice, pelos sorrisos e apoio fraterno.

Ao meu marido, Alécio Maciel Soares, pelo incentivo, atenção, compreensão nos momentos difíceis e por todas as vezes que se colocou a minha disposição.

À Dra. Maria Valdileny Sombra Franklin, magistrada que enobrece a justiça cearense, pelo exemplo de caráter, ética e valor ao trabalho.

Ao meu orientador, Professor Mestre Flávio José Moreira Gonçalves, pelos momentos dedicados à orientação desta pesquisa.

Ao Professor Doutor Glauco Barreira Magalhães Filho e ao Professor Mestre Victor Hugo Medeiros Alencar, que muito me honraram ao aceitarem compor a banca examinadora desta monografia.

Às amigas Jacilene Vieira, Kátia Valéria e Claudiana Mapurunga que compartilharam comigo todas as alegrias e aflições que permearam nosso curso.

## RESUMO

O aborto ainda é um tema polêmico que aguça debates apaixonados e opiniões fortes dos defensores e opositores da descriminalização da prática no Brasil. A vida sempre foi um bem valioso para o ser humano, o que se pode aferir por força de seu instinto de sobrevivência. Os avanços da tecnologia científica e a evolução da sociedade acarretaram o surgimento de leis e grandes questionamentos abordando temas polêmicos relativos à vida humana que causaram fortes implicações na área jurídica, a exemplo do aborto. Este trabalho investiga o aborto provocado no campo das ciências jurídicas, sob uma perspectiva histórica e legislativa, evidenciado por um novo ramo denominado biodireito. Salienta-se que as relações entre normas principiológicas, as quais garantem o exercício de direitos individuais, podem dar ensejo, muitas vezes, a uma série de choques, quando se confrontam entre si ou com outros valores constitucionalmente protegidos. Dessa forma, diante de uma colisão de direitos fundamentais, existe, sobretudo, a necessidade de compreender o conteúdo e os limites dos mesmos. Aqui, encontram-se princípios relevantes, bem como envoltos em sentimentos impetuosos que emanam das discussões acerca de temas polêmicos, tais como, a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o presente trabalho monográfico procura conceber um modesto apanhado acerca do aborto, tema que nunca saiu dos embates fulgurantes, sobre seus aspectos jurídicos, principiológicos, históricos e comparativos, bem como responder, ainda que de forma não absoluta, a questionamentos relativos aos desdobramentos éticos e jurídicos da matéria. Outrossim, procura-se analisar a vida como valor a ser defendido quando se mostra mais frágil, como na fase embrionária. A conclusão revela o posicionamento da autora acerca dos questionamentos levantados, notadamente no que tange à colisão entre o direito à vida do ser humano em formação e o direito à liberdade da mulher de dispor de seu corpo.

**Palavras-chave:** Aborto. Direito Fundamentais. Colisão. Biodireito.

## **ABSTRACT**

Abortion is still a controversial topic that sharpens passionate discussions and strong opinions of proponents and opponents of decriminalization of the practice in Brazil. Life has always been a valuable asset to the human being, which can be measured by virtue of their survival instinct. Advances in scientific technology and changes in society have resulted in the emergence of laws and great questions addressing controversial issues relating to human life that caused strong implications in the legal field, the example of abortion. This work investigates the induced abortion in the field of legal sciences, from a historical and legislative perspective, evidenced by a new branch called biolaw. It is noted that relations between principled standards that guarantee the exercise of individual rights, can give rise often to a series of shocks, when confronting each other or with other constitutionally protected values. This way, in front of a collision of fundamental rights, there is, above all, the need to understand the content and the limits of those. Here are the relevant principles and wrapped into ferocious feelings emanating from the discussions of issues involving the protection of life and dignity of the human person. This way, this monograph seeks to devise a modest overview about abortion, theme that never left the glittering clashes, on their legal, principled, historical and comparative aspects, well as answer, though not absolutely, the challenges related to ethical and legal ramifications of matter. Furthermore, it seeks to analyze life as a value to be defended when it is weakest, as in the embryonic stage. The conclusion reveals the positioning of the author about the questions raised, especially regarding the collision between the right to life of the human being in formation and the right to freedom of women to dispose of her body.

**Keywords:** Abortion. Fundamental Right. Collision. Biolaw.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, HISTÓRICO E LIMITAÇÕES .....</b>	<b>14</b>
1.1. Princípio Fundamental do Direito à Vida .....	15
1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	19
1.3. Colisão.....	20
<b>2. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO .....</b>	<b>26</b>
2.1. Bioética e seus princípios .....	27
2.1.1. Princípio da autonomia das pessoas .....	30
2.1.2. Princípio da beneficência.....	31
2.1.3. Princípio da Justiça e Equidade.....	31
2.1.4. Princípio da não-maleficência.....	32
2.2. Biodireito e Limites à Ciência .....	33
<b>3. ABORTO.....</b>	<b>37</b>
3.1. Breve Histórico e Legislação Comparada .....	37
3.2. Estados Unidos da América e Aborto .....	45
3.3. Conceito, Classificação e Espécies .....	46
3.4. Aborto e Código Penal Brasileiro .....	49
<b>4. ALTERNATIVAS AO ABORTO? .....</b>	<b>55</b>
4.1. Estatuto do Nascituro .....	56
4.2. Breves Implicações Éticas e Sociais do Estatuto do Nascituro .....	61
4.3. Parto Anônimo.....	64
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>
ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 478/2007.....	81
ANEXO B - SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478/2007.....	89
ANEXO C – PROJETO DE LEI Nº 3.220/2008.....	92



## INTRODUÇÃO

A vida sempre foi um bem valioso para o ser humano, o que se pode aferir por força de seu instinto de sobrevivência, além disso, no cenário de sua organização política, social e jurídica a proteção da vida e da integridade física do ser humano foi apontada como um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência.

Os avanços da tecnologia científica e a evolução da sociedade acarretaram o surgimento de grandes questionamentos e leis abordando temas polêmicos relativos à vida humana que causaram fortes implicações na área jurídica, a exemplo do aborto, da reprodução assistida, da eutanásia, da clonagem humana, do transplante de órgãos e dos organismos geneticamente modificados.

Não obstante o número acentuado de ciências que estudam a vida, ou seja, aquelas voltadas para a investigação do próprio homem nos seus distintos planos de existência, tais como, a biologia, a medicina, a filosofia, a sociologia, o direito, a ética, a bioética, a genética e a psicologia, este trabalho restringe-se ao campo das ciências jurídicas, evidenciando um novo ramo denominado de biodireito, bem como investigando individualmente o tema do aborto sob uma perspectiva principiológica, histórica e legislativa.

O direito à vida possui um vasto significado constitucional. Com efeito (BULOS, 2011, p.532), os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são direitos conectados ao direito à vida. Todavia, apesar desse direito ser de fundamental importância para a ordem jurídica e moral, a Constituição Federal reconhece e identifica normas de diferentes pesos, bem como entende que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por corrompe-los, desfigurando, também, a própria Constituição como complexo normativo unitário e harmônico (BRANCO, COELHO, MENDES, 2010, p. 295). Salienta-se que as relações entre estas normas, as quais garantem o exercício de direitos individuais, podem dar ensejo, muitas vezes, a uma série de choques, quando se confrontam entre si ou com outros valores constitucionalmente protegidos.

Diante de uma colisão de direitos fundamentais, existe, sobretudo, a necessidade de compreender o conteúdo e os limites dos mesmos. Além disso, persiste uma problemática e controvérsia, as quais envolvem boa parte da doutrina moderna ansiosa por encontrar soluções. Na prática, a procura de uma solução para a existência de colisões principiológicas, encaminha os estudiosos para operações bem mais complexas que a subsunção utilizada ante o conflito de regras. Tal fato decorre da heterogeneidade dos direitos fundamentais, pois seu conteúdo, na maioria das vezes é variável e somente pode ser observado quando se investiga o caso concreto, com os princípios relacionando-se entre si ou com outros valores da Constituição.

Assim, verifica-se considerável dificuldade nesta técnica, uma vez que, dentre os direitos fundamentais, encontram-se princípios relevantes, bem como envoltos em sentimentos impetuosos que emanam das discussões acerca de temas que envolvem a proteção da vida e a dignidade da pessoa humana. Assim, quando temos duas posições protegidas com o *status* de direitos fundamentais, o que ocorre diante da colisão de interesses prevalentes numa mesma situação?

Este impasse também é enfrentado pela bioética, na medida em que constitui uma ciência de onde se originou o biodireito e que estuda as situações derivadas das novas tecnologias que podem, portanto, suscitar indagações do ponto de vista jurídico. É importante frisar que não se estuda biodireito com a letra fria da lei, e sim com os olhos atentos no ser humano, pois investiga as peculiaridades relativas ao corpo e a dignidade humana.

Evidentemente, o tema em estudo, dentre os campos do biodireito, recebe constante influência de ideologias exacerbadas, religiosas, sociais e políticas, bem como de movimentos populares. O aborto ainda é um tema polêmico que aguça debates apaixonados e opiniões fortes dos defensores e opositores da descriminalização da prática no Brasil. A discussão sobre o aborto, no caso brasileiro, não é apenas uma controvérsia entre grupos religiosos, movimentos feministas, ou responsáveis pela formulação de políticas públicas relacionadas ao tema: ela toca em elementos muito mais sérios para a consolidação de uma democracia que garanta o acesso aos direitos mais fundamentais, como o direito de dispor sobre o próprio corpo e o direito à vida, a todos os seus cidadãos.

Observa-se em poucos temas tantas alterações no tempo e no espaço como ocorre com o aborto. Em relação ao homicídio, existe um manifesto consenso, no tempo e no espaço,

ou seja, os Estados punem. No que concerne ao aborto, sempre foi um procedimento muito ligado à conduta sexual e o conceito de moral sexual é diferente nos países.

O direito à interrupção voluntária da gravidez é criminalizado no Brasil consoante os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, os quais estão no título “Dos crimes contra a vida”, contudo, a legislação brasileira permite que o aborto seja realizado sob duas condições específicas, quais sejam, em caso de risco de morte da gestante e em caso de gravidez originada de estupro, aborto terapêutico e aborto sentimental, respectivamente. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Assim, este trabalho monográfico procura conceber um modesto apanhado acerca do aborto, tema que nunca saiu do lugar dos argumentos e discussões fulgurantes, sobre seus aspectos jurídicos, principiológicos, históricos e comparativos, bem como responder, ainda que de forma não absoluta, a questionamentos relativos aos desdobramentos éticos e jurídicos da matéria.

Outrossim, procura-se analisar a vida como valor a ser defendido quando se mostra mais frágil, como na fase embrionária. De maneira oposta, que justificativas seriam apresentadas para defender a vida em qualquer situação de desvantagem? Aqui, torna-se igualmente importante considerar outro aspecto, qual seja, a transversalidade do direito à vida e sua relevância para o sistema de direitos humanos e fundamentais, marcados por zonas de convergência inquestionáveis com outros direitos.

O estudo do tema revela sua importância na medida em que persiste o antagonismo e a feroz disputa entre os grupos denominados “pró-escolha” e “pró-vida”. Trata-se de um assunto que invade os campos da teologia, moral, filosofia, medicina, psicologia e sociologia, bem como permanece alerta na sociedade brasileira e de outros países. É forçoso reconhecer a necessidade de aprofundamento da matéria, essencialmente, diante do atual delineamento de alteração e criação de legislações relativas ao aborto, tais como, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, o qual visa à modificação de dispositivos do Código Penal, o Estatuto do Nascituro e até mesmo a Lei que visa instituir o parto anônimo. Com efeito, mesmo atentando para o fato de que o Direito não consegue acompanhar os avanços científicos, o legislador deve assumir uma postura ativa frente às modificações e avanços

biotecnológicos, buscando enfrentar as demandas da sociedade de forma ágil, a fim de evitar problemas futuros.

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar o conflito entre os direitos fundamentais da vida, da dignidade da pessoa humana e de disposição do próprio corpo diante da temática do aborto. Especificamente, procura elaborar um breve levantamento histórico e comparativo da legislação e outros aspectos do aborto considerando os ramos da bioética e do biodireito, bem como analisar de forma sólida, mas não exaustiva, as minúcias da legislação vindoura pertinente ao assunto. Além disso, tem o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento das discussões relativas ao tema, visando a busca pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais, segundo as premissas do Estado Democrático de Direito.

Quanto aos aspectos metodológicos, a investigação das hipóteses ocorreu através de pesquisas bibliográfica e documental, com a análise de livros, artigos e exposições em mídia digital sobre o tema em pauta, bem como do Projeto de Lei nº 478 de 2007 (Estatuto do Nascituro) e Projeto de Lei nº 3.220/2008. No que concerne à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, uma vez que tem por finalidade aumentar o conhecimento sobre o objeto. Em relação à abordagem, é qualitativa, pois há uma maior preocupação com o aprofundamento e abrangência da compreensão das ações e relações humanas, não se ocupando de critérios de representatividade numérica. Segundo os objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, conquanto descreve, registra, analisa e define o objeto, adotando a forma bibliográfica, com a intervenção da pesquisadora, mediante seu posicionamento com relação às divergências principiológicas e doutrinárias.

À vista disso, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro tem o título *Princípios Fundamentais: Conceito, Histórico e Limitações*, o qual apresenta uma análise geral dos direitos fundamentais relativos ao tema do trabalho, explorando a colisão entre os mesmos. Vale ressaltar que a colisão, ou seja, quando um direito fundamental choca-se com outro em uma mesma situação, é uma forma de limitação ao exercício dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo, cujo título é *Algumas Palavras Sobre Ética, Bioética e Biodireito* enfatiza um conteúdo basilar para esta pesquisa, mediante a necessidade de prévio conhecimento dos princípios e alguns limites impostos ao ser humano, pois, este, na ânsia de obter as respostas que procura, não admite restrições, razão pela qual não se pode viver sem regras. O Biodireito impõe os limites necessários às atitudes do homem, em prol dos interesses

do próprio homem enquanto ser individual e social. Trata-se de ramo do direito que se dedica à teoria, à legislação e à jurisprudência concernentes às normas reguladoras da conduta humana diante dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina, bem como seus conflitos éticos.

O terceiro capítulo, intitulado *Aborto* apresenta um apanhado conceitual, histórico e comparativo acerca do aborto. Procura realizar uma análise de aspectos desta prática em face de culturas que merecem destaque, conferindo ênfase a casos célebres no Brasil, Estados Unidos e Europa.

No quarto capítulo, denominado *Alternativas ao Aborto?*, procede-se à análise da legislação atinente à normatização do aborto, bem como do mandamento futuro acerca da proteção do nascituro.

Observa-se, por fim, que a todo instante deve-se buscar a preservação da vida. O direito à vida digna é inerente à condição de ser humano, de forma que não cabe ao Direito concedê-lo a um ou a outro, mas reconhecê-lo e protegê-lo.

## 1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, HISTÓRICO E LIMITAÇÕES

Os direitos fundamentais, sob uma perspectiva clássica, são instrumentos de proteção do indivíduo diante da atuação do Estado. Existem diversos direitos fundamentais em espécie positivados na Constituição Federal, todavia, não se limitam ao rol do artigo 5º, nem mesmo à própria Carta Constitucional brasileira.

Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2012, p. 248, grifo do autor) apontam que a Constituição Federal foi a primeira a incorporar as expressões *Direitos e Garantias Fundamentais* no sentido de englobar diversas espécies de direitos, tais como, os chamados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Adota, assim, o direito constitucional brasileiro, a ideia de formalizar os direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais categorias, como espécies, seguindo a tendência dominante no direito comparado, mais especificamente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949.

Vários termos são utilizados, não obstante à terminologia adotada pela doutrina constitucional, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos humanos fundamentais”, dentre outros, os quais indicam categorias menos abrangentes que a complexa esfera dos direitos fundamentais.

Para Canotilho (2003, p. 393), é importante delinear a distinção entre as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, pois são, eventualmente, utilizadas como sinónimas. Elencando sua origem e significado, direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos assumindo um contorno jusnaturalista-universalista, enquanto que direitos fundamentais são o direito do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e, por outro lado, limitados no espaço e no tempo. Os direitos do homem advém da própria natureza humana, de onde se extrai o seu caráter inviolável e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes de uma determinada ordem jurídica concreta.

Válido relatar aqui, segundo Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2012, p. 251), que a expressão “direitos humanos” ou “direitos humanos fundamentais” está compreendida como os direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com anseio de validade universal.

Prosseguindo com a lição dos mestres, assim como partindo da importância em tratar dos direitos fundamentais numa perspectiva histórica, observa-se que sua origem desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja base finca-se no respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais do homem (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 251). Particularmente, no campo da confirmação nas Constituições escritas, os direitos fundamentais são o resultado peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, dotados de forte viés individualista e criados como direitos do indivíduo frente ao Estado, ou ainda, como direitos de defesa. Todavia, realizando breve análise da evolução do pensamento humano, temos que a origem desses direitos deram-se muito antes, bem como que os direitos fundamentais positivados nas Constituições contemporâneas são produtos de diversas transformações ocorridas no decorrer da História. Nesse contexto, Pérez Luño exprime que:

A positivação dos direitos fundamentais é o produto da dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana. (LUÑO apud MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 252).

Ressalte-se que a história dos direitos fundamentais, em outras palavras, é a história da limitação do poder, principalmente se levada em consideração a conexão dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do Estado Constitucional. Os mencionados direitos demarcam uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São designados por parte da doutrina de direitos de resistência, por isso, demonstram um lado negativo, no sentido de uma abstenção por parte do poder público. Aqui, é necessário mencionar que apresenta grande importância o direito à vida.

### **1.1. Princípio Fundamental do Direito à Vida**

Tendo em vista a grandeza e o destaque da palavra vida, primeiramente, é salutar a recordação do que se expõe na Bíblia (BÍBLIA DE ESTUDO DE GENEBRA, 2009, p. 10), a qual relata, utilizando linguagem figurativa, a formação do homem através do pó da terra e

o sopro em suas narinas, tornando-o um ser vivente. Mais adiante, há uma exortação ao valor da vida humana: “Não matarás”.

No que concerne ao léxico da língua portuguesa, a vida possui diversas conceituações (FERREIRA, p. 674), dentre as que são de importância para este estudo têm-se:

[...] 2. Estado ou condição dos organismos que se mantém nessa atividade desde o nascimento até a morte; existência. 4. A vida humana. 5. O espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte; existência. [...] 7. Um dado período de vida. [...] 14. O que é essencial para que algo subsista; base, fundamento. [...]

Conforme ensina Jonas (2004, p. 11):

Independentemente da história de sua origem, e por conseguinte independentemente também das descobertas sobre seu desenvolvimento, a simultânea multiplicidade da vida, sobretudo da vida animal, se nos apresenta como uma sequência crescente de degraus, do mais ‘primitivo’ ao mais ‘evoluído’, em cuja escala vão se manifestando a complicação da forma e a diferenciação da função, a apuração dos sentidos e a intensificação dos instintos, o controle dos membros e a capacidade de atuação, a reflexão da consciência e a busca da verdade. Aristóteles percebeu esta hierarquia a partir da vida orgânica por ele encontrada, sem que para isso tivesse necessidade da ideia da evolução; seu livro *De anima* é o primeiro tratado de biologia filosófica.

A história da proteção do direito à vida confunde-se com a própria evolução dos direitos fundamentais. Utilizando-se uma observação restrita, poder-se-ia dizer que estes últimos derivam da constitucionalização. Todavia, diante de uma análise histórica da evolução do pensamento humano, deduz-se que a origem de tais direitos encontram-se muito antes, bem como que sua positivação atual nas constituições resulta das diversas transformações ocorridas no decorrer da História.

No que concerne ao direito à vida, Sarlet (2012, p. 349) afirma que muitos apoiaram a ideia de que a noção de um direito à vida foi, e ainda é, agregada à noção de um direito natural, ou seja, um direito inato e inalienável do ser humano. Contudo, continua o professor, na perspectiva do direito positivo, o reconhecimento de um direito à vida como sendo um direito humano e fundamental, não se mistura com a noção de necessidades ou de instintos, tais como, o de defesa e de sobrevivência. Estes recebem proteção jurídica, mas não justificam uma concepção de direitos naturais.

Visitando outras concepções, encontram-se fundamentos para a defesa do direito fundamental à vida no direito natural. Segundo Freitas (2008, p. 19), não é um direito derivado da lei, mas se refere à própria natureza humana, possuindo uma natureza pré-jurídica, que não preexiste apenas ao ordenamento jurídico e ao Estado, mas vincula os mesmos ao seu respeito



e proteção. Dessa forma, entende-se através da análise do regime do direito à vida sua natureza de direito natural, não se visualizando sua fonte no Estado ou na sociedade, derivando da própria natureza do ser humano. O direito à vida é anterior a qualquer forma de Estado ou de contrato social, restando a estes apenas seu reconhecimento e obrigatoriedade de fornecer a máxima proteção possível, uma vez que o direito à vida emerge das qualidades próprias do própria pessoa humana.

Qualquer providência que se refira ao direito a vida deve sempre possuir como linha mestra a proteção e promoção deste valor supremo, ou seja, a realização dos valores humanísticos superiores, implícitos à ordem constitucional e que se encontram sintetizados na dignidade da pessoa humana.

Continuando sob uma perspectiva histórica, segundo Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2012, p. 350), a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, foi o primeiro documento a consagrar um direito à vida, num sentido considerado próximo da moderna noção de direitos humanos e fundamentais. Após, em 1787, a Constituição Federal Norte-Americana não elencava um rol de direitos e garantias, e, apenas depois da aprovação da quinta emenda, em 1791, o direito à vida assumiu categoria de direito fundamental.

Ainda nos primórdios do constitucionalismo moderno, as constituições da Revolução Francesa, bem como a Carta Constitucional de 1814 não apontavam explicitamente um direito à vida. Assim, durante muito tempo este não foi reconhecido no ordenamento constitucional positivo da maioria dos Estados. Esse quadro apenas se modificou com a guinada provocada pela II Grande Guerra Mundial, a qual influenciou o conteúdo e o papel das constituições. Além disso, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, e os posteriores pactos internacionais protetores dos direitos humanos, dos quais merece distinção o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, produziram grande influência às Cartas Magnas promulgadas na segunda metade do século XX. Aqui, vale destacar a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, a qual proibiu a pena de morte em qualquer modalidade, reconhecendo o direito à vida como direito fundamental.

Diversos outros documentos internacionais positivaram um direito específico à vida, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, a qual assegura a proteção da vida pela lei, em geral, desde a concepção. O Pacto de São José da Costa Rica endossa que nos países onde a pena de morte não foi abolida, esta apenas pode ser aplicada

aos crimes mais graves mediante sentença penal condenatória e nos termos da lei. O instrumento também proíbe a reinserção da pena capital nos países onde foi abolida.

Inevitável, neste momento, não adentrar no contexto da evolução constitucional brasileira, para se verificar que nas Constituições de 1824 e 1891 não existia previsão de um direito à vida, mas somente de proteção à uma segurança individual. Posteriormente, na Constituição de 1934, foi abolida a pena de morte, salvo em caso de guerra com país estrangeiro, não obstante, o direito à vida não tenha encontrado refúgio de forma expressa. Em 1937, o direito à vida não foi assegurado pela Constituição, ao contrário, ampliou-se os casos de aplicação. O direito à vida apenas foi agasalhado na Constituição de 1946, mantido na Carta de 1967 e reproduzido na alteração promovida pela EC 1/1969.

No que pertine a Constituição Federal de 1988, o direito à vida foi formalmente contemplado, conforme o artigo 5º, *caput*, que o eleva à condição de direito inviolável. A proteção da vida também atingiu a pena de morte, a qual foi vetada, com exceção de guerra declarada, de acordo com o art. 5º, XLVII, *a*.

Consoante já exposto no trabalho, o direito à vida foi considerado um dos direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos e declarações internacionais, e, segundo alguns estudiosos, surge como o mais importante deles, por ser pressuposto indispensável para aquisição e o exercício de todos os demais direitos. A sua tardia inserção no corpo da Carta Constitucional não diminui seu valor, uma vez que independe de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, mas aí não se exaure, derivando de sua regulamentação como direito fundamental o dever de proteção e de respeito, para o Estado e demais seres humanos.

Assim, a Carta brasileira explicita a existência do direito à vida, todavia, uma questão importante se estabelece, qual seja, a abrangência deste direito à vida. Trata-se de direito hierarquicamente superior aos outros direitos fundamentais?

Segundo BULOS (2011, p. 532), o direito à vida é o mais importante de todos os direitos e sem ele, os outros direitos não se realizam, devendo ser reconhecido tanto na expectativa de vida exterior (vida intrauterina), como na sua consumação efetiva (vida extrauterina). Entende que o Estado tem a obrigação de assegurar o direito à vida sob dois aspectos: direito de nascer e subsistir ou sobreviver. Ilustrando sua perspectiva, lembra que o Estatuto da Criança e do Adolescente deu ênfase ao direito à saúde e ao apoio alimentar à gestante (artigo 7º e 8º).

Parte dos estudiosos entende que o ordenamento constitucional confere maior ênfase e proteção ao direito à vida na medida em que a vida se prolonga, provando sua viabilidade fática. Tal necessidade de evolução biológica do nascituro é evidenciada, por exemplo, pelo fato de o crime de aborto receber menor reprimenda que o de homicídio. Esta concepção representou um forte argumento a favor da clonagem terapêutica no julgamento da ADIN n° 3510, o qual foi no sentido de conferir constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, afirmando o STF que neste caso não existe violação do direito à vida<sup>1</sup>.

Assim, de acordo com essa compreensão, o direito à vida não é um direito absoluto, porquanto a própria lei admite exceções à sua tutela. Demais disso, o ordenamento jurídico estabelece distinção entre a vida humana dependente e independente, ao sancionar com maior rigor o homicídio em relação ao aborto.

## **1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Outro princípio de grande relevância é o da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito no inciso três do primeiro artigo de nossa Constituição, sendo um princípio fundamental.

Cumprir destacar alguns breves aspectos históricos acerca da dignidade da pessoa humana. Desta forma, Sarlet (2009, p. 31) oferece a ideia de que atribuir valor intrínseco à pessoa humana remonta ao pensamento clássico e ao ideário cristão. Em relação a este último, mostra-se temerário atribuir somente à religião cristã a elaboração de uma concepção da dignidade da pessoa humana, todavia, temos tanto no Antigo Testamento como no Novo Testamento referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus,

---

<sup>1</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.510, Distrito Federal, 29.05.1998, relator ministro Ayres Britto, DJe n° 96, publicação 28.05.10. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI N° 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS.

premissa de onde o cristianismo extraiu que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Convém apontar que conceituar de forma clara a ideia de dignidade humana mostra-se extremamente dificultosa, assim como definir seu âmbito de proteção. Isto ocorre em razão da circunstância de que se cuida de um conceito cujos contornos são vagos e imprecisos, bem como pela sua natureza polissêmica.

Continua o renomado professor tecendo considerações acerca da dignidade humana, afirmando que uma das maiores dificuldades reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa não se trata apenas de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, diferentemente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, tais como, integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc., mas, sim, de uma qualidade reconhecida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que indica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

Outrossim, a dignidade é algo real e não sentimos dificuldade de identificá-la nas situações em que a mesma é agredida, ainda que não se possa elaborar uma lista exaustiva de violações da dignidade. Ademais, parece ser mais fácil identificar o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. Denota-se que ao longo do tempo a doutrina e a jurisprudência procuraram construir uma noção jurídica de dignidade, porém, trata-se, igualmente, de definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Portanto, a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de forma fixista, pois uma definição dessa natureza não coaduna com o pluralismo a diversidade de valores manifestados nas sociedades democráticas contemporâneas, concluiu, então que se trata de um conceito em permanente construção e desenvolvimento.

### **1.3. Colisão**

É comum encontrar situações nas quais haja uma disputa entre direitos fundamentais; na busca pela solução de tal conflito, indaga-se qual seria a solução mais plausível, se um direito se sobreporia ao outro, se poderia realizar uma ponderação desses

direitos, ou, ainda, se persistiria o conflito, pela impossibilidade de restrições aos direitos fundamentais.

Existe colisão quando há uma disputa entre a aplicação de direitos fundamentais por diferentes titulares, podendo ocorrer entre direitos de um indivíduo e bens jurídicos de titularidade coletiva, ou ainda, direitos pertencentes a dois indivíduos.

Importante observar que diante da esfera dos direitos fundamentais, são mais frequentes normas que configurem princípios. Ainda segundo, Branco, Coelho e Mendes (2010, p. 351) *Apud* Canotilho:

Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.

Continuando os autores, diante de uma situação concreta, a colisão entre princípios deve buscar a solução através da conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, descartando a exclusão de um dos princípios do ordenamento jurídico por ser contrário ao outro. Pesam-se os interesses em conflito, a fim de estabelecer o princípio a prevalecer naquelas condições específicas utilizando critérios de justiça prática.

Ainda relatam que, não obstante a Constituição Federal reconheça a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por corrompe-los completamente, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Os autores entendem que somente em casos excepcionalíssimos seria possível uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais.

Na esfera do direito comparado, para falar do direito alemão, afirma-se que, naquele país, o postulado da dignidade humana integra os princípios fundamentais da ordem constitucional, os quais balizam todas as outras disposições constitucionais. Igualmente tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

A professora Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 168), investiga a ideia do jusnaturalismo axiológico, ou seja, que nem todos os direitos fundamentais possuem igual

nível hierárquico. Trata-se de teoria severamente questionada, apesar disso, não podem ser ignoradas algumas importantes concepções, sobretudo, aquelas que visam contribuir para o pleno e efetivo reconhecimento, promoção e defesa dos direitos fundamentais.

O estudo dos Direitos Fundamentais consiste em tema inacabado e inacabável em virtude da grande aproximação entre Direito e sociedade. Ao passo em que a sociedade permanece em constante movimento e transformação, os direitos de seus integrantes devem acompanhar as mudanças sob o risco de se tornarem apenas palavras impressas esvaziadas de real significação.

Ademais, a dimensão axiológica dos direitos fundamentais admite o método da ponderação de bens, o qual possui muitas críticas, pois relata-se que não é um método racional por sujeitar-se ao arbítrio de quem o realiza provocando o surgimento de um subjetivismo e decisionismo jurisprudencial.

Para Robert Alexy (2008, p. 93), quando ocorre colisão entre princípios, ou seja, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e permitido, conforme outro, um dos princípios terá que ceder. Não quer dizer que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que seja introduzido nele uma cláusula de exceção como acontece com o conflito de regras. O que de fato ocorre é que um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. As colisões entre princípios dão-se para além da dimensão da validade, ou seja, ocorrem no aspecto do peso.

O autor relata um caso sobre a admissibilidade de realização de uma audiência sem a presença do acusado em face deste correr o risco de um derrame cerebral ou um infarto. Tem-se aqui uma tensão entre a aplicabilidade do direito penal em face do direito à vida do réu. A colisão criada não pode ser decidida com base numa precedência absoluta de um desses deveres. Assim, a colisão deve ser administrada através de um sopesamento entre os interesses conflitantes, a fim de definir qual deles tem maior peso no caso concreto. Observa-se que a situação decisiva corresponde à colisão entre os princípios, bem como os deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Sabendo-se que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, percebe-se que a solução para a colisão baseia-se na formação de um relacionamento de precedência condicionada entre os princípios, fundados nas circunstâncias do caso concreto.

Continua o filósofo do direito, afirmando que o conceito de relação de precedência condicionada é de importância elementar para a compreensão das colisões entre princípios e,

com isso, para a teoria dos princípios. Dessa forma, assevera que não tem valor a precedência incondicionada. A questão decisiva é saber qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder sob determinadas condições.

É importante frisar que o autor defende uma teoria de princípios fundamentada na “lei de colisão”, a qual reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

Igualmente relevante a informação de que para Alexy a diferença entre normas e princípios não é meramente gradual, mas também qualitativa, adquirindo inspiração na distinção proposta na obra de Dworkin.

No que diz respeito às concepções do filósofo norte-americano, tem-se que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, ou seja, a dimensão de peso ou importância. Assim, enquanto o conflito de regras é resolvido através da utilização de critérios clássicos como a hierarquia ou a especialidade, declarando-se a invalidade de uma delas, o conflito de princípios é solucionado sem que um deles seja retirado do ordenamento jurídico, devendo ser observada a importância ou força relativa de cada um deles, no caso concreto.

Por conseguinte, Dworkin conclui que a prevalência de um princípio em um caso concreto, depende das condições que estarão presentes e que do fato dele não ser aplicado não poderá seguir uma conclusão imediata de que ele deve ser retirado do ordenamento jurídico. A grande crítica de Alexy é que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre as duas espécies normativas: a concepção de princípios como mandamentos de otimização.

Alexy acredita que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação.

Além disso convém destacar que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, que, em última análise, pode ser vista como a finalidade da ponderação.

Por outro lado, a elaboração de uma hierarquia condicionada também é sustentada por Alexy, na medida em que, embora seja impossível a criação de uma ordem hierárquica de valores e princípios que determine uma decisão obrigatória para todos os casos, nada impede que haja uma “ordem branda” de valores, que pode ser determinada através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e através de uma rede de decisões concretas de preferências.

Avançando na investigação, depara-se com o fato de que entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana ocorre o relacionamento mais forte em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 353), além disso considera-se a vida o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas também com a ideia inicial de que toda a vida humana é digna de ser vivida. Contudo, não se pode olvidar que, por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem. Tratam-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, justamente como no caso de em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez.

De acordo com esse doutrinador, é extremamente necessário diferenciar o direito à vida da dignidade da pessoa humana a fim de evitar riscos de uma “biologização” da dignidade humana, pois, esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, geneticamente pré-programada, tal como, por exemplo, a cor dos olhos ou dos cabelos. Todavia, continua o professor, importa destacar que não se possa concordar com uma noção exclusivamente biológica da dignidade, não sendo poucas as críticas que têm sido assacadas no âmbito da produção doutrinária, ao tematizar a assim designada “biologização” da dignidade, também é certo que a desvinculação total entre vida e dignidade igualmente se revela incompatível com uma concepção suficientemente produtiva da dignidade e capaz de abarcar os inúmeros e diversificados desafios que lhe são direcionados.

Vale enaltecer que a vida e a dignidade são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados abstratamente, respeitando-se, ademais, a sua autonomia parcial relativamente aos seus âmbitos de proteção. O autor afirma, à título de ilustração, que se recorde que a dignidade da pessoa humana não exige necessariamente uma proteção absoluta do direito à vida.

Assim, a despeito de ter sido consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, ocasião em que foi assegurada sua inviolabilidade de forma solene, não se poderá reconhecer que o direito à vida é absoluto, no sentido de completamente imune a intervenções legítimas sob o ponto de vista jurídico-constitucional. Diferente do que ocorreu na Alemanha, onde a Lei Fundamental estabeleceu uma expressa reserva legal, a nossa Carta Constitucional, como já frisado, assegurou uma proteção aparentemente mais forte ao direito à vida, o que, na realidade, não procede, visto que bastaria apontar para uma exceção, prevista na própria ordem constitucional, de que em casos de guerra declarada, nos casos regulamentados pela legislação infraconstitucional, é cabível a aplicação da pena de morte. Da mesma forma, a mera previsão,



ainda que de maneira limitada, de hipóteses legais admitindo a interrupção da gravidez, igualmente demonstra que a ordem jurídica reconhece situações nas quais a supressão da vida de um ser humano é, pelo menos, tolerada, no sentido de não implicar sanção, o mesmo ocorrendo nos casos de legítima defesa e exercício regular de um direito onde a ilicitude do ato de matar é afastada.

Não obstante o acima afirmado, verifica-se substancial consenso no sentido de que, embora não se trate de um direito absoluto propriamente dito, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais rigorosos e sujeitos a controle.

No caso do estudo em discussão, Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2012, p. 366) entende ser difícil sustentar, no caso brasileiro, a existência de um direito fundamental ao aborto, o que, por sua vez, não significa que a prática do aborto deva ser sancionada na esfera criminal. Até para quem entende que existe um direito ao aborto, é preciso considerar que no plano da colisão da liberdade individual da mulher com outros direitos e /ou bens jurídicos-constitucionais, notadamente a vida do nascituro, tal direito não se revela absoluto. De qualquer forma, a potencial descriminalização da interrupção voluntária da gravidez deverá ter sintonia com os critérios de proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive, no que diz respeito a uma proibição de proteção insuficiente da vida humana, ainda mais quando a capacidade de autoproteção é inexistente, de modo que a supressão da proteção pela via do direito penal deve ser compensada de algum modo (com alguma eficácia) por outro tipo de medida de proteção, que tenham por escopo a redução tanto dos casos de interrupção de gravidez quanto de seus riscos colaterais.

## 2. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO

Costumeiramente, os avanços da ciência navegam à frente do Direito, o qual posterga a sua adaptação às consequências advindas daqueles (SANTOS, 1998, p. 23). Um vácuo jurídico é provocado por esta falta de sincronia que oportuniza ao filósofo, ao médico, ao jurista e outros especialistas a proporem ajustes ao sistema. Essa característica transdisciplinar permite não só racionalizar o presente, mas dedica-se a programar o futuro, na melhor medida, com responsabilidade. Assim, a transdisciplinaridade constitui uma marca dos tempos atuais e é fruto dos avanços biotecnológicos.

Maria Celeste Cordeiro dos Santos vai buscar em Mantovani uma análise acerca das preocupações concernentes à escalada científica, qual seja, o temor de que as tecnologias sejam utilizadas *contra* o homem e não *com* e *para* o homem, bem como a necessidade de surgimento de regulamentação jurídica que fixe os limites de sua licitude e controles (MANTOVANI, 1994, p. 94-119 *apud* SANTOS, 1998, p. 23).

Desde o século passado, o Direito tem se deparado com novas situações sociais decorrentes de relações econômicas diferenciadas e mudanças nos sistemas de controle e produção de bens e serviços. As ciências biomédicas representam um dos temas mais evidentes que sofreram essas modificações das relações individuais. Contudo, o Direito nem sempre está em condições de oferecer respostas adequadas e eficientes para os novos fenômenos. Diante dessa realidade, faz-se necessário a presença da relação entre Ética, Direito e Medicina.

Acrescendo à pesquisa uma brevíssima discussão acerca da ética, observa-se Hans Jonas (1994, p. 27) concluindo que a mudança de natureza da ação humana exige uma igual mudança na ética. A nova natureza de certas ações abriu uma dimensão nova de significado ético. O autor faz menção a novos poderes advindos da técnica moderna e que os mesmos afetam o agir humano, pois estar sob domínio dessa técnica faz com que o homem tenha atitudes diferentes do que sempre teve. O filósofo observa relativamente ao ser humano: “Sagaz e sem medos, enfrenta o futuro”.

Por outro lado, Michael Sandel (2013, p.19) alerta que as descobertas da genética mostram ao mesmo tempo uma “promessa” e um “dilema”. A primeira diz respeito à realidade próxima do tratamento e prevenção de várias doenças debilitantes. Quanto ao dilema, reside no fato do recém-descoberto conhecimento genético permitir a manipulação da natureza

humana, a fim de melhorar os músculos, a memória, o humor, bem como escolher o sexo, a altura e outras características genéticas dos filhos, melhorando as capacidades física e cognitiva.

O autor afirma que algumas formas de manipulação genética causam inquietação à maioria das pessoas, não sendo fácil articular este mal-estar moderno.

Quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, como é o caso de hoje, homens e mulheres lutam para articular seu mal-estar. Nas sociedades liberais, buscam primeiro a linguagem baseada nos conceitos de autonomia, justiça e direitos humanos. Essa parte de nosso vocabulário moral, no entanto, não nos equipou para abordar temas mais difíceis colocados pelas práticas de clonagem, crianças projetadas e engenharia genética. É por isso que a revolução genômica induziu a uma espécie de vertigem moral. (SANDEL, 2013, p.22)

O filósofo da Universidade de Havard provoca uma reflexão no que pertine a liberdade e o florescimento humanos frente aos avassaladores avanços científicos. Observa que os problemas não estão apenas nos meios, mas também nos fins almejados. Ademais, a ameaça à dignidade humana é uma realidade provocada pelo melhoramento genético, clonagem e a engenharia genética. O grande desafio é distinguir como essas práticas reduzem a humanidade (2013, p.35).

## **2.1. Bioética e seus princípios**

No que concerne ao fenômeno bioético, sob o olhar da ética, a qual passou a atentar para os progressos das ciências da vida, aquele é recente no tempo. A origem da bioética revela um forte sentimento de defesa do ser humano, focando em sua singularidade, individualidade e universalidade de sua humanidade. Tal posicionamento ocorreu concomitante à afirmação do respeito à condição humana e do valor incondicional do próprio homem.

Outrossim, verificou-se que o poder do homem sobre a vida, representado, aqui, pelo progresso técnico, em geral, das ciências médico-biológicas, é uma realidade esperançosa, mas também, perigosa. É necessário que o uso deste poder seja evitado de decisões éticas a fim de possibilitar um futuro responsável e plenamente humano.

Constata-se, então, que nasceu um novo campo da filosofia moral, tonando-se a bioética, provavelmente, o setor mais dinâmico do renascimento da ética e um dos campos mais sugestivos da reflexão filosófica.

O termo bioética (*bios*: vida e *éthos*: comportamento, ética, conduta) foi utilizado pela primeira vez em 1970 e 1971, por um oncologista americano chamado Van Ressenlaer Potter, em suas obras *The Science of Survival* e *Bioethics: a bridge to the future*, respectivamente<sup>2</sup>. A partir de então, a expressão propagou-se adquirindo relevo mundial, eis que a mensagem ganhou a simpatia da população de uma forma geral (SCHAEFER, 2008, p. 35). O oncologista enxergava a bioética como o conhecimento do equilíbrio entre a tecnociência biomédica e a preservação do homem, ou seja, o estudo do respeito à pessoa humana sob uma perspectiva ecológica.

Ainda nesta seara, Maria Celeste Cordeiro dos Santos (1998, p. 38 *apud* REICH, 1978, v.4), citando a *Encyclopedia of Bioethics*, demonstra que a bioética é definida como: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”.

Hodiernamente, a bioética compreende o campo de relação da ética com as ciências biológicas, bem como tornou-se uma área do conhecimento interdisciplinar com diversas faces. Além disso, o conceito vem sendo aperfeiçoado por meio das reflexões ético-filosóficas.

Conforme a pesquisa realizada por SCHAEFER (2008, p. 35):

A Bioética não é apenas uma nova versão da ética médica tradicional, pois não trata apenas de problemas deontológicos decorrentes das relações entre médicos e pacientes, mas de situações persistentes (racismo, aborto, eutanásia, distanásia...) e de situações emergentes (terapia gênica, clonagem, Medicina à distância, direitos humanos e da cidadania, direitos fundamentais...) decorrentes do progresso biotecnológico. Assim, a bioética deve ser compreendida como ética que diz respeito às intervenções sobre a vida, sobre a saúde humana e sobre a integridade física e psíquica de indivíduos ou coletividades de gerações presentes e futuras.

Ademais, segundo Diniz (2009, p. 11), a bioética constituiria uma sólida resposta aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica, bem como os riscos

---

<sup>2</sup> Segundo nos ensina Schaefer, citando o próprio criador da expressão, o termo foi definido: “a ciência da sobrevivência e do melhoramento da vida, a ética do ambiente e da responsabilidade pelo futuro da humanidade.” Continuando, a autora esclarece que o médico escolheu o termo “bio” significando o conhecimento biológico e “ética” os conhecimentos sobre os valores humanos.

biológicos, agregados à biologia molecular; à engenharia e manipulação genética, inclusive, dos organismos geneticamente modificados, os quais podem ter sido responsáveis pelo aparecimento de novas doenças virais.

Assim, deve-se evitar entender a bioética apenas como uma moral do bem e do mal, ou ainda, um conhecimento acadêmico dedicado a uma realidade concreta, ao revés, é imperioso considerá-la como uma ação multi e interdisciplinar. Em outras palavras, não se trata apenas de um lugar para discussões comuns sobre a matéria, um método de resolução de problemas e tomada de decisão, ou finalmente, um meio de regulação social. Deve-se compreender a bioética como um tendão da ética aplicada que incentiva a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos, os quais são consequência do progresso biotecnológico, propondo-se a sistematização do tratamento dessas questões em princípios comuns e universais, destinando a informação e a compreensão da ciência de forma acessível a todos e orientando a instrumentalização jurídica de seus princípios mais básicos.

Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 5), a bioética é novo semblante da ética médico-científica e desenvolveu-se a partir dos ferozes avanços da biotecnologia aplicada à medicina ocorridos nos últimos trinta anos; diante dos abusos cometidos pelas experimentações biomédicas com seres humanos; do potencial risco de aplicações incorretas da biomedicina e engenharia genética; da inabilidade dos códigos éticos e deontológicos para orientar a boa prática médica; da multiplicidade moral reinante na hodierna sociedade; a disposição e declarações de órgãos internacionais e instituições não governamentais sobre temas direcionados à nova ética médica e das intervenções do Judiciário, Legislativo e Executivo acerca de questões envolvendo os direitos fundamentais do homem relacionados à sua vida, saúde, reprodução e morte.

Nesta etapa, é de salutar importância abordar, mesmo que em poucas linhas, os princípios atinentes à bioética para alcançar uma melhor compreensão de sua influência na formação do Biodireito, bem como na proteção dos direitos superiores.

O respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a responsabilidade e o respeito à autodeterminação da pessoa constituem segundo Schaefer (2008, p. 38), os princípios fundamentais elementares da bioética e sobre estes fundamentam-se todos os demais princípios atinentes à intervenção do homem sobre a vida humana presente e futura.

Dando continuidade, a pesquisadora constatou que os princípios norteadores da bioética, espécies de mandados de otimização na prática da ciência e da medicina, foram concebidos por uma comissão americana designada só para este fim. Os trabalhos da comissão, iniciados em 1974, findaram com o informe Belmont em 1979, onde definiu-se de maneira ampla três princípios bioéticos.

Um dos encargos da comissão era identificar os princípios éticos básicos que estão envolvidos nas pesquisas biomédicas e comportamentais com seres humanos e desenvolver diretrizes que devem ser atendidas para que haja garantias que a pesquisa deve ser feita de acordo com esses princípios. (*The Belmont Report*, disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>> tradução nossa<sup>3</sup>)

### **2.1.1. Princípio da autonomia das pessoas**

A liberdade é velha conhecida da ética e foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada em 2005. O princípio da autonomia traduz o reconhecimento da liberdade de agir de cada indivíduo conforme suas próprias razões, ou seja, autodeterminação. Vale ressaltar que devem ser respeitados os limites legais e que não se prejudiquem terceiros ou direitos humanos fundamentais.

Segundo a professora Maria Celeste Cordeiro dos Santos (1998, p. 43), esse princípio indica que o médico respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, seus valores morais e crenças. Trata-se de princípio intersubjetivo que prega o respeito à intimidade e a vida do paciente.

Ainda em companhia da autora, alguns fundamentos filosóficos desse princípio podem ser avistados na obra de Kant (SANTOS, 1998, p. 44 *apud* KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. P. 41): “Age de maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”. As declarações do renomado filósofo inspiraram a máxima: “Não faças aos outros aquilo que não queres que te façam”.

---

<sup>3</sup> One of the charges to the Commission was to identify the basic ethical principles that should underlie the conduct of biomedical and behavioral research involving human subjects and to develop guidelines which should be followed to assure that such research is conducted in accordance with those principles.

### 2.1.2. Princípio da beneficência

Consoante examinado pela professora Maria Celeste Cordeiro dos Santos (1998, p.42), a beneficência integra o critério mais antigo da ética médica e teria germinado com o juramento de Hipócrates: “[...] Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. [...]”

Esse princípio revela uma atitude positiva de acompanhar o paciente, ou mesmo o pesquisado, inserindo o dever de evitar ou retirar danos em potencial e de proporcionar benefícios, todavia, utilizando-se de ponderação diante dos riscos da ação ou omissão médica ou científica, ou seja, maximizar os benefícios e minimizar os danos. Delimita padrões de conduta médica, na medida em que coloca a necessidade de fazer o bem e que este não se torne apenas uma quimera. Importante relatar que também se baseia na relação de confiança do paciente para com o médico, o qual deve observar o sigilo profissional.

### 2.1.3. Princípio da Justiça e Equidade

A justiça sempre foi alvo do ser humano, trata-se de valor fundamental na sociedade. Governa o mundo à sombra de diversas nomenclaturas, controlando a natureza, a humanidade, a ciência e consciência lógica e moral, política, história e arte. A concepção de justiça é variável conforme a realidade social e temporal dos povos. Ressalte-se que cada um abriga a ideia de justiça que lhe concede razão, todavia, deve-se manifestar como produto de um consenso que se realiza pelas vias de uma democracia pluralista.

Aqui, resta esclarecer que o princípio da justiça foi gerado a partir de uma teoria que abordava a justiça social<sup>4</sup> (FELIPE, 2002, p. 65) onde se procura garantir uma distribuição justa e equitativa dos serviços de saúde e dos bens, tais como, técnicas, aparelhos e medicamentos.

---

<sup>4</sup> (FELIPE, 2002) Felipe elucida que John Rawls, filósofo norte-americano cuja obra *Uma Teoria da Justiça* inspirou a complexa teoria em que se baseou o princípio da justiça e equidade, estabelece princípios para regular as instituições, em uma democracia constitucional, responsáveis pela distribuição de bens sociais primários. A fim de que essa distribuição seja justa, os cidadãos devem ser considerados pessoas, ou seja, sujeitos livres, iguais, racionais e razoáveis, cuja atividade produtiva no decorrer de toda sua existência progride para um sistema de cooperação que perpassa essa e a seguinte geração.

Cuida-se de princípio que não se exprime em tratar todos de igual modo, tendo em vista as diferentes situações biomédicas, mas sim, de preservar a proporcionalidade nas ações, omissões e intervenções, exigindo do Estado uma ação positiva de garantia do direito à saúde.

#### **2.1.4. Princípio da não-maleficência**

Este princípio foi agregado posteriormente por Beauchamp e Childress, em 1979, por meio da obra *Princípios de Ética Biomédica* (COHEN, 2011, p. 79).

Significa não fazer o mal a outra pessoa, bem como engloba ações ou omissões negativas, ao contrário do princípio da beneficência. Segundo Schaefer (2008, p. 39), configura uma obrigação de não impor dano intencional sejam eles atuais ou futuros. Ademais, é preciso que existam objetivos justificáveis legalmente e moralmente a fim de que se possa assumir riscos biomédicos. Ressalte-se que a finalidade é sempre a preservação da vida ou melhoramento de sua qualidade.

A autora avança para chamar a atenção que os princípios bioéticos elencados no Informe Belmont não devem ser taxados por absolutos, uma vez que a relação médico-paciente não pode ser observada sob uma única esfera diante do perigo de um relativismo autoritário, bem como não podem afastar-se da realidade social onde estão inseridos. Assim, os princípios bioéticos precisam estar adaptados à realidade social e cultural de cada ordenamento jurídico, sofrendo sempre uma reavaliação dos novos fatos e técnicas médicas que demandam novas soluções, todavia, não quer dizer que a lei seja compelida a evoluir ao sabor dos progressos científicos.

Não obstante os princípios outrora estudados funcionem como referenciais para o biodireito, os mesmos não vinculam a atuação legislativa e jurídica. Além disso, o progresso científico provocou uma ruptura das categorias jurídicas básicas do direito moderno, dessa forma, restou buscar nos fundamentos da racionalidade argumentos justificadores que poderão exprimir-se assumindo a forma de mandados de otimização (SCHAEFER apud BARRETO, 2008, p. 40).



## 2.2. Biodireito e Limites à Ciência

Como anteriormente exposto, as últimas décadas têm trazido à humanidade uma imensa revolução nas áreas da Biotecnologia e da Medicina e, como consequência, questionamentos éticos e jurídicos sobre temas nunca imaginados.

É preciso ter em mente que o ser humano deve ser o ponto de partida para qualquer reflexão na seara ético-jurídica, uma vez que se voltam para ele as questões bioéticas, considerando os princípios de valorização e preservação da vida humana, durante o período entre seu princípio e fim, ou seja, o seu nascimento e morte.

Diante do dinamismo com que os conhecimentos surgem, existe a premência de normas que regulem os procedimentos a serem utilizados para que a ciência atinja seus objetivos, sem atingir os princípios éticos e os direitos humanos fundamentais, tais como a dignidade do ser humano e o direito à vida. Resta ao Direito tentar acompanhar, como já mencionado, às vezes sem êxito, essas inovações científicas, buscando encontrar um ponto de equilíbrio entre a ciência e o ser humano.

Ressalte-se que o objeto de nosso estudo, o aborto, é fato diretamente correlato ao direito à vida, questão que deve ser estudada pela bioética e biodireito. Também é importante frisar que a comercialização e coisificação do embrião não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico.

Ainda nesse contexto, podemos entender que a medicina e a biologia devem ser reguladas pelo biodireito, que segundo Loureiro (2009, p. 8) é “o conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas, que envolvam a vida”. Essa regulação ocorre para estimular o desenvolvimento da ciência dentro de suas fronteiras humanas e desestimulá-la quando os limites desumanos são ultrapassados.

Na trilha da dificuldade conceitual da bioética percorre a expressão biodireito, pois comporta muitas definições. Para Schaefer (2008, p. 41), o biodireito é um ramo em desenvolvimento do Direito que possui a atribuição de normatizar os efeitos jurídicos da prática biotecnológica. A autora alcança outra definição, desta feita, do Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito, qual seja, “biodireito é ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, biotecnologia e da medicina”.

O biodireito deve adequar-se às inovações científicas proporcionadas pela biomedicina, a fim de se manter atualizado e atingir este objetivo de controle. Ademais, faz-se necessário a formação de um biodireito eficiente, pois a bioética por si só não pode impor as responsabilidades da prática biotecnológica uma vez que não possui força coercitiva, mostrando-se apenas como um compromisso de consciência.

Neste contexto, é importante observar que a bioética vem tentando traçar novos percursos para a discussão e tomada de decisão numa coletividade organizada e pautada pela falta de consenso diante dos referenciais religiosos e escalas de valor. Ao passo que o direito demonstra valores dominantes na sociedade, com a lei organizando a conduta humana, neste caso, direcionando para o respeito e promoção dos valores que servem como base para a civilização.

É válido ressaltar que o direito não deve procurar reprimir novos conhecimentos, tampouco estagnar a evolução científica, a qual, dentre outros aspectos, visa à melhoria das condições de vida da humanidade, bem como à diminuição do sofrimento da mesma. Contudo o desenvolvimento da ciência deve estar lado a lado com o respeito à dignidade humana e a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, único e irrepetível.

Não se deve olvidar que o biodireito necessita estar em harmonia com a bioética, com os direitos humanos e o ordenamento jurídico constitucional, eis que procurar responder os anseios de uma sociedade que está sujeita ao desenvolvimento biotecnológico fundado em éticas individuais ou ainda, desprovidas de moral.

É importante observar que para um biodireito dotado de efetividade faz-se necessário a incorporação de normas de direito internacional ao sistema jurídico brasileiro, o qual se baseia nos princípios bioéticos, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais.

Assim, os problemas bioéticos não são apenas locais, por isso existe a necessidade de uma universalização e sistematização que integrem os significados de todos os princípios bioéticos e humanistas, não significando em uma obediência passiva aos seus ditames (SCHAEFER, 2008, p. 43).

Como já mencionado, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada pela Unesco em 2005, foi o passo inicial para essa universalização, porém é necessário a divulgação do documento e que seus princípios passem a ter força coercitiva suficiente para que haja imposição equitativa aos médicos, pesquisadores e pacientes.

Outrossim, urge ressaltar a importância de propor uma reflexão acerca do biodireito e dos limites da ciência, uma vez que se trata de âmbito dotado de multifacetadas questões.

Inicialmente, poder-se-ia pensar que estabelecer limites à atividade científica, na era da biotecnologia, configura um pensamento retrógrado, ou seja, fora de seu tempo (ROCHA, 2010, p. 326). Como impor limites à ciência se desde a antiguidade Platão ensinava que devemos ter coragem de incursionar pelo desconhecido? Ou, dando um salto para a era moderna, temos Francis Bacon afirmando que o conhecimento liberta.

A autora cita Toynbee, o qual observa que desde o impacto provocado pelas primeiras bombas atômicas no fim da II Guerra Mundial, a humanidade compreendeu que o conhecimento científico estava em desacordo com a ética. Importante explorar as declarações de Khan, um pesquisador de energia termonuclear, quando menciona que algumas áreas delicadas constituem um problema para a ciência e tecnologia e não deveriam ser investigadas, tendo em vista o “estado de subdesenvolvimento moral” do ser humano (ROCHA, 2010, P.327 *apud* URBAN, 1974, p. 19).

Devido à relevância para instauração de uma maior contemplação acerca do tema, Rocha traz à baila o pensamento do físico Albert Einstein:

Por uma penosa experiência aprendemos que o pensamento racional não é suficiente para resolver os problemas de nossa vida social. Devemos ter o cuidado de não fazer do intelecto nosso deus; ele sem dúvida tem músculos fortes, mas nenhuma personalidade. Não é capaz de conduzir. Pode apenas servir. O intelecto tem um olho aguçado para os métodos e ferramentas, mas é cego quanto aos fins e valores [...] a ciência pode apenas determinar o que é não o que deve ser (ROCHA, 2010, p. 329-330 *apud* MONTORO, 1999, p.25 *apud* EINSTEIN, 1994, p. 161-162,277).

Urge lembrar que a liberdade de pesquisa científica corresponde a um direito fundamental, conforme disposição constitucional do art. 5º, IX, da CF/1988. Igualmente, frise-se que o êxito das áreas biomédicas consiste num patrimônio inestimável para as futuras gerações. Contudo, torna-se necessário regular as práticas médicas e científicas ao passo em que novas técnicas vão se desenvolvendo, legislações específicas vão garantir o respeito à integridade física, à personalidade e à dignidade da pessoa humana.

As técnicas que envolvem práticas biocientíficas e que representam um avanço sob a ótica técnica-médica-científica e, ao mesmo tempo, um risco, sob o olhar da vida

humana na biosfera, demandam do biodireito limites jurídicos claros e hábeis para harmonizar ciência e consciência.

Maria Garcia (2007, p. 239) aponta para os riscos do totalitarismo científico que eclode quando a relação entre ciência e técnica torna-se dominante e indissolúvel, desenvolvendo poderes nas empresas laboratoriais e nas autoridades estatais, num sentido utilitarista no concernente ao seres humanos e à própria natureza.

Para a professora, o que se denota, num olhar amplo sobre a atividade científica, é que o domínio do homem sobre a natureza até a liberação da energia atômica, vem ocorrendo há muitos séculos. O mencionado desenvolvimento desta última significou um marco científico, todavia, deixou atrás de si um total sentimento de insegurança de magnitude mundial. Agora, os avanços científicos voltam-se para a dominação do corpo humano, nas suas formações e componentes mais desconhecidos com o objetivos de propor e praticar manipulações e recomposições, sempre “em benefício da humanidade, assim como ocorreu na justificativa para a bomba atômica no século passado”.

Interessante apontar, conforme Möller (2005, p. 73-74), que a ciência e tecnologia são indubitavelmente integrantes de um determinado contexto histórico e sócio-cultural, padecendo sob influências ideológicas, pressões econômicas e políticas, desejos de poder e controle social. Todavia, como já demonstrado, a racionalidade científica busca a aplicação dos novos conhecimentos científicos e das novas tecnologias em qualquer contexto, dispensando, perigosamente a reflexão crítica e o equilíbrio de uma legitimação ética e jurídica, autolegitimando seus próprios resultados e decisões e impondo seu padrão de eficiência. Não obstante, é necessário e importante uma valoração ética da ciência e dos potenciais usos de suas descobertas e tecnologias.

### 3. ABORTO

Uma vez abordadas a existência de um diálogo entre os ramos da ética, bioética e biodireito, onde restou demonstrada a sua interdisciplinaridade, é salutar que se avance sobre um tema conturbado e espinhoso, o qual permanece dissonante até os dias atuais, não apenas no que diz respeito ao ordenamento jurídico, mas também nos campos da filosofia, moral, sociologia, teologia, política e medicina. O aborto constitui uma das questões conflitantes tratadas pelo biodireito que, dentre outros aspectos, oferece uma grande diversidade de abordagens, como por exemplo, a polêmica das células-tronco e a manipulação de embriões humanos, as técnicas de reprodução assistida, transplante de órgãos e tecidos humanos, clonagem humana, técnicas de alteração de sexo, eutanásia e outras questões. Conforme já mencionado, o presente trabalho inclina-se sobre o exame do primeiro tema, suas considerações históricas, jurídicas, morais, e filosóficas.

#### 3.1. Breve Histórico e Legislação Comparada

A prática do aborto é tão antiga quanto a humanidade. Os relatos mais antigos que se tem notícia sobre métodos abortivos datam do século XXVIII antes de Cristo, na China. O termo, segundo Matielo (1994, p.11), advém do latim *aboriri* e significa “separar do lugar adequado”. Assim, as mulheres nunca deixaram de realizar o aborto apesar das sanções, controles e legislações surgidas ao longo da história. Ressalte-se que poucos temas encontraram tantas modificações no tempo e no espaço. No que diz respeito ao homicídio, existe um certo consenso, nas dimensões temporal e espacial, tendo em vista que os países punem. Importante observar que o aborto sempre foi uma conduta muito ligada ao comportamento sexual e esse tipo de conceito moral difere (e difere) conforme cada país, época e cultura. Segundo Elio Sgreccia (2009, p. 432-433):

“Dever-se-ia examinar também o aspecto cultural porque, indubitavelmente, a autorização ou legalização do aborto é vista por algumas culturas ou subculturas como uma escolha de civilidade; para outros, ao contrário, é um dos sinais mais alarmantes da cultura de morte”.

Outrossim, é relevante destacar, neste momento, as experiências de punição do aborto na história da humanidade, pois trará melhor compreensão da análise legislativa. Além

disso, é preciso, inicialmente, olhar para os caminhos trilhados pelos demais povos na construção histórica do enfrentamento normativo da questão do aborto.

O abortamento provocado tem sido discutido através dos séculos entre os mais diversos povos da antiguidade. Os israelitas, os mesopotâmios, os gregos e os romanos trataram sobre o tema, porém limitaram-se a fazer considerações de cunho moral, não caracterizando o aborto como crime.

O primeiro grande teórico da medicina, o grego Hipócrates, fundou os alicerces da medicina racional e científica, estabelecendo normas éticas de conduta. Da Escola Hipocrática floresceu uma coleção de setenta e dois livros conhecida por *Corpus Hippocraticum*. Dentre essas obras, está o *Juramento*, texto de elevado sentido moral e proferido, até os dias de hoje, por todos aqueles aptos a exercer a medicina. Relativamente ao aborto, observa-se no escrito: “Não dar veneno a ninguém, embora solicitado a assim fazer, nem aconselhar tal procedimento. Da mesma maneira não aplicar pessário em mulher para provocar aborto” (REZENDE, 2009, p. 31, 35).

Todavia, conforme Matielo (1994, p.11), Hipócrates, não apenas estudou o quadro clínico do aborto, como estendeu a sua preocupação ao tratamento e métodos para induzi-lo. Segundo Bodiou:

Mas, nessas condições, o que pensar da farmacopéia abortiva dos tratados hipocráticos? E, sobretudo, como explicar a descrição do aborto da dançarina, praticada pelo próprio médico e relatado por ele em discurso detalhado em que ele expõe os motivos de sua intervenção, seu método e o resultado.

Observa-se que num dos primeiros códigos de todos os tempos, o Talmud, o qual é detentor das tradições rabínicas, não existe qualquer referência ao ato de abortar. Já a Bíblia, traz um tipo de punição para quem aborta. Com efeito, no livro de Êxodo tem-se:

Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará como os juízes lhe determinarem. Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe. (BÍBLIA DE ESTUDO DE GENEBRA, 2009, p. 105)

Os primeiros críticos do aborto defendiam não apenas o ser em formação, mas também a mulher e a própria sociedade, na medida em que esta tinha direito a novos cidadãos.

Dessa forma, surgiram três sistemas de punição, dos quais, dois são radicais e um é intermediário, os primeiros mencionados são o da total liberação ou proibição. De fato, o aborto era juridicamente lícito e moralmente aceito na Grécia e Roma antigas (TORRES, 2012), o que se pode contemplar na obra de Platão e Aristóteles, que traçaram observações acerca do aborto. Este último pensador, sugeria o aborto para manter o equilíbrio populacional (TELES, 2006, p.129), bem como preconizava que se praticasse o ato antes que o feto tivesse recebido sentidos e vida, contudo, não especificava quando seria este momento. A prática constituía um meio idôneo para controle da população, uma vez que nesses Estados não se reconhecia nenhuma dignidade ao feto, pois o que existia era o direito dos homens à descendência, ou seja, a tutela do interesse masculino. Assim, o feto era parte do patrimônio do chefe da família, bem como as terras e os escravos, conseqüentemente, praticar aborto contra a vontade dele era um delito patrimonial (VANZOLINI, 2011). Ressalte-se que em Roma, no século V, a mãe poderia, até mesmo, ser repudiada pelo marido acusada de subtração de prole.

Analisando outro aspecto, resta importante observar que existia uma enorme dificuldade em reconhecer a gestação, sendo a mesma um “problema” tipicamente feminino. Em razão da carência de nutrientes e deficiência na alimentação, o ciclo menstrual era irregular e não havia recursos tecnológicos que certificassem a gravidez. A mulher demorava a notar que estava grávida e quando percebia era algo cercado de mistério, bem como se quisesse abortar, ninguém ficava sabendo. O feto era parte do corpo da mulher (*pars viscerum matris*, ou seja, parte das vísceras maternas), não sendo considerado um bem jurídico em si (VANZOLINI, 2011).

Com o início do declínio do Império Romano e disseminação do Cristianismo ocorreu uma revolução cultural representada por uma nova doutrina. Os camponeses que eram expulsos de suas terras pelos romanos buscavam amparo e defesa em dois tipos de movimento, os revolucionários que não fizeram frente ao poderio romano e os movimentos messiânicos. A mensagem enviada de que todos eram filhos do mesmo Deus e que Este não faz acepção entre ricos e pobres, pelo contrário, que privilegiava os pequenos e humildes provocou uma valorização da vida como nunca havia existido.

A partir de então, brotou uma tendência de punição do aborto. Ficou estabelecido que era um pecado maior que o homicídio, pois quando se matava alguém que já nasceu, este pelo menos já teria recebido o batismo e seria direcionado para o reino dos céus. Todavia, quando se matava a criança que ainda não havia nascido constituía um delito ainda mais grave.

Segundo Martiello (1994, p. 15), “Tertuliano sustentava que o ser em formação tinha absoluto direito ao batismo, sem o qual não poderia salvar-se para a eternidade e adentrar o paraíso”. O Direito Canônico considerava o aborto um crime equiparado, em gravidade e pena, ao homicídio. Ademais, para a doutrina cristã, o embrião era uma alma diversa. Dessa forma, durante a idade média, o aborto era proibido.

Ressalte-se que o Cristianismo nunca deixou de ser contrário ao aborto, todavia, a doutrina de Santo Tomás de Aquino (1225 – 1274), ou seja, a chamada animação tardia do feto, segundo a qual o momento de incorporação da alma pelo feto acontece quarenta dias depois da concepção, no caso dos homens e oitenta dias depois no caso das mulheres, contribuiu para que a posição da Igreja com relação à questão do aborto parecesse mais flexível do que vemos hoje, pois só era considerado aborto após esse período.

Importante verificar que, para Dworkin (2009, p.56), as ideias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, as quais foram originadas da concepção aristotélica, eram prescientes em alguns aspectos. O filósofo entendeu que o feto é um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio vegetativo para depois ingressar num estágio em se inicia a sensação. Também acreditava que o cérebro do feto e outros órgãos necessários para proporcionar a forma corporal receptiva para uma alma sensível ou intelectual estão prontos quando os primeiros sinais de vida são notados através do movimento fetal. A embriologia moderna defende que o substrato neural necessário para possibilitar a sensibilidade apenas se forma algum tempo depois.

Salta-se, então, para a Revolução Francesa e o surgimento dos estados nacionais, aqui, de acordo com Torres (2012), as guerras, pestes e descobertas geográficas determinaram novas mudanças. Constatou-se que as taxas demográficas diminuíram muito e de modo ameaçador para o Estado, pois o número de súditos era considerado essencial para medir sua força. Mais filhos para a República significava mais braços empregados no trabalho e na defesa, mais contribuintes e mais soldados. Assim, a vida humana era interesse do Estado e a maternidade, um ato de patriotismo. Ademais, as primeiras legislações orgânicas relacionadas ao controle do aborto surgiram na França, em 1870, quando tal ato foi considerado um crime contra a pessoa.

No início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial (MATIELO, 1994, p. 42), alguns países decidiram combater o grande número de abortos realizados. Eram usados repressão, violência, castigos físicos, bem como excluía-se da sociedade a mulher que



interrompesse voluntariamente o curso normal da gestação. Da mesma forma, o que se buscava era a garantia de um número representativo de soldados de que se poderia dispor em caso de conflitos com outras nações. Assim, cada aborto representava um desfalque nos pelotões e nas fábricas. Excepcionalmente, o aborto era permitido em caso de estupro realizados por invasores estrangeiros em tempo de guerra, fazendo com que várias mulheres obtivessem licença oficial para interromper a gestação.

Permanecendo no século XX, é válido observar que a legislação nazista admitia o aborto para o aperfeiçoamento da raça, pois era preciso impedir que as mulheres de raça inferior tivessem filhos, sendo o aborto, por isso, incentivado nos territórios ocupados. Verifica-se que a eugenia, técnica que visa ao melhoramento da espécie por meio de seleção de genes que determinam as características dos seres humanos, possui um indiscutível viés ideológico e político. Trata-se de uma política pública que visou ter um significado de “purificar” determinada raça. Foi o que se viu com o nazismo. Segundo Gollop (2006, p. 84), nesta prática, não existia direito de opção nem se tratava de uma questão individual<sup>5</sup>. Hodiernamente, quase não há nenhum país que adote proibição ou permissão total, existindo sistemas intermediários, quais sejam, os de prazo e os de indicações. Enquanto na Europa é amplamente majoritário o sistema de prazo, ou seja, admite-se que durante determinado tempo a escolha de mulher seja livre, na América Latina, a maioria dos países adota o sistema de indicações. Segundo Franco (2006):

A discussão do sistema de indicações tem seu ponto de partida na consideração de que, ao revés do sistema de prazo, a vida intrauterina constitui um interesse dominante em todo o processo de gravidez, a não ser que, no decorrer dela, ocorra algum fato concreto que conceda maior importância à autodeterminação da vontade da mulher ou à sua dignidade da pessoa humana.

O Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Escócia) adota o sistema de prazos desde 1967 (*abortion act*), permitindo o aborto até a 24<sup>a</sup> semana de gestação, bem como

---

<sup>5</sup> Conforme pesquisa realizada pelo médico e livre docente em Genética Médica pela USP, existem diversos trabalhos publicados demonstrando que, até mesmo em países desenvolvidos, o diagnóstico intra-uterino de anomalias fetais não oferece qualquer impacto populacional. Assim, o alcance dessas técnicas apenas pode ser medido razoavelmente em países nos quais o alcance desses métodos de diagnóstico é amplamente estendido à toda a população, como por exemplo a Dinamarca e a Noruega. O autor chamou a atenção para a curiosa política desses países, onde o impacto do deficiente de qualquer natureza é dividido entre o Estado e a família, pois o Estado oferece medidas de inclusão social e reabilitação, bem como facilita a possibilidade de diagnóstico intra-útero. Em nosso meio, a preocupação com os portadores de deficiência é largamente assumida por entidades privadas, ante à omissão do Estado na atenção aos deficientes. O professor verifica diante desse fato grande incoerência, uma vez que o Estado impõe à família, diante de um diagnóstico fetal, assumir sem opção ter a criança portadora de anomalia grave.

justificando o fato de não ultrapassar este período por representar riscos desproporcionais à saúde da mulher. A Irlanda, apesar do grande poder político da Igreja, foi abalada pela questão do aborto. Em 1983, a Constituição irlandesa foi emendada para reconhecer o direito à vida de uma criança ainda em gestação. Todavia, as irlandesas que queriam abortar e podiam arcar com os custos, viajavam para a Inglaterra. Em 1992, após o caso de uma garota de quatorze anos que engravidou em razão de um estupro e toda a polêmica provocada, o Supremo Tribunal irlandês suspendeu um mandado de segurança que proibiu o aborto da menina. Em novembro do mesmo ano, o primeiro-ministro convocou um plebiscito nacional, onde ficou decidido que as mulheres poderiam viajar para o exterior quando quisessem abortar.

No que concerne à França, em 1975 foi aprovada a Lei Veil (Simone Veil era Ministra da Saúde) que admitia o aborto até a 10ª semana mediante aconselhamento público, período de uma semana para reflexão, bem como informações acerca dos perigos e alternativas. A lei francesa foi questionada duas vezes no tribunal para então ser considerada constitucional. Posteriormente, a permissão da interrupção da gravidez foi ampliada para 12ª semana e o aconselhamento passou a ser facultativo.

Relativamente à Itália, o aborto é liberado desde 1978, mediante a Lei nº 194 que regulou detalhadamente o ato, o qual poderia ser realizado até a 12ª semana de gestação. De acordo com a referida lei, o aborto pode ser realizado em casos de risco à saúde física ou psíquica da mulher, de comprometimento de suas condições econômicas, sociais ou familiares, em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção ou em casos de má formação fetal (SARMENTO, 2006, p. 127).

Já a Alemanha que era politicamente dividida até a década de 1990, também o era com relação à permissão para a prática do aborto. Na Alemanha ocidental, até 1976, não havia permissão para o aborto, após, aprovou-se um sistema de indicações. Na Alemanha oriental o aborto era permitido até a 12ª semana. Por ocasião da unificação, em 1992, entrou em vigor uma lei que adotava o sistema de prazo da Alemanha oriental, ou seja, até a 12ª semana, todavia, o Supremo Tribunal alemão declarou esta lei inconstitucional, fundamentando no fato de que o direito à vida deveria ser protegido, por outro lado, previu que não era preciso que o aborto fosse criminalizado. Então, de acordo com a legislação alemã, o aborto é ilícito, mas não é crime. Assim, ele não poderia ser feito no sistema público de saúde, contudo se fosse considerado crime violaria a dignidade da mulher. Importante ressaltar que uma lei de 1995, a qual vige até hoje, permite que o aborto pode ser feito até a 12ª semana, todavia, é necessário um eficiente sistema de dissuasão.

No que pertine à Espanha, em 1985 foi aprovado um projeto de lei alterando o Código Penal que permitiu 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; para os casos de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gestação; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. Após o projeto ter sido impugnado na Corte Constitucional, esta decidiu, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Apesar disso, a Corte declarou a inconstitucionalidade do projeto, tendo em vista considerar que ele era omissivo ao não exigir, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico, um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que faria o procedimento de interrupção da gestação. No acórdão, adotou-se a ideia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, todavia, não com a mesma intensidade da vida humana após o nascimento. Então, concluiu o Tribunal no sentido da admissibilidade da realização de ponderação entre a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida. Posteriormente, foi elaborada nova legislação, sanando o vício apontado pelo Tribunal Constitucional espanhol, bem como reiterando as possibilidades de interrupção voluntária da gravidez da norma anterior e permitindo o aborto até a 14ª semana de gestação.

Ressalte que o motivo de tamanha abordagem acerca do aborto neste país da Península Ibérica tem motivo no fato de que, atualmente, existe uma ampla discussão acerca de uma lei aprovada pelo governo espanhol, em 20 de dezembro de 2013, a qual restringe o direito ao aborto a casos de estupro (apenas quando for noticiado à autoridade policial), ou perigo grave para a saúde da mulher. A futura lei ainda deve ser aprovada no Parlamento e remonta, em linhas gerais, à lei de 1985, ainda que não tipifique o aborto como um crime passível de prisão. Desde que foram anunciadas, as alterações tem sido alvo de severas críticas com a realização de várias manifestações populares, principalmente em Madrid. Organizações feministas e a esquerda argumentam que a legislação representa “um retrocesso de 30 anos”. Por outro lado, para aqueles que são contrários, de algum modo, ao aborto, como por exemplo, a associação “Direito à Vida” este é um passo em direção ao objetivo de alcançar o aborto zero.”

Em relação à Portugal, o aborto era realizado apenas em casos específicos, como risco de morte ou à saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual. Entretanto, a Lei nº 16/2007, alterou o artigo 142 do Código Penal Português asseverando não ser mais punível a interrupção da gravidez em casos de

doença grave ou malformação congênita do feto, podendo ser realizado nas primeiras 24 semanas ou a qualquer tempo se o feto for inviável. O segundo caso atende apenas a “opção da mulher”, podendo ser realizado nas primeiras 10 semanas de gestação.

Importante tecer observações acerca do tema relativamente à América Latina. Observa-se que a totalidade dos países adota o sistema de indicações, conforme já explicitado, o aborto é proibido, sendo permitido apenas em determinados casos. O país mais permissivo é o Uruguai, com efeito, em outubro de 2012, o Poder Executivo desse país promulgou a Lei nº 18.987, a qual permitiu a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação, mediante consulta médica, período de cinco dias para reflexão e atendimento por uma equipe interdisciplinar que irá avaliar as condições econômicas, sociais, familiares e etárias da mulher, bem como informar as alternativas ao aborto, incluindo os programas de apoio social, econômico e a possibilidade de encaminhar o recém-nascido à adoção. O aborto pode ser realizado em qualquer período em caso de gravidez que implique graves riscos à saúde da mulher e mal formação fetal que inviabilize a vida extrauterina, bem como é permitido até a 14ª semana de gravidez em caso de estupro. O Uruguai foi o segundo país da América Latina a permitir a interrupção da gravidez, depois de Cuba. No que pertine a América do Sul, Guiana e Guiana Francesa possuem legislações que permitem o aborto.

A legislação chilena proíbe todo tipo de aborto e foi sancionada em 1989, nos últimos meses da ditadura de Augusto Pinochet (1973-1990). Ressalte-se que durante o regime militar, a interrupção da gravidez em casos específicos era permitida. No que pese a severa legislação do Chile, os doutrinadores deste país entendem que havendo conflito entre a saúde do feto e da gestante, podem ser aplicadas as regras gerais da legítima defesa. Outrossim, verifica-se que existem várias leis em tramitação nas casas legislativas chilenas a fim de despenalizar algumas hipóteses de aborto, tais como terapêutico e em casos de estupro.

A legislação brasileira admite o aborto terapêutico ou necessário e o sentimental. Ressalte-se que em 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação do aborto de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 125, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. Uma maior digressão acerca da legislação brasileira sobre o aborto será feita adiante.

### 3.2. Estados Unidos da América e Aborto

É nos Estados Unidos onde a guerra do aborto é mais acirrada do que em qualquer outro lugar do mundo. Segundo Dworkin (2009, p. 5), isto se dá em virtude da forte contradição desse país diante da religião, mais especificamente, existe um paradoxo entre a posição do Governo, em que há uma nítida separação entre religião e Estado, e o fato de que os Estados Unidos estão entre os países modernos mais religiosos de todo o ocidente. O autor assevera que, considerando a existência de poderosos grupos religiosos, trata-se de um país fundamentalista.

Consoante o filósofo norte-americano, muitos analistas acreditam que a causa para a natureza conflituosa da questão do aborto nos Estados Unidos reside no fato de como se criou o direito norte-americano sobre o tema. Enquanto que em outros países a legislação sobre o aborto foi formada por acordos legislativos e políticos, naquele país, foi imposta por decreto do Supremo Tribunal.

O autor expõe o famoso caso *Roe contra Wade*, no qual, em 1973, o Tribunal declarou (por uma votação de sete a dois) que a legislação do Texas era inconstitucional, no que tratava o aborto como um ato criminoso, com a única exceção de salvar a vida da mãe. Também afirmou a inconstitucionalidade de qualquer lei estadual que proibisse o aborto antes do sétimo mês de gestação. Assim, os estados só podem proibir o aborto para proteger a vida do feto no terceiro trimestre.

A Corte entendeu que o direito à privacidade, já reconhecido anteriormente por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*, de 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Conforme Sarmiento (2006, 121), é válida a reprodução de trecho da decisão do Juiz Harry Blackmun:

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 imporia sobre a gestante ao negar-lhe essa 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.

A partir de então, os grupos “pró-vida” organizaram-se e passaram a ter uma atuação política frente aos congressistas a fim de convencê-los a promover um processo de emenda à Constituição que declarasse que os fetos deveriam ser tratados como pessoas, e, conseqüentemente, usufruíssem da mesma proteção constitucional.

Os republicanos reivindicaram uma emenda que proibisse o aborto, exigindo a nomeação de juízes que “respeitem os valores familiares tradicionais e a santidade da vida humana inocente”, ou seja, desejavam magistrados que votassem pela revogação do caso *Roe contra Wade*.

A posição de três juízes nomeados pelos presidentes republicanos Regan e Bush surpreendeu quando estes declararam, em votação do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey*, que apoiavam *Roe contra Wade*. Como ainda havia dois juízes que declararam que continuariam a apoiar firmemente esta decisão, o Tribunal endossou o direito constitucional ao aborto.

Assim, firma-se que os Estados Unidos adotaram o sistema de prazos em 1973, impulsionados pelo caso *Roe x Wade*, pelo qual o Estado não pode negar à mulher o direito de decidir sobre a interrupção de sua gravidez, ou seja, todas as mulheres da nação norte-americana são livres para abortar enquanto for viável tirar o feto do útero, mais especificamente, até 22 ou 24 semanas de gravidez.

Importante trazer à discussão que, atualmente, vários estados norte-americanos, representados por líderes republicanos, tentam aprovar leis restritivas à interrupção precoce da gravidez. Mais de quatro décadas depois da histórica e polêmica decisão da Suprema Corte que descriminalizou o aborto, estas unidades, embora legalmente não possam vetar o procedimento, aprovaram em torno de 130 leis a fim de restringir o acesso ao aborto.

### **3.3. Conceito, Classificação e Espécies**

Inicialmente, é válido relatar a importância de elencar neste trecho algumas definições acerca do aborto, eis que vão embasar a discussão aqui tratada. Outrossim, quanto as nomenclaturas usadas para designar o aborto, utilizar-se-á, para efeitos de entendimento neste trabalho, aborto e/ou abortamento, indistintamente.

Conforme definido no Dicionário Aurélio, aborto significa: “1. Med. A ação ou efeito de abortar. 2. Jur. Interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto ou sem ela”. Enquanto este conceitua a palavra abortar como: “1. Med. Expulsar prematuramente do útero o produto da concepção – embrião ou feto inviável ou não” (FERREIRA, p.4).

Etimologicamente, aborto, do latim *abortus*, significa privação de nascimento porque vem de *ab*, que quer dizer privação, e *ortus*, nascimento. A palavra aborto é derivada de “ab-ortus”, que significa privação do nascimento.<sup>1</sup>

No que diz respeito ao conceito médico de aborto, SILVA (2008) observa que a Organização Mundial da Saúde define abortamento como sendo a interrupção da gestação antes de 20-22 semanas ou se o feto estiver com peso inferior a 500 gramas. Subclassificando, ainda, em precoce, quando ocorre até 12 semanas e tardio quando entre 12 e 20-22 semanas.

Continua o médico, ressaltando que a ciência médica diferencia o termo aborto de abortamento. Assim, para a Medicina, abortamento é o processo de perda do produto conceptual, enquanto que aborto é o próprio produto da concepção. Ainda para aquela, quando ocorre óbito fetal após as 20-22 semanas, denomina-se de óbito fetal intra-útero, sendo sua expulsão o parto de um natimorto. Fala-se em parto prematuro e não em aborto se um feto inviável, porém com mais de 20-22 semanas, nascer com vida e falecer em seguida. E, por fim, quando o tempo de gravidez é desconhecido deve-se considerar o peso ou ainda o limite de 16 cm de comprimento, critério aceito por alguns autores.

Relativamente ao conceito jurídico, a legislação, ao contrário da medicina, não define tempo limite para a ocorrência de aborto, aceitando a denominação desde a concepção até o seu termo.

Importante observar o conceito de aborto para o Direito Penal. O Procurador de Justiça Rogério Greco (2013, p.228), afirma que o Código Penal Brasileiro deixa de definir claramente o aborto, usando apenas a expressão *provocar aborto*, restando à doutrina e a jurisprudência a incumbência de esclarecer o termo.

Segundo Bitencourt (2010, p. 435), aborto é “a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina”. O autor ainda percorre o campo conceitual afirmando ser o abortamento a destruição da vida até o início do parto, que pode ou não ser criminoso, ou ainda, ser a interrupção da gravidez antes de atingir o limite

fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

Segundo Masson (2012, p. 67), aborto é “a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção”. O autor traz definição de Maggiore (2012, p.67 *apud* MAGGIORE, 1948, p. 613): “é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez, mediante a ocisão de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno”.

Ainda segundo Nucci (2013, p. 666), aborto é “a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”. Conforme os ensinamentos de Ney Moura Teles (2006, p.129), aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação.

Dando continuidade, inclina-se a atenção sobre a classificação legal do aborto que pode ser natural (espontâneo) ou provocado (SILVA, 2008).

No que pertine ao aborto espontâneo, este consiste no caso em que o próprio organismo se encarrega de realizá-lo, independe da vontade da mulher. Distingue-se pela inviabilidade natural do conceito e sua morte devido a diferentes fatores etiológicos. Ressalte-se que o filho é desejado, todavia ocorre a interrupção da gestação por fatores impeditivos da própria natureza, sem participação da vontade.

Já o aborto provocado é aquele feito intencionalmente, ocasionando, então, a morte do feto por vontade da própria gestante e/ou de outrem. Acerca deste tipo, existem duas subclassificações, legal e criminoso.

Assim o aborto legal é aquele que se enquadra em situações previstas e amparadas pela lei. Como dantes perscrutado, atualmente, no Brasil, apenas duas situações são consideradas legais, quais sejam, gravidez decorrente de estupro e quando este é o único meio de salvar a vida da gestante. Na primeira situação tem-se o aborto sentimental, moral ou humanitário. A segunda situação remete ao chamado aborto terapêutico. Acresce que, em 2012, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da APF nº 54-DF, incluiu a estas modalidades a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Para estas espécies de aborto, a lei não define tempo de gravidez, permitindo que nessas situações a gravidez seja interrompida a qualquer tempo de sua evolução, qual seja, na fase de ovo, embrião ou feto.



Importante frisar que no aborto sentimental o perigo deve ser real e não presumível por prognósticos. A legislação permite o aborto em casos comprovados de gestação ectópica, câncer de colo uterino, formas graves de diabete, cardiopatia grave, nefropatia severa, ou ainda, insuficiência hepática. Uma vez verificado o perigo iminente não há necessidade de autorização judicial, pois a demora poderia caracterizar negligência, imprudência ou omissão de socorro. Todavia, o médico deve dar ciência à gestante e à família. Ademais, a questão deve ser discutida e assinada por pelo menos mais dois médicos.

Silva ainda explica (2008) que é necessária uma autorização expressa e formal da gestante ou de seu representante legal para que se proceda a prática do aborto, apenas ocorrendo sem consentimento em casos excepcionais.

Qualquer outra prática diversa das outrora mencionadas é considerado crime. Portanto, o aborto eugênico, econômico, social ou estético são práticas criminosas.

É válido ressaltar nesta oportunidade que o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, órgão que regula a atividade profissional dos médicos no país, é no sentido de que se deve afastar a ilicitude da interrupção da gestação quando houver risco à vida ou à saúde da gestante; se a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; se for comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos e se, por vontade da gestante, até a 12ª semana de gestação.

### **3.4. Aborto e Código Penal Brasileiro**

O Direito Penal, ao definir condutas consideradas antijurídicas, não poderia deixar de se comunicar diretamente com o Biodireito, o qual se vale das normas penais para inúmeras situações, como, por exemplo, abordando a principal temática deste trabalho, a proibição do aborto e, conseqüentemente, a instituição de pena para tal procedimento.

O Código Penal Brasileiro considera o aborto crime, conforme os artigos 124, 125 e 126, porém, admite sua prática lícita em duas situações, consoante o artigo 128. A seguir, vê-se as disposições legais brasileiras acerca da prática:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

**Forma qualificada**

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: [\(Vide ADPF 54\)](#)

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Segundo Bitencout (2010, p. 158), o Código Criminal do Império de 1830, no capítulo referente aos “crimes contra a segurança da pessoa e da vida,” não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, ou seja, o auto aborto, punindo apenas o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, aborto consentido ou aborto sofrido, respectivamente. Assim, contempla-se, pela primeira vez no Brasil, o aborto em legislação específica (PAIXÃO, 2006, p. 196).

Ressalte-se que, anteriormente, a prática do aborto não era punida nem quando a própria mulher provocava voluntariamente a interrupção de sua gravidez, e nem quando outra pessoa realizasse o procedimento abortivo.

O Professor Bitencourt afirmou que o Código Penal da República, de 1890, previu a punição para o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esta legislação criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Curiosamente, se o crime era praticado com a finalidade de ocultar “desonra própria”

a pena era consideravelmente atenuada. Adotou, também, o conceito de aborto legal e necessário quando não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante.

O Código Penal de 1940 tipifica, como acima demonstrado, três figuras de aborto e foi cunhado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes da década de 1930. Assim, passaram-se mais de setenta anos e no decorrer do tempo os valores da sociedade modificaram-se, bem como ocorreram, como dantes mencionado, abrangentes avanços científicos e tecnológicos que revolucionaram a ciência médica.

Assim, fortes opiniões doutrinárias no país defendem uma revisão urgente em seus dispositivos que tratam do aborto, que criminalizam a prática em qualquer hipótese, salvo quando se tratar de salvar a vida da mãe ou em gravidez resultante de estupro, enaltecendo que permanecem exceções datadas de 1890. São casos em que ocorre a extinção da punibilidade, o denominado Aborto Legal.

Para Paixão (2006, p. 196), a legislação brasileira relativa ao aborto é restrita, especialmente se a compararmos com a de outros países, mesmo com a possibilidade recente do aborto terapêutico para casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Ademais, o autor afirma que esse procedimento, ainda considerado criminoso em nossa legislação, é amplamente realizado no país, argumentando que clínicas clandestinas atendem as mulheres das classes abastadas, com todos os cuidados e a assepsia necessária, enquanto que às pobres, restam o abortamento auto-provocado. Verifica que, anualmente, milhares de mulheres morrem devido a essas práticas inseguras de interrupção da gravidez.

Segundo o médico, em 1983, aconteceu a primeira iniciativa de reforma legal, através do Projeto de Lei nº. 590/1983, que dava nova redação ao artigo 128 do Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), dispondo sobre a legalização do aborto quando praticado por médico. Este Projeto de Lei foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 30 de novembro de 1983.

Ele aponta como um aspecto positivo o fato de que nos últimos quinze anos, houve um aumento do número de serviços de aborto para atender aos casos previstos em lei no Sistema Único de Saúde – SUS. Segundo informações da Área Técnica de Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, chegam a 51 serviços de aborto legal no país.

Ressalta que o Brasil é signatário, sem reservas, dos Programas de Ação acordados em duas importantes conferências internacionais, quais sejam, a Conferência Internacional

sobre População e Desenvolvimento, ocorrida na cidade do Cairo em 1994, ocasião em que o aborto foi situado, para os participantes, como um “problema de saúde pública”; e a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995, onde houve a recomendação de que os países alterassem leis que punem as mulheres que recorrem ao aborto.

No que pesem as opiniões favoráveis à revogação da criminalização do aborto, existe parte da doutrina que defende a manutenção da penalização da prática acompanhada de acompanhamento preventivo. Greco (2011, p. 222) ensina que “não percebemos a dor sofrida pelo óvulo, pelo embrião ou mesmo pelo feto. Como não presenciamos, não enxergamos, não ouvimos o seu sofrimento, aceitamos a morte dele com tranquilidade.”

O professor afirma que a vida, independentemente de seu tempo deve ser protegida e questiona qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno e matar outro com 10 anos de idade.

De acordo com os ensinamento de Roxin (2002, p.3),

É inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido.

Continua o professor, afirmando que o embrião tem um fim em si mesmo e essa ideia compõe o núcleo da dignidade da vida humana. Ademais, para o mestre, parece ser igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido.

Neste contexto, ele conclui que, se por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, por outro lado, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia.

É salutar tecer algumas considerações acerca da efetividade da legislação sobre o aborto. Assim, segundo Roxin (2002), a proteção mais rígida e adequada concedida ao embrião pela solução de indicações fica, de início, “só no papel.” A lei é ineficaz quando uma mulher, de qualquer forma, decidida a abortar vai a um “charlatão” e ali realiza a intervenção cirúrgica. A análise histórica do tema prova que isso ocorre; e tais fatos podem ocorrer sem qualquer perigo, pois segundo o professor, “aquilo que é praticado em segredo, cujos

participantes são passíveis de punição, dificilmente pode ser descoberto.” Todavia, as consequências são indesejadas, uma vez que elas causam à mulher perigos que vão desde lesões à saúde até extorsões.

Klaus Roxin defende a aplicação do sistema de indicações de forma bastante generosa, pois deixa claro que o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião. Do contrário, a proteção da vida em formação fica desconsiderada de modo bastante unilateral, se, por exemplo, a interrupção da gravidez nos primeiros três meses permanecer impune, mesmo que ausente qualquer motivo razoável, que ela decorre do puro arbítrio ou comodidade, de modo que o aconselhamento pareça uma mera formalidade. Sob este aspecto, a solução de aconselhamento ao menos assegura um assessoramento médico competente, dando à mulher a possibilidade de pensar com calma a respeito da própria decisão.

Demonstrando ser favorável à tese de que a lei brasileira não é dotada de efetividade, Sarmiento (2006, p.118) afirma que a criminalização do aborto acaba empurrando todo ano centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene.

Também ressalta que nos países que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados, e não há razões para supor que no Brasil seria diferente. Portanto, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível – aliás, se não fosse, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar os milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas. Daí se pode concluir que, do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal consequência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

É preciso ter em mente que diante da totalidade de considerações emitidas, qualquer decisão sobre o aborto exige considerável reflexão sobre um importante valor: o valor intrínseco da vida humana.

#### 4. ALTERNATIVAS AO ABORTO?

O presente capítulo encerra o caminho percorrido por este árduo tema e tem por base investigar, no contexto legislativo brasileiro, alguns projetos de lei que podem ser compreendidos como alternativas ao aborto, bem como os inevitáveis impactos de ordem social, jurídica e ética.

O projeto do Estatuto do Nascituro, Projeto de Lei nº 478/2007, ainda em tramitação, busca promover a proteção integral do ser vivo que ainda não nasceu. Já a Instituição do Parto Anônimo, Projeto de Lei nº 3.220/2008, regula o direito ao parto anônimo, tendo sido arquivado em 27 de junho de 2011.

Antes de iniciar a incursão acerca de projetos de lei que oferecem alternativas ao aborto, é relevante mencionar que diversas legislações resguardam o direito à vida desde a concepção, tais como o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ao qual o Brasil aderiu somente em 1992. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4<sup>a</sup> nº 1, prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1990, dispõe em seu preâmbulo: “Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”.

Consoante a professora Maria Helena Diniz (2009, p. 116), também protegem o nascituro algumas recomendações do Conselho da Europa, organização criada em 1947 com o intuito de aumentar os níveis de proteção dos direitos humanos e da democracia, bem como as constituições paraguaia (artigo 4º), chilena (artigo 19, § 1º) e peruana (artigo 2º).

#### 4.1. Estatuto do Nascituro

Inicialmente, é importante ressaltar que a proteção do nascituro não pode prescindir da identificação dos fundamentos constitucionais que contribuiram para sua construção, uma vez que a Constituição Federal norteia as demais relações em um determinado ordenamento jurídico.

Observe-se que a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, constitui a base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, é um fim permanente de todas as suas atividades. Assim, o *caput* do artigo 5º do texto constitucional assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida. Nesse contexto, todavia, a Carta Magna não definiu a partir de que momento se daria essa proteção, dessa forma, esse mister restou à legislação ordinária. Outrossim, para o presente estudo, é relevante observar que segundo o Código Penal, o aborto é um crime doloso contra a vida, bem como a Constituição, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, reconhece que a competência para julgar esses delitos é do Tribunal do Júri. Dessa forma, o legislador entendeu que, não obstante o tempo ou idade do feto, ele é dotado de vida passível de proteção constitucional.

O Projeto de Lei nº 478/2007, de autoria dos, então, Deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, tramita na Câmara dos Deputados e, atualmente, encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Inicialmente, um pré-projeto foi elaborado pelo Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz. Empós, o projeto foi apresentado em 2005, todavia, não logrou êxito, tendo sido reapresentado em 2007. Em 2010, foi aprovado um substitutivo da Deputada relatora Solange Almeida, na Comissão de Seguridade Social e Família. Após, em 2013, na Comissão de Tributação e Orçamento, foi aprovado o Parecer do relator, Deputado Eduardo Cunha, pela adequação financeira e orçamentária do Estatuto do Nascituro.

À proposição principal, foram apensados outros projetos, tais como, o Projeto de Lei nº 489/07, de idêntico teor, dispondo sobre o Estatuto do Nascituro; o Projeto de Lei nº 1.763/07, que dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro; e o Projeto de Lei 3.748/08, que autoriza o Poder Executivo a conceder pensão à mãe que mantenha criança nascida de gravidez decorrente de estupro. Após a tramitação na Comissão de Seguridade Social e Família foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.763/2007, o Projeto de Lei nº 1.085/2011, o qual dispõe sobre a assistência para a mulher vítima de estupro que vier a optar por realizar aborto legal.



O mencionado esboço da lei aborda a proteção integral ao nascituro, ou seja, dedica-se aos seus direitos fundamentais, mais especificamente, direito a tratamento médico, a diagnóstico pré-natal, a pensão alimentícia em caso de concepção resultante de estupro, a indenização por danos morais e materiais, além de promover a tipificação de atos como dar causa, de forma culposa, à morte de nascituro; anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto; congelar, manipular ou utilizar um nascituro como material de experimentação; referir-se ao nascituro com palavras ou expressões depreciativas; exibir ou veicular informações ou imagens depreciativas acerca do nascituro; fazer a apologia de aborto e induzir mulher grávida a praticar aborto.

O projeto realiza uma delimitação conceitual acerca do nascituro para defini-lo como um ser humano concebido, mas ainda não nascido. Também inclui no conceito de nascituro os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científico e eticamente aceito.

Segundo a relatora da Comissão de Seguridade Social e Família Deputada Solange Almeida, que propôs o projeto substitutivo, os autores do estatuto pretendem tornar integral a proteção do nascituro enfatizando:

[...]o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar e a proibição de qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delito cometidos por seus genitores (Relatório da Comissão de Seguridade Social e Família, 2010).

A futura lei prevê que o nascituro adquira personalidade jurídica ao nascer com vida, todavia, sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, bem como esta condição imputa-lhe proteção jurídica através desse estatuto, da lei civil e penal. Ademais, o nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Analisando o dispositivo, a relatora ressaltou a existência de distinção entre direito e expectativa de direito no que concerne ao nascituro. Afirmou que o desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro parece apontar muito claramente no sentido de que o nascituro, ou seja, o ser humano que já existe, com o seu patrimônio genético plenamente

definido desde o início da sua existência com a concepção, é efetivo titular de direitos. Mais propriamente, os direitos à vida, ao desenvolvimento da existência e à saúde.

Aqui, oportunamente, transporta-se do Código Civil de 2002, o artigo 2º, pelo qual, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Segundo Gagliano (2013, p. 131), o dispositivo adota a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, conclui-se que não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera “expectativa de direito”.

Contudo, o professor Pablo Satolze afirma que a questão não é pacífica na doutrina. No que concerne a teoria da personalidade condicional, esta entente que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, surgindo de seu nascimento com vida, bem como a proteção se extingue no caso do feto não chegar a viver. De acordo com a teoria concepcionista, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. É a partir dessa linha de pensamento que decorrem os direitos patrimoniais do nascituro, como o direito aos alimentos, indenizações e doações, originados da personificação do nascituro.

Diniz ensina que os direitos do embrião ou nascituro são resguardados, normativamente, desde a concepção, pois tem início sua existência, vida orgânica e biológica próprias, independente de sua mãe (2009, p. 116). A autora entende que “O reconhecimento do direito à vida desde a concepção faz com que se proíba o aborto, e, ante as disposições constitucionais, o Estado tem o dever de salvaguardar a inviolabilidade da vida humana”.

Continua a legislação protetiva, para asseverar que constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O projeto de lei endossa que nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

O estatuto será interpretado consoante os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

Indica que o nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência, bem como é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança. Para este dispositivo a relatora propõe que é mais apropriado dizer que o nascituro deve ser “destinatário” de políticas públicas e não “objeto”, enaltecendo seu papel de “sujeito” de direitos.

Ainda, relativamente a este dispositivo, a relatora assevera que, embora não haja uma consciência social formulada, o nascituro, a rigor, já é uma criança, de acordo com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário. Este Pacto Internacional assegura a proteção e cuidados especiais em virtude da falta de maturidade física e mental, da criança, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

Outrossim, o Estatuto veda a discriminação ao nascituro por parte dos particulares e Estado, assim, não se pode privá-lo da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivência.

Quanto ao nascituro deficiente, este terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevivência extrauterina. Aqui, o estatuto vai de encontro à decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo deixa de representar uma conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

O projeto alerta que o diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual. O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados. Ao passo que é vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Aqui resta claro a necessidade de se enfatizar que a realização do diagnóstico pré-natal deve estar sempre orientada para o desenvolvimento, saúde e integridade do próprio nascituro, e não para eventuais interesses diversos.

Ressalte-se que Estado e particulares não podem causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Vale a reprodução do artigo 13 do Projeto de Lei nº 478/2007, uma vez que este dispositivo tem causado muita controvérsia:

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Em relação a esse dispositivo, a relatora propõe a reformulação do *caput* a fim de que o dispositivo esteja em concordância com o artigo 128, II, do Código Penal, o qual não trata da violência sexual indistintamente, mas tão só do estupro. Dessa forma, propôs a modificação do texto do substitutivo, no *caput* do artigo 13, ao final da frase, acrescentando a expressão: “Ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro”. A Deputada também entende que deve ser suprimida a palavra “prioritário”, uma vez que não vislumbra razão de prioridade em face de outras crianças. Ademais o encaminhamento à adoção só deve ocorrer se esta for a vontade da mãe.

Quanto à pensão alimentícia, a Deputada entende que seria mais adequado restringi-la ao genitor que viesse a ser identificado, o que em termos de patrimônio genético não oferece maiores dificuldades por meio de teste de DNA. Isto sem prejuízo de responsabilização do Estado por resguardar os direitos fundamentais da criança caso a mãe não disponha de recursos financeiros para tal, até que venha a ser identificado e responsabilizado o genitor ou até que ocorra a adoção, caso esta seja a vontade da mãe.

O projeto aborda a doação para nascituro, sendo esta aceita pelo seu representante legal. Já no que concerne ao exercício do poder familiar, quando houver colisão do interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial. Também será dado curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Em caso da mulher ser interdita, seu curador será o do nascituro. Importante ressaltar que o nascituro tem legitimidade para suceder.

O projeto afirma que a mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação. Uma vez apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Observe-se que o nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial, bem como os danos materiais ou morais sofridos por ele ensejam reparação civil.

Importante frisar que a relatora da Comissão de Seguridade Social e Família propôs a supressão de alguns artigos cuja matéria já é tratada no Código Civil, no Código de Processo Civil, e na Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, a qual disciplina o direito a alimentos gravídicos. Assim, assinalou a retirada dos artigos 14 a 21, bem como, quanto aos artigos 22 a 31 do projeto de lei em exame, entende que se tratam de matéria cujo debate convém ocorra no âmbito de leis penais, tendo-se presente a sistemática do Código Penal.

Não obstante a considerável redução do texto, a relatora afirma que consiste em instrumento de importância para a defesa do nascituro, beneficiando, também, a gestante e sua família. Ademais, revela-se valoroso como integrante da legislação relativa à aplicação dos direitos humanos e da criança e do adolescente.

#### **4.2. Breves Implicações Éticas e Sociais do Estatuto do Nascituro**

Após a análise legal e jurídica do Projeto de Lei nº 478/2007, demonstram-se aqui algumas linhas, as quais são resultado de modesta investigação verificada na mídia impressa e digital, com o intuito de perscrutar o impacto do tema na sociedade.

Considerando as palavras de pessoas que nasceram em decorrência de um ato sexual violento não consentido, percebe-se que existem alguns “filhos do estupro” entendendo que seu nascimento foi indesejado e que a mãe não deveria ter levado adiante a gestação, bem como não pretendem ter filhos. Para outras vítimas, a maioria, o valor maior relatado foi a satisfação da maternidade e o respeito à vida e à família. De uma forma ou de outra, sabe-se que a decisão de seguir a gravidez ou interrompê-la, após um estupro, é uma difícil decisão.

Ambas os lados, aqueles que defendem o Estatuto do Nascituro e os que o criticam, afirmam que de alguma maneira será instaurado um desequilíbrio. Os grupos que defendem a flexibilização da realização do aborto temem que a aprovação da mencionada lei represente a aproximação da criminalização do aborto em qualquer instância. Enquanto os “defensores da vida” receiam diante, por exemplo, da decisão do Supremo Tribunal Federal de autorizar a interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia sem que a prática configure crime, que sejam ampliadas as possibilidades de interromper a gestação diante de uma doença cuja gravidade não seja impedimento para a vida extrauterina. De fato, deve-se evitar a todo custo possibilidades eugênicas, que consistem em melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente.

Acerca da gravidez resultante de estupro, observa-se que se trata de uma situação dramática para a mulher violentada, a qual poderá sofrer, em razão dos traumas sofridos, danos irreparáveis por toda a vida. Assim, é necessário respeitar o sofrimento de quem teve seus direitos fundamentais de liberdade e dignidade violados. Ademais, diante dessas situações, a proposta do Estatuto prevista no artigo 13, inciso III, demonstra ser uma solução digna para a mãe e o filho, qual seja, acompanhamento à gestante para que ela leve a gravidez adiante e, se desejar, entregar seu filho para adoção. Frise-se que este dispositivo deve ser acompanhado de políticas públicas eficazes a fim de não se tornar “letra morta” de lei.

É salutar a lembrança de que os dispositivos do Estatuto do Nascituro não irão absorver todos os casos. O que dizer de uma mulher de classe média estuprada por um criminoso pobre e negro? Certamente, ela não irá precisar da pensão alimentícia ou da ajuda material do Estado, restando para a vítima a necessidade de ver finalizada de forma eficaz a persecução penal, com o estupro preso. O incentivo proposto pela lei, qual seja, apoio financeiro a fim de evitar a interrupção da gravidez, aqui não traria resultados?

Outro aspecto acerca da pensão paga pelo Estado é a propensa impossibilidade de acompanhar a sua efetividade. O Estado terá meios para fiscalizar se os recursos estão sendo

utilizados realmente para o bem-estar daquele que foi gerado através de uma relação sexual não consentida?

Importante ressaltar que apesar da enorme falácia em torno do artigo 13 do Estatuto do Nascituro, outro ponto de grande dissenção reside no artigo 3º, o qual reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde o nascimento com vida. Contudo, sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através do estatuto, da lei civil e penal. No parágrafo único encontra-se que o nascituro goza de expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade. Assim, embora a Constituição brasileira já proteja a vida, o estatuto assegura que o feto possui “natureza humana” desde a concepção e, esta verdade, evidentemente, torna mais distante a legalização do aborto que, igualmente, está em curso no Brasil.

É válido ressaltar que o Estatuto do Nascituro é apresentado pela mídia brasileira como um “aviltamento” aos direitos das mulheres, ao mesmo tempo em que em nenhum momento foi abordado o avanço na proteção aos direitos dos nascituros. Além disso, a imprensa vale-se de uma cobertura parcial, e por que não dizer, encomendada por determinados grupos políticos e organizações não governamentais, enfocando sobretudo o apoio material e financeiro pago pelo Estado no caso de concepção por estupro, o que foi denominado de forma midiática: “bolsa estupro”.

Diante dessa realidade, é preciso ter cautela acerca das críticas que recaem sobre o Estatuto do Nascituro, pois a maior parte de seus algozes antecipam conclusões sem adequada fundamentação e aprofundamento. O tema é, sem dúvida, espinhoso, todavia, resta temerária a alteração de sentido fabricada pelos que são favoráveis ao aborto, uma vez que utilizam determinados dispositivos do Projeto de Lei, a fim de corromper o real objetivo do estatuto, bem como enaltecer o que seria o caráter legítimo de proteção à dignidade da mulher. Nesse contexto, as partes contrárias não podem olvidar-se de que cintilam dois direitos fundamentais em rota de colisão, o direito à vida do ser humano em formação e o direito à liberdade da mulher, bem como que a solução mais racional seria fazê-los enfrentar um sistema de sopesamento, consoante exposto em páginas anteriores.

Outrossim, ressalte-se a escassez de legislações que recolhem as afirmações dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e estabelecessem a partir de que momento

se inicia a personalidade jurídica e o direito à vida, uma lacuna lamentável que tem permitido a difusão da cultura de morte em nosso país.

Sendo assim, o Estatuto do Nascituro significa aprimoramento legislativo em defesa da vida. Considerando que para a gestante a vida de um filho é algo muito real, bem como é inevitável que uma gravidez traga preocupações relativas às condições concretas, materiais e de sobrevivência para vida de seu futuro filho, verifica-se que a lei procura amparar materialmente a mulher, o nascituro e, até mesmo sua família.

### **4.3. Parto Anônimo**

Trata-se do Projeto de Lei nº 3.220/2008, que regula o direito ao parto anônimo, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, atualmente na suplência, o qual tramita na Câmara dos Deputados e, atualmente, encontra-se arquivado. Todavia, representou, caso não seja novamente apresentado, uma alternativa viável à prática do aborto. À proposição principal, foi pensado o Projeto de Lei nº 2747/2008 que cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo.

Ressalte-se que a ideia surgiu através das reflexões trazidas pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFam), assim a instituição do parto anônimo é fruto de debates na sociedade brasileira com a finalidade de reduzir o número de abortos e o abandono de crianças. Diante deste nobre objetivo encontra-se uma questão não menos discutida, qual seja, o choque entre a liberdade da mulher e o direito à identidade do filho.

Historicamente, já existiu prática parecida com os dispositivos desse projeto de lei, ou seja, na Idade Média era ato corriqueiro e conhecido como “roda dos expostos”. Assim, por razões morais, sociais ou econômicas, as mulheres deixavam seus filhos na portinhola de um convento, ou igreja, preservando sua identidade, e avisavam a instituição por meio de um sino ou campainha.

A partir de 1990, vários países da Europa passaram a considerar a implementação do parto em anonimato tendo em vista o aumento de casos de abandono de crianças. Segundo PENALVA (2009, P. 88), Itália, Áustria, Bélgica, Luxemburgo, França e alguns estados norte-americanos permitem o parto anônimo.



O projeto de lei, hoje arquivado, visava garantir à mulher a realização do pré-natal e do parto gratuito pelo Sistema Único de Saúde caso ela optasse por manter no anonimato estes procedimentos, mediante informações acerca das consequências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

A manifestação de vontade da mãe pode ocorrer durante a gestação ou logo em seguida ao parto, sendo possível o resgate da identidade materna, por decisão judicial, em casos, extremos, sem que isso resulte no reconhecimento do vínculo de parentesco.

O artigo 6º repete um dispositivo francês sobre as informações que deverão ser arquivadas, quais sejam, “A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto”. Todavia, condiciona o acesso à informação a uma ordem judicial.

Do artigo 9º extrai-se uma discussão acerca de ser violado o direito personalíssimo à identidade, origem genética e nome do nascituro, ou seja, os direitos do filho diante dos direitos da mãe. Assim, há uma concorrência de direitos personalíssimos, mais especificamente, de um lado está o direito à liberdade da mulher de não querer ser mãe, e, de outro, está o direito à identidade do filho (PENALVA, 2009, p. 96).

A partir de um mirante crítico, a autora entende que o Projeto de Lei nº 3220/2008 desprestigiou o direito personalíssimo à identidade do filho, enquanto gênero, do qual são espécies o direito à identidade genética e o direito ao nome, de modo que, com a instituição do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreria a mitigação dos direitos de personalidade, pois uma lei estaria dispondo acerca de direitos indisponíveis. Assim, a professora conclui que, no choque entre os direitos da mãe e os direitos do filho, devem prevalecer os últimos, haja vista que estes são os mais adequados ao sistema de garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (2009, p. 98).

Por outro lado, conforme Pereira (2008, p. 38), muitos países já instituíram o direito ao parto anônimo em seu sistema jurídico, visando pôr fim ao ciclo de nascimento, rejeição e, por vezes, morte do infante.

Outrossim, à título informação, a lei do parto anônimo vigora na França desde 1993, sendo confirmada pela Corte Europeia em 2003. Existem países, como Hamburgo, onde

mantenedores ligados à Igreja disponibilizam uma espécie de guichê para que a mãe possa depositar seu filho anonimamente. Estes nichos são equipados com berços aquecidos, possuindo material informativo sobre entidades onde a mãe pode buscar ajuda, inclusive psicológica. Alguns Estados, onde não há uma lei regulamentando o parto anônimo, como a Alemanha e Japão, disponibilizam as chamadas “janelas de Moisés”, visando reduzir o abandono e morte dos recém-nascidos.

Continuando, o presidente do IBDFam, Rodrigo da Cunha Pereira, afirma que “As razões que levam uma mãe a praticar ato de tamanha crueldade são injustificáveis. E, para quem não tem a ‘lei interna’, aí deve entrar o direito, para coibir, colocar limites em quem não o tem”. É importante a transcrição da observação do autor:

Mesmo que o Estado deixe de se omitir em suas políticas públicas de atenção às famílias e planejamento familiar, diminuindo drasticamente o abandono de crianças e adolescentes, ainda assim continuariam os atos de insanidade e desrespeito à vida. É, que eles são, também, da ordem do particular e de uma moral sexual e do desamparo estrutural do ser humano (2008, p.39).

Não se pode olvidar que há elementos políticos, sociais e econômicos que envolvem o cenário do abandono de crianças, bem como a prática do aborto. Consoante Pereira (2011, p. 31), além disso, há elementos psíquicos e particulares que levam uma mãe ou um pai a abandonar ou rejeitar seus filhos. Desejar um filho vai além do planejamento de uma gestação. Desejar um filho é oferecer a ele uma força imaginária, ou seja, colocá-lo na vida para que se torne sujeito da própria vida; em outras palavras sujeito de direito e desejo. Conclui o autor que, neste sentido, pode-se afirmar que o nascimento de uma criança não é nenhuma certeza de que ela será considerada filho ou que tenha sido desejada. Grande parte das gestações provavelmente não foram planejadas.

Com a instituição do parto anônimo, busca-se afastar o abortamento provocado como opção e deter-se na análise da viabilidade de implementação daquele no Brasil. O direito ao parto em anonimato preveniria abortos e, conseqüentemente, diminuiria o número de nascituros e mulheres mortas após utilização de técnicas abortivas, independente de em qual fase biológica o feto se encontrava naquele momento.

Acerca da importância da instituição, verifica Queiroz:

O projeto de lei nº 3.220/2008 procurou priorizar não somente a liberdade da genitora de não ser mãe, mas também a dignidade da criança indesejada, buscando evitar um abandono selvagem e oferecer condições para que ela possa seguir sua vida em um lar saudável. Logo, falar em liberdade da gestante não ser mãe não significa afrontar a dignidade humana, mas contribuir para a eficácia dos direitos fundamentais (2010, p. 64).

Outrossim, a partir das argumentações expostas, deduz-se que o parto em anonimato por si só não se configura solução para o abandono de recém nascidos e a grande quantidade de abortos realizados, mas certamente minimizaria esses problemas sociais que aguardam avidamente a implementação de políticas públicas eficientes. É preciso ter em mente que em prol do direito à vida do nascituro, o direito da mãe de manter anônima sua identidade deve ser garantido.

## CONCLUSÃO

Com este trabalho procurou-se oferecer uma abordagem genérica e inevitavelmente incompleta, principalmente considerando o que já foi escrito sobre o tema, todavia, foi empreendida uma tentativa de aproximação com o conteúdo delicado e, ao mesmo tempo, intenso que envolve a temática do aborto.

Inicialmente, deparou-se com a ideia de que atribuir valor intrínseco à pessoa humana remonta ao pensamento clássico e ao ideário cristão. Não obstante seja temerário atribuir somente à religião cristã a elaboração de uma concepção da dignidade da pessoa humana, tem-se tanto no Antigo Testamento como no Novo Testamento referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa de onde o cristianismo extraiu que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Outrossim, os direitos fundamentais, sob uma perspectiva clássica, são ferramentas de proteção do homem diante da atuação Estatal, bem como estão positivados na Constituição Federal, contudo, não se limitam ao rol do artigo 5º, nem mesmo à própria Carta Constitucional brasileira.

A Constituição Federal incorporou as expressões Direitos e Garantias Fundamentais englobando diversas espécies de direitos, tais como, os chamados direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Assim, o direito constitucional brasileiro, encampou a ideia de formalizar os direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais categorias, como espécies, seguindo uma tendência dominante no direito comparado, iniciada pela Lei Fundamental da Alemanha, de 1949.

Importou trazer à pesquisa que a história dos direitos fundamentais, traduz a limitação do poder, principalmente se for considerado a conexão dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do Estado Constitucional. Aqueles direitos demarcaram uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Parte da doutrina os chama de “direitos de resistência”, por isso, têm um lado negativo, no sentido de uma abstenção por parte do poder público. Aqui, é necessário mencionar que o direito à vida apresenta grande importância.

Foram expostas considerações terminológicas acerca do significado da palavra vida, bem como tratou-se do histórico da proteção ao direito à vida. Demonstrou-se a contrariedade entre a ideia do direito à vida agregado à noção de um direito natural e sob a perspectiva do direito positivo.

Analizou-se o direito à vida sob uma perspectiva histórica, mencionando que a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, foi o primeiro documento a consagrar um direito à vida. Após, em 1791, depois da aprovação da quinta emenda, a Constituição Federal Norte-Americana passou a elencar o direito à vida como categoria de direito fundamental.

A Segunda Grande Guerra Mundial influenciou o conteúdo e o papel das constituições que vieram após o conflito. Além disso, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, e os posteriores pactos internacionais protetores dos direitos humanos produziram grande influência nas Cartas Magnas promulgadas durante a segunda metade do século XX. Outros documentos internacionais positivaram um direito específico à vida, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica.

No que concerne à evolução constitucional brasileira, apenas em 1946, uma Constituição brasileira introduziu a proteção do direito à vida. Outrossim, na Constituição Federal de 1988, o direito à vida foi formalmente contemplado, conforme o artigo 5º, *caput*, que o eleva à condição de direito inviolável. A proteção da vida também atingiu a pena de morte, a qual foi vetada, com exceção de guerra declarada, de acordo com o art. 5º, XLVII, *a*.

Identificaram-se alguns entendimentos acerca da ênfase dada ao direito à vida. Enquanto parte da doutrina afirma que o direito à vida é o mais importante de todos os direitos e sem ele, os outros não se realizam; de outro lado, estudiosos asseveram que o ordenamento constitucional confere maior proteção ao direito à vida na medida em que a vida se prolonga, provando sua viabilidade fática.

Assim, de acordo com essa compreensão, o direito à vida não é um direito absoluto, porquanto a própria lei admite exceções à sua tutela. Além disso, o ordenamento jurídico estabelece distinção entre a vida humana dependente e independente, ao sancionar com maior rigor o homicídio em relação ao aborto.

Todavia, é preciso ter em mente que apesar de estar em formação, o embrião é um ser humano e, como tal, deve ser sujeito de direitos e fazer jus à proteção estatal.

Viu-se que é comum encontrar situações nas quais haja uma disputa entre direitos fundamentais e na busca pela solução de tal conflito, indaga-se qual seria a solução mais plausível, se um direito se sobreporia ao outro, se poderia realizar uma ponderação desses direitos, ou, ainda, se persistiria o conflito, pela impossibilidade de restrições aos direitos fundamentais.

Partindo-se do pressuposto de que algumas normas de direitos fundamentais possuem caráter principiológico, a colisão entre tais normas deve ser solucionada mediante a aplicação da ponderação ou balanceamento de interesses. Outrossim, considerando que a colisão perpassada na presente pesquisa é autêntica, ou seja, um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual, reflete-se acerca da colisão entre os direitos à vida do embrião em gestação e à liberdade individual da mulher de interromper a gravidez.

O trabalho também versou acerca do tema da bioética e biodireito, na medida em que estes tem no aborto um objeto de estudo. Assim, verificou-se que a bioética surgiu na tentativa de introduzir uma noção de direitos humanos na investigação científica, sob a ótica do princípio da dignidade humana, do respeito à vida e à integridade física do ser humano.

Apesar da Bioética levantar questões que têm como cerne a importância do respeito à dignidade da vida humana, cabe ao biodireito traçar as exigências mínimas para que se efetive uma real compatibilização entre os avanços na área biomédica, o que certamente representa a ruptura de paradigmas e a continuidade da observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que se pode inferir que nem tudo que é tecnologicamente possível é ético e juridicamente aceitável.

Alertou-se para as descobertas da genética, as quais mostram ao mesmo tempo uma “promessa” e um “dilema”. A primeira diz respeito à realidade próxima do tratamento e prevenção de várias doenças debilitantes. Quanto ao dilema, reside no fato do recém-descoberto conhecimento genético permitir a manipulação da natureza humana, a fim de melhorar os músculos, a memória, o humor, bem como escolher o sexo, a altura e outras características genéticas dos filhos, melhorando as capacidades física e cognitiva.

Assim, concluiu-se que a racionalidade científica busca a aplicação dos novos conhecimentos biológicos e das novas tecnologias em qualquer contexto, dispensando, perigosamente, a reflexão crítica e o equilíbrio de uma legitimação ética e jurídica, autolegitimando seus próprios resultados e decisões e impondo seu padrão de eficiência.

Diante disso, é necessário e importante uma valoração ética da ciência e dos potenciais usos de suas descobertas e tecnologias, bem como a regulação pelo novo campo do biodireito.

No que concerne ao aborto, sabe-se que a opção por este procedimento nunca é simples ou agradável, nem mesmo para pessoas sem referenciais religiosos. Trata-se de uma opção perpassada por temores, angústias, sentimento de culpa e muito sofrimento.

Assim, diante da difícil escolha entre a vida da mãe e do feto, em caso de grave risco de morte da gestante com a continuidade da gestação, entende-se que a medicina acompanha a passos largos os avanços científicos, dessa forma, dificilmente seria necessário tomar decisão tão dramática. Outrossim, persistindo a gravidade em torno da vida da mãe, a decisão deveria recair sobre a mesma e o núcleo familiar, se houver. Decerto, ambas as resoluções irão acarretar danos psicológicos à família, especialmente à mulher.

Defrontando-se com a gravidez resultante de estupro, observa-se que esta envolve diversos sentimentos, bem como valores morais e éticos. Uma mulher que engravida em virtude de ato violento sexual rejeita a ideia da gravidez, o feto e tudo o que decorrer do acontecimento traumático. Verificou-se que parte das mulheres conseguiria gestar o embrião e, após o nascimento, criar e educar a criança “fruto da violência”. Por outro lado, não se espera que todas as mulheres vítimas de estupro que engravidam possuam tamanha abnegação e respeito à vida. Assim, procurou-se investigar alternativas ao abortamento provocado que considerassem a dignidade da mulher e o direito à vida do nascituro.

O Projeto de Lei nº 478/2007 aborda a proteção integral ao nascituro, ou seja, dedica-se aos seus direitos fundamentais, mais especificamente, direito a tratamento médico, a diagnóstico pré-natal, a pensão alimentícia em caso de concepção resultante de estupro, a indenização por danos morais e materiais, além de promover a tipificação de atos como dar causa, de forma culposa, à morte de nascituro; anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto; congelar, manipular ou utilizar um nascituro como material de experimentação; referir-se ao nascituro com palavras ou expressões depreciativas; exibir ou veicular informações ou imagens depreciativas acerca do nascituro; fazer a apologia de aborto e induzir mulher grávida a praticar aborto.

O Projeto de Lei nº 3.220/2008, hoje arquivado, visava garantir à mulher a realização do pré-natal e do parto gratuito pelo Sistema Único de Saúde caso ela optasse por manter no anonimato estes procedimentos, mediante informações acerca das consequências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história

pessoal tem para todos os indivíduos. O projeto também prevê que diante da impossibilidade da mulher assumir a maternidade, a criança pode ser encaminhada à adoção, através do Juizado da Infância e Juventude onde ocorreu o nascimento.

No caso de gravidez de feto anencefálico, não obstante decisão do Supremo Tribunal Federal, entende-se que apesar de uma vida breve, o ser em formação possui o direito de nascer e viver o tempo permitido pelas suas limitações de saúde.

Relativamente aos demais casos, quais sejam, aborto por motivos econômicos, sociais, ou mesmo emocionais e morais, entende-se que utilizando a técnica da ponderação, aliada à proporcionalidade, verifica-se um maior peso do direito à vida, uma vez que este demonstra-se superior à preocupação com dificuldades financeiras, estética ou vergonha social.

Dessa forma, é preciso considerar que no plano da colisão da liberdade individual da mulher com o direito à vida do nascituro, esses princípios não se revelam absolutos. Ademais a interrupção voluntária da gravidez, mesmos nos casos tolerados, deverá ter sintonia com os critérios de proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive, no que diz respeito a uma proibição de proteção insuficiente da vida humana, ainda mais quando a capacidade de autoproteção é inexistente. É válido mencionar que diante de uma eventual supressão da proteção pela via do direito penal, esta deveria ser compensada de algum modo e, com alguma eficácia, por outro tipo de medida de proteção, que tenham por escopo a redução tanto dos casos de interrupção de gravidez quanto de seus riscos colaterais.

É preciso considerar que num contexto de garantias dos direitos fundamentais de saúde, educação e trabalho, fica mais fácil para as mães terem a coragem de levar adiante a gravidez de um filho, mesmo nos casos em que ela não era prevista ou desejada. Outrossim, o Estado possui o dever de facilitar o acesso de todos os cidadãos às informações e aos instrumentos jurídicos para a adoção.

Além disso, deve-se atentar para a atitude de todos em relação a quem decide pela interrupção da gravidez, pois a posição de escuta, de compreensão e de abertura ao diálogo é essencial. Muitas vezes é justamente essa acolhida sincera que fornece a segurança necessária para que uma mãe decida assumir a maternidade do filho e desistir de um aborto.



Outrossim, constatou-se que a legislação precisa vir acompanhada de políticas públicas efetivas para proteger a vida e a dignidade do feto e da gestante. São necessárias medidas que, desde o início, desestimulem a prática do aborto, tais como, campanhas educativas nas escolas e direcionadas às famílias, assim como o apoio pessoal às mães em situação de risco. Por fim, ressalte-se a necessidade de investimento na educação de toda a sociedade para o respeito à vida.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou Controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, p. 259-268, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242874>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O Aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 473-485, jan. 2003.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2003.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Estudo de Genebra**. São Paulo e Barueri: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Penal: Parte Especial. vol. 2, 10. São Paulo: Saraiva, 2010.

BODIOU, Lydie. O filho indesejado: o aborto na Grécia antiga. **História em Revista**, Pelotas. Disponível em: <[http://www2.ufpel.edu.br/ich/ndh/downloads/historia\\_em\\_revista\\_08\\_Lydie\\_Bodiou.pdf](http://www2.ufpel.edu.br/ich/ndh/downloads/historia_em_revista_08_Lydie_Bodiou.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 478 de 19 de março de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584&filenme=PL+478/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584&filenme=PL+478/2007)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 478 de 19 de março de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. **Parecer com complementação de voto e substitutivos**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=770928&filenme=Parecer-CSSF-19-05-2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928&filenme=Parecer-CSSF-19-05-2010)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.220 de 09 de abril de 2008**. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=552449&filenme=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filenme=PL+3220/2008)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, 21 março 2013. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3:portal](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3:portal)>. Acesso em: 26 fev. 2014.

CHILE. **Camara de Diputados de Chile**. Disponível em: <[http://www.camara.cl/pley/pley\\_buscador.aspx?prmBuscar=aborto](http://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx?prmBuscar=aborto)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

COHEN, Claudio. *et al.* Concepções sobre o Princípio da Não Maleficência e suas relações com a prudência. **Revista Bioética**, 2012. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/717](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/717)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

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

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTADOS limitam aborto nos EUA 40 anos após liberação. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 janeiro 2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/89882-estados-limitam-aborto-nos-eua-40-anos-apos-liberacao.shtml>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Serviços Humanos e de Saúde. *The Belmont Report*. Disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

FARO, José Antônio. RYAN, Romina. Do lado da mãe. **Cidade Nova**, São Paulo, v. 53, n. 1, p. 20-21, jan. 2011.

FASSA, Daniel. Uma alternativa ao aborto. **Cidade Nova**, São Paulo, v. 50, n. 6, p. 14-16, jun. 2008.

FELIPE, Sônia T. Bioética e Direitos Humanos: à luz da igual consideração de interesses (Singer) e da reciprocidade (Rawls). *In*: LAPA, Fernanda Brandão. SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. p. 55-88.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FILHO, Rodolfo Pamplona. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 15 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v.

FRACASSA no Uruguai consulta para convocar referendo para derrubar lei de aborto. **Carta Capital**, São Paulo, 26 junho 2013. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/fracassa-no-uruguai-consulta-para-convocar-referendo-para-derrubar-lei-de-aborto-2773.html>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas Questões sobre o aborto. **Unifio**, São Paulo, 2006. Disponível em: < [http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/informacoes\\_gerais/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf](http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/informacoes_gerais/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto Anônimo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 12, n. 280, p. 15-17, set. 2008.

GARCIA, Maria. A indisponibilidade da vida humana e os limites da ciência: A auto compreensão ética da espécie (Habermas). *In*: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, abr./jun. 2007. p. 235-246.

GOLLOP, Thomaz Rafael. Abortamento por anomalia fetal. *In*: CAVALCANTE, Alcilene. XAVIER, Dulce (Org.). **Em Defesa da Vida: Aborto e Direitos Humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 73 -86. Disponível em: <<http://catolicasonline.org.br/uploads/arquivo/Em%20defesa%20da%20vida%20-%20Aborto%20e%20direitos%20humanos%20-%20final.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

GOVERNO espanhol aprova reforma que restringe lei do aborto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 dezembro 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/12/1388690-governo-espanhol-aprova-reforma-que-restringe-lei-do-aborto.shtml>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 10. ed. rev. atual. amp. Niterói: Impetus, 2013. 2 vol.

JONAS, Hans. **O Princípio Vida: fundamento para uma biologia filosófica**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética**. *In*: Ética, medicina e técnica. Lisboa: Vega Passagens, 1994. p. 27-62. Disponível em: <<http://filotechne.org/wp-content/uploads/hans-jonas.pdf>>. Acesso em 10 dez 2013.

LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. **Mundo Jurídico**, 2002. Disponível em: <[mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto042.doc](http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto042.doc)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

LOPES, Ana Maria D'avila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 34, p. 168-183, jan./mar, 2001. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2012. 2 vol.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1994.

MESTRE, Natália. Filhos do Estupro. **Isto é**. São Paulo: Três. p. 56-58, jun. 2013.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e Biodireito: Limites Éticos e Jurídicos à Ciência. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (Coord.). **Revista do Direito**. n. 23, jan./jun. 2005. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2005. p. 71-87.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OS tarados pela morte inventaram que “Estatuto do Nascituro” é Bolsa Estupro”. É uma mentira asquerosa criada pelos exterminadores de feto. Reinaldo Azevedo. **Veja**, São Paulo, 12 fevereiro 2014. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/os-tarados-pela-morte-inventaram-que-estatuto-do-nascituro-e-bolsa-estupro-e-uma-mentira-asquerosa-criada-pelos-exterminadores-de-fetos/>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

PENALVA, Luciana Dadalto. Parto Anônimo e Direitos de Personalidade. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 52, p. 87-99, fev./mar. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parto Anônimo: Uma Janela para a Vida! **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 12, n. 265, p. 38-39, jan. 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 15, n 355, p. 30-31, nov. 2011.

PORTUGAL. **Biblioteca Digital Jurídica. Lei nº 16/2007 de 17-04-2007**. Disponível em: < [http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node\\_id&value=1154048](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=1154048)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

PROPOSTA de aborto divide Partido Popular em Espanha. **Público Porto**, Portugal, 10 fevereiro 2014. Disponível em: < <http://www.publico.pt/mundo/noticia/proposta-de-aborto-divide-partido-popular-em-espanha-1623083>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

REFORMA da lei do aborto avança em Espanha. **Correio da Manhã**, Portugal, 12 fevereiro 2014. Disponível em: < <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/ultima-hora/reforma-da-lei-do-aborto-avanca-em-espanha>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

REZENDE, Joffre Marcondes de. O juramento de Hipócrates. *In*: REZENDE, Joffre Marcondes de. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina**. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. p. 31-48. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

ROCHA, Renata da. O Biodireito e os limites da ciência: um convite à reflexão. *In*: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 72, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 321-333.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. *In*: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO CONGRESSO DE DIREITO PENAL EM HOMENAGEM A CLAUS ROXIN, 2002, Rio de Janeiro. **Conferência...** Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

RUDÁ, Antonio Sólon. Direito penal e bioética: o início e o fim da proteção jurídica da vida humana. **Ciência jurídica**, v. 24, n. 156, p. 119-137, nov./dez. 2010.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. **O equilíbrio do pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In*: CAVALCANTE, Alcilene. XAVIER, Dulce (Org.). **Em Defesa da Vida: Aborto e Direitos Humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 117-180. Disponível em: < <http://catolicasonline.org.br/uploads/arquivo/Em%20defesa%20da%20vida%20-%20Aborto%20e%20direitos%20humanos%20-%20final.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

SCHAEFER, Fernanda. Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. *In*: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. (Coord.). **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31-52.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009. 1 vol.

SILVA, Fernando Duarte Leopoldo e. Fundamentos Médicos e Jurídicos do Atendimento ao Aborto. **JurisWay**, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1201](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1201)>. Acesso em: 08 fev. 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 2 vol.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Legislação Comparada. **Ciência e Cultura**, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Campinas, v. 64, n. 2, p. 40-44, abr./jun. 2012.

URUGUAI. Presidência. **Ley nº 18.987 de 22.10.2012**. *Ley de interrupción voluntaria del embarazo*. Disponível em: <[http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2012/10/msp\\_400.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2012/10/msp_400.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2014.

VANZOLINI, Patrícia. AULA DE BIODIREITO PENAL. Programa Saber Direito. TV Justiça. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=k8PCeSLfqBw>. Acesso em: 10 ago. 2013.



## ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 478/2007

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

### **Das disposições preliminares**

Art.1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

### **Dos direitos fundamentais**

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extrauterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

- I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;
- II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;
- III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 14 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curados ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

### **Dos crimes em espécie**

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro. Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

### Disposições finais

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.124.....  
.....

*Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).*

“Art.125.....  
.....

*Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).*

“Art. 126.....  
.....

*Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.*

Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art.1º .....  
.....

VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

### JUSTIFICAÇÃO

Em 25 de março de 2004, o Senado dos Estados Unidos da América aprovou um projeto de lei que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime. No dia 1º de abril, o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “*Unborn Victims of Violence Act*” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência). De agora em diante, pelo direito norte-americano, se alguém causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante.

Na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão.

Não seria má ideia se o Brasil, seguindo esses bons exemplos, promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o *Pacto de São José de Costa Rica*, assinado por nosso País. Eis uma proposta de “Estatuto do Nascituro”, que oferecemos aos Colegas Parlamentares. Se aprovada e sancionada, poderá tornar-se um marco histórico em nossa legislação.

O presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a *expectativa de direitos*, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos. Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542, Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades.

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime (que hoje é simples

contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos.

Fazemos questão de transcrever o trecho de um recente artigo publicado na revista jurídica *Consulex*, de autoria da ilustre promotora de justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Dra. Maria José Miranda Pereira:

*“Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime nefando. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles. Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenado tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais 9.099/95). noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer.*

*Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessária ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele) o delito é de segunda ou terceira categoria, um “crime de bagatela”.*

O nobre deputado Givaldo Carimbão teve a ideia de incluir o aborto entre os crimes hediondos. Tal sugestão é acolhida no presente Estatuto. É verdade que as penas

continuarão sendo suaves para um crime tão bárbaro, mas haverá um avanço significativo em nossa legislação penal. O melhor de tudo é que, reconhecido o aborto como crime hediondo, não será mais possível suspender o processo, como hoje habitualmente se faz, submetendo o criminoso a restrições simbólicas, tais como: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades etc. (cf Lei 9.099/95, art. 89).

Por ser um projeto inovador, que trata sistematicamente de um assunto nunca tratado em outra lei, peço uma atenção especial aos nobres pares. Seria tremenda injustiça se esta proposição tramitasse em conjunto com tantas outras, que tratam apenas de pequenas parcelas do tema que aqui se propõe.

Esperamos que esta Casa de Leis se empenhe o quanto antes em aprovar este Estatuto, para alegria das crianças por nascer e para orgulho desta nação, bem como para a alegria do ex-deputado Osmânio Pereira que pediu-nos para que novamente o colocasse em tramitação nesta nova legislatura.

Sala das Sessões, Brasília, 2007.

**Deputado Luiz Bassuma**

**PT/BA**

**Deputado Miguel Martini**

**PHS/MG**



**ANEXO B - SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478/2007**

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007

(Apensos aos Projetos de Leis nº 489/07, 1.763/07e 3.748/08)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

Autor: Deputado LUIZ BASSUMA e MIGUEL MARTINI

Relatora: Deputada SOLANGE ALMEIDA

**I – COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO**

Na reunião deliberativa desta Comissão, realizada no dia 19 de maio de 2010, após a leitura do parecer, foi proposto modificação o texto do substitutivo, no caput do art. 13, ao final da frase, acrescenta-se a expressão: (Ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro).

Ante o exposto, voto pela aprovação do PL 478/07 e dos apensados PL 489/07, PL 1.763/07 e PL 3.748/08, nos termos do novo substitutivo que apresento.

Sala da Comissão, 2010

Deputada SOLANGE ALMEIDA

Relatora

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007

Dispõe sobre a proteção ao nascituro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas de proteção ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que “in vitro”, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento.

Art. 7º O nascituro deve ser destinatário de políticas sociais que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido de consentimento informado da gestante.

§ 2º É vedado o emprego de métodos para diagnóstico pré-natal que causem à mãe ou ao nascituro, riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Art. 14. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, Brasília, 2010.

Deputada SOLANGE ALMEIDA

Relatora

**ANEXO C – PROJETO DE LEI Nº 3.220/2008**

Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica instituído no Brasil o direito ao parto anônimo nos termos da presente lei.

Art. 2º É assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou.

Art. 3º A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal.

Art. 4º A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das consequências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

Parágrafo único. A partir do momento em que a mulher optar pelo parto anônimo, será oferecido à ela acompanhamento psicossocial.

Art. 5º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.

Art. 6º A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial

Art. 7º A unidade de saúde onde ocorreu o nascimento deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Parágrafo único. O Juizado da Infância e Juventude competente para receber a criança advinda do parto anônimo é o da Comarca em que ocorreu o parto, salvo motivo de força maior.

Art. 8º Tão logo tenha condições de alta médica, a criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado da Infância e Juventude.

§ 1º A criança será encaminhada à adoção somente 10 (dez) dias após a data de seu nascimento.

§ 2º Não ocorrendo o processo de adoção no prazo de 30 (trinta) dias, a criança será incluída no Cadastro Nacional de Adoção.

Art. 9º A criança será registrada pelo Juizado da Infância e Juventude com um registro civil provisório, recebendo um prenome. Não serão preenchidos os campos reservados à filiação.

Parágrafo único. A mulher que optar pelo segredo de sua identidade pode escolher o nome que gostaria que fosse dado à criança.

Art. 10 A mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade, fica isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvado o art. 123<sup>1</sup> do Código Penal Brasileiro.

Parágrafo único. Também será isento de responsabilidade criminal quem abandonar o filho em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada.

Art. 11 A mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.

Art. 12 Toda e qualquer pessoa que encontrar uma criança recém-nascida em condições de abandono está obrigada a encaminhá-la ao hospital ou posto de saúde.

Parágrafo único. A unidade de saúde onde for entregue a criança deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Art. 13 A pessoa que encontrou a criança deverá apresentar-se ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca onde a tiver encontrado.

§ 1º O Juiz procederá à perquirição verbal detalhada sobre as condições em que se deu o encontro da criança, a qual, além das formalidades de praxe, deverá precisar o lugar e as circunstâncias da descoberta, a idade aparente e o sexo da criança, todas as particularidades que possam contribuir para a sua identificação futura e, também, a autoridade ou pessoa à qual ela foi confiada.

§ 2º A pessoa que encontrou a criança, se o desejar, poderá ficar com ela sob seus cuidados, tendo a preferência para a adoção.

§ 3º Para ser deferida a adoção é necessário que a pessoa seja considerada apta para fazê-la.

Art. 14 As formalidades e o encaminhamento da criança ao Juizado da Infância e Juventude serão de responsabilidade dos profissionais de saúde que a acolheram, bem como da diretoria do hospital ou unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou onde a criança foi deixada.

Art. 15 Os hospitais e postos de saúde conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que mantêm serviços de atendimento neonatal, deverão criar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da publicação da presente lei, condições adequadas para recebimento e atendimento de gestantes e crianças em anonimato.

Parágrafo único. As unidades de saúde poderão manter, nas entradas de acesso, espaços adequados para receber as crianças ali deixadas, de modo a preservar a identidade de quem ali as deixa.

Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **JUSTIFICATIVA**

O abandono de recém-nascidos é uma realidade recorrente. Em todo Brasil é crescente o número de recém-nascidos abandonados em condições indignas e subumanas. A forma cruel com que os abandonos acontecem chocam a sociedade e demandam uma medida efetiva por parte do Poder Público.

A mera criminalização da conduta não basta para evitar as trágicas ocorrências. A criminalização da conduta, na verdade, agrava a situação, pois os genitores, por temor à

punição, acabam por procurar maneiras, as mais clandestinas possíveis, para lançar “literalmente” os recém-nascidos à própria sorte. É essa clandestinidade do abandono que confere maior crueldade e indignidade aos recém-nascidos. A clandestinidade do abandono feito “às escuras” torna a vida dessas crianças ainda mais vulnerável e exposta a sofrimentos de diversas ordens.

Já adotado em países como França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria e vários Estados dos Estados Unidos, o parto anônimo surge como uma solução ao abandono trágico de recém-nascidos. O instituto afasta a clandestinidade do abandono, evitando, conseqüentemente, as situações indignas nas quais os recém-nascidos são deixados. Há a substituição do abandono pela entrega. A criança é entregue em segurança a hospitais ou unidade de saúde que irão cuidar de sua saúde e em seguida irão encaminhá-la à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta. Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de abrir mão da maternidade sem ser condenada, civil ou penalmente, por sua conduta.

O que se pretende não é esconder a maternidade socialmente rejeitada, mas garantir a liberdade à mulher de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo acesso à rede pública de saúde. As crianças terão, a partir de então, resguardados o seu direito à vida, à saúde e à integridade e potencializado o direito à convivência familiar.

Se colocarmos numa balança o direito à vida e a identidade do nascituro, o primeiro, inquestionavelmente, deverá preponderar. Tendo em vista que a afetividade se sobrepõe ao critério biológico, se opor ao parto anônimo em virtude de uma possível mitigação do direito à identidade, é uma atitude inaceitável.

Diante do número crescente de abandonos de recém-nascidos ocorridos no Brasil o Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM mobilizou diversos seguimentos da sociedade, principalmente instituições e associações que trabalham em defesa da vida, dos direitos fundamentais, dos direitos da mulher, da criança e da saúde, para que juntos discutissem sobre a institucionalização do Parto Anônimo no Brasil.

Este Anteprojeto foi elaborado com as várias contribuições recebidas, estando de acordo com a necessidade da sociedade e da demanda jurídica de concretização dos direitos fundamentais positivados, atendendo, também, à repulsa social ao abandono de recém-nascidos em condições subumanas. Entretanto, caberá ainda à casa legislativa ampliar o debate por meio de audiências públicas, fomentando a discussão com outras entidades ligadas e interessadas no assunto.

O parto anônimo encontra respaldo jurídico na Constituição Federal, ao assegurar a dignidade humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, caput) e a proteção especial à criança (art. 227), bem como no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ao assegurar a efetivação de políticas públicas relacionadas à educação e ao planejamento familiar que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio, em condições dignas de existência (art. 7º).

O parto em anonimato não é a solução para o abandono de recém-nascidos, pois este fator está diretamente ligado à implementação de políticas públicas. Mas, certamente, poderia acabar com a forma trágica que ocorre esse abandono.

Certo de que a importância deste projeto de lei e os benefícios dele advindos serão percebidos pelos nossos ilustres Pares, espero contar com o apoio necessário para a sua aprovação.

Sala das Sessões, Brasília, 2008.

SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO

Deputado Federal PT/BA