

Uma releitura da possibilidade de aborto segundo o
ordenamento jurídico brasileiro

1

Frederico Luciano Delgado de Faria

Mestrado em Direito
Especialização em Ciências
Jurídico-Políticas

**Uma releitura da possibilidade de Aborto segundo o ordenamento jurídico
brasileiro**

Orientação: Professora Doutora Mónica Romano
Martinez Leite de Campos

02 de junho de 2022



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

**Uma releitura da possibilidade de Aborto segundo o ordenamento jurídico
brasileiro**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito para obtenção do
título de Mestre em Direito – especialização
em Ciências Jurídico-Políticas - conferido
pela Universidade Portucalense.
Orientadora: Professora Doutora Mónica
Romano e Martinez Leite de Campos.

FREDERICO LUCIANO DELGADO FARIA

Porto, junho de 2022.

Dedico este trabalho ao meu pai, *In Memoriam*, e minha mãe, que sempre traçaram meu caminho de vida baseado na educação e no estudo.

À minha esposa e aos meus filhos, que abdicaram do tempo familiar para me apoiarem nessa jornada, não medindo esforços para que eu alcançasse esse meu objetivo.

AGRADECIMENTOS

À Professora Mónica Romano e Martinez Leite de Campos pelas suas orientações e desprendimentos em ajudar-me.

Agradeço a toda a equipe do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública e da Universidade Portucalense.

“Há certo gosto em pensar sozinho. É ato individual,
como nascer e morrer.” (Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

Uma releitura da possibilidade de Aborto segundo o ordenamento jurídico brasileiro

A dissertação, ora apresentada, consiste na apresentação dos resultados sobre uma pesquisa acerca da criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira e sua compatibilidade com o projeto constitucional nacional. A pesquisa foi feita com base na metodologia dialético-dialógica. No primeiro capítulo, apresenta-se o posicionamento de tribunais nacionais e supranacionais sobre a questão do aborto e sua possibilidade, alinhando-o com as estatísticas disponibilizadas pela Organização Mundial da Saúde. No segundo capítulo, apura-se, com base nas teorias sobre quando é adquirido o *status* de pessoa, qual é o momento da gestação que melhor se encaixa no projeto constitucional brasileiro. No terceiro capítulo, discute-se a possibilidade do aborto antes da aquisição da condição de pessoa e se o ordenamento jurídico nacional necessita ser modificado. Por fim, conclui-se que a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira não viola a fundamento da dignidade da pessoa humana inscrito no projeto constitucional brasileiro, mas que é necessária uma nova interpretação, para que se admita o abortamento livre, desde que consentido pela gestante, antes da 20ª semana de gravidez e, posteriormente, em casos específicos, autorizados pelo legislador.

Palavras-chave: Direito penal; Dignidade da pessoa humana; Condição de pessoa; Aborto; OMS.

ABSTRACT

A re-reading of the possibility of abortion according to the Brazilian legal system

The Master of Laws dissertation here presented consists in the outcomes of a research about the criminalization of abortion in the Brazilian legal order and its compatibility with the national constitutional project. The research is based on the dialectic-dialogic methodology. The first chapter presents the perspectives of the national and supranational courts on the issue of abortion and its possibility, aligning it with the statistics provided by the World Health Organization. The second chapter presents, based on theories about when the status of person acquired, which is the moment of pregnancy that best fits to the Brazilian constitutional project. The third chapter discusses the possibility of abortion before acquiring the status of a person and whether the national legal system needs to be changed. Finally, it is concluded that the criminalization of abortion in the Brazilian legal order does not violate dignity of the human person as the foundation of constitutional order. However, it is concluded also that a new interpretation is necessary in order to allow free abortion before the 20th week of pregnancy, and after only in specific cases, authorized by the legal order.

Keywords: Criminal law; Dignity of human person; Status of person; Abortion; WHO.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	8
LISTA DE FIGURAS E TABELAS	9
1 INTRODUÇÃO	10
2 A DISCUSSÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA: ESTATÍSTICAS E CASOS	16
2.1 As estatísticas sobre o aborto	17
2.2 Os casos sobre aborto	20
2.1.1 Casos em que o aborto é proibido, sem exceção	20
2.2.2 Casos em que o aborto é permitido, salvo exceções	23
2.2.3 Casos em que o aborto é permitido	27
3 A PESSOA ENTRE A DIGNIDADE E O ABORTO	33
3.1 Dignidade da pessoa humana	33
3.2 Pessoa e o início da vida humana	41
3.2.1 A corrente natalista	41
3.2.2 A corrente da personalidade condicional	43
3.2.3 A corrente concepcionista	45
3.2.4 A corrente da nidação	52
3.2.5 A corrente embriológica	53
3.2.6 A corrente neurológica	57
3.2.7 A corrente metabólica	59
4 A LEGITIMIDADE DO ABORTO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E PORTUGUESA	62
4.1 O aborto em Portugal conforme a Legislação Vigente	63
4.2 A teoria da ponderação	64
4.2.1 Ponderação e racionalidade	68
4.2.2 Ponderação e razoabilidade	73
4.2.3 Ponderação e proporcionalidade	76
4.3 No Brasil, o aborto é permitido	80
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CFRB – Constituição Federal da República Brasileira

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CP – Código Penal

DIU - Dispositivo Intrauterino

EUA - Estados Unidos da América

FIV - fertilização *in vitro*

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial da Saúde

REM - Rapid Eye Movement

SNS - Serviço Nacional de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

WHO - World Health Organization

ÍNDICE DE FIGURAS E TABELAS

Figura 1 – Distribuição de abortos por continente	17
Figura 2 – Leis que afetam o aborto seguro	18
Figura 3 – Ponderação de Alexy	67
Tabela 1 – Motivos pelos quais o aborto é admitido no mundo	19
Tabela 2 – Ferramenta OMS	21
Tabela 3 – Países e seus diferentes motivos para liberação do aborto	23
Tabela 4– Países e seus diferentes motivos para liberação do aborto	28

1 INTRODUÇÃO

O tema do aborto é um campo fértil para discussões. Nos últimos anos, vários casos têm sido apresentados ao Poder Judiciário não só do Brasil, mas do mundo todo e, inclusive, a Tribunais Supranacionais. Os debates envolvem, de modo geral, o bem-estar tanto da gestante quanto do nascituro e se relacionam a finalidades humanitárias e à proteção da dignidade da pessoa humana.

O destaque que o tema recebeu não é, todavia, diretamente proporcional a avanços substanciais, seja na interpretação da legislação vigente, seja na atualização desta. O fato é que, na verdade, não se sabe exatamente que tipos de avanços são positivos e quais são negativos. Isso se deve à alta carga de juízos morais que envolvem a discussão e que influenciam os ordenamentos jurídicos nacionais.

A título de exemplo, esses posicionamentos morais trazem tanto normas que proíbem o aborto sem qualquer tipo de exceção – o que em geral se deve a doutrinas religiosas – quanto normas que autorizam o aborto até o momento anterior ao nascimento, independentemente de justificativa.

A faixa intermediária situada entre esses dois extremos parece caminhar para um equilíbrio. A dificuldade em atingir esse equilíbrio diz respeito, contudo, a quais condições que devem estar presentes para que o aborto possa vir a ser realizado. De qualquer modo, o entendimento moderado parece se revelar como o mais adequado na atual quadra de evolução do constitucionalismo mundial, especialmente quando o caso for grave e/ou incompatível com a (dignidade da) vida humana, tanto da gestante quanto do nascituro.

A proteção da vida humana e de sua dignidade é provavelmente tão antiga quanto a história da humanidade. A verdade que fundamenta essa assertiva é, porém, relativa. E isso porque a proteção nem sempre foi incondicional.

A pesquisa de fontes sobre a história dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana revela que os seres humanos nem sempre foram todos considerados sujeitos de direito, salvo para fins penais – quando, curiosamente, por exemplo, os escravos, normalmente tratados como coisa (objeto de direitos), são punidos como seres humanos, sendo-lhe aplicadas, às vezes, penas até mais severas. A própria história recente evidencia isso, seja em relação aos povos indígenas do continente americano, seja em relação aos negros africanos escravizados, seja em relação aos judeus vítimas do Holocausto.

Os exemplos são muitos. Mas, especialmente após a Segunda Grande Guerra, nos países que adotaram regimes democráticos, sejam eles monárquicos ou

republicanos, houve uma tendência generalizada em se reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana. A pesquisa em documentos internacionais e nas Constituições nacionais que surgiram neste pós-guerra demonstra com clareza o esforço em se reconhecer que todos os seres humanos têm dignidade ou que nascem com ela. As redações, obviamente, variam, mas a essência é idêntica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/1988) não é um ponto fora dessa curva, embora, curiosamente, todas as que lhe antecedam e tenham sido promulgadas pós-1945, sejam. O texto constitucional atualmente vigente, logo em seu primeiro dispositivo, enuncia os fundamentos do Estado Democrático de Direito que reconhece. E entre eles está a dignidade da pessoa humana.

Vale salientar que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático Brasileiro desde o constituinte originário, onde a partir de então restou definido a sua natureza sob título dos princípios fundamentais. Portanto, tem-se que no entendimento do constituinte, a dignidade da pessoa humana ultrapassa a norma jurídica, a sua natureza não é de mandamento de otimização, como define a teoria em voga sobre tal classificação, mas, sim, a de norma fundamental.

Assim, em que pesem as discussões contemporâneas sobre a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, a opção feita foi a de tratá-la como norma constitucional fundamental. Isso implica em afirmar que, tal qual a norma hipotética fundamental kelseniana, ela deve sempre prevalecer, sem a possibilidade de ser ponderada. Logo, se há normas absolutas na ordem jurídica brasileira, a que reconhece a dignidade da pessoa humana pode ser indicada como uma delas.

É notável, nesse passo, que o constituinte tenha erigido a dignidade da pessoa humana e não o direito à vida a fundamento do Estado brasileiro. Por essa razão, embora a vida tenha sido reconhecida, no próprio texto constitucional, como um direito fundamental, ela não pode ser tratada, pelo menos não no projeto constitucional brasileiro, como um direito absoluto. Não é, todavia, aí, que entram as discussões sobre a interrupção da gestação, mas apenas sobre as formas de terminação da vida humana, como o suicídio e a eutanásia.

As discussões sobre a interrupção da gestação e a prática do abortamento se encartam no entendimento sobre o marco inicial da vida da pessoa humana. Mas não da vida em si, mas de sua viabilidade, o que se confunde com a aquisição da condição ou do status de pessoa. Portanto, a discussão travada na presente dissertação diz respeito a descobrir quando, considerado o projeto constitucional brasileiro, se pode

afirmar que o nascituro adquire o status de pessoa. É esse o sentido que se dá à discussão sobre o começo da vida humana.

O problema que se apresenta é, então, o seguinte: a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira é compatível com o projeto constitucional nacional? Em que pese a simplicidade da formulação, a resposta é difícil. Isso se deve ao fato de que as suas premissas dependem de revisar um entendimento que há muito se arraigou na doutrina e na jurisprudência brasileira, formando uma posição majoritária, mas não consensual.

A posição majoritária é, na verdade, composta por duas posições que não se complementam e que não permitem a conclusão atual que se tem sobre o aborto no Brasil. No campo civilista, prepondera o entendimento de que há vida humana com o nascimento (corrente natalista), muito embora haja divergências em razão da previsão de que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção (corrente concepcionista e corrente da personalidade condicionada). No campo penal, por sua vez, é firme o entendimento de que desde o momento em que a gravidez inicia (corrente concepcionista) é possível a prática do crime de aborto. Portanto, as visões do legislador no campo penal (1941) e no campo civil (2002) não se comunicam, bem como não justificam o entendimento de que o aborto é proibido no Brasil. Ora, se penalmente o aborto é a interrupção da vida humana e se civilmente a vida humana só inicia com o nascimento, então ou a tipificação está equivocada ou a interpretação do ordenamento é que está.

A hipótese de resposta cuja veracidade se pretende apurar é a de que, no Brasil, o aborto não é proibido, mas permitido. Todavia, a permissão não é ilimitada, ela observa o momento a partir do qual a vida humana, durante a gestação, é viável, ou seja, o momento a partir do qual é possível dizer que o nascituro adquiriu a condição de pessoa. Os dois capítulos iniciais contribuem, assim, para formar as premissas dessa hipótese.

O segundo capítulo, primeiro após esta introdução, traz à baila o estado da arte no mundo sobre o tema do aborto. Inicialmente, apresentam-se as estatísticas disponibilizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Organização Mundial da Saúde (OMS), sobre a prática do aborto (item 2.1).

A partir dessas informações os países são divididos em três grupos: casos em que o aborto é proibido, sem exceções; casos em que o aborto é proibido, mas há exceções; e casos em que o aborto é permitido, seja ilimitada ou limitadamente até o nascimento. Dentro de cada um desses grupos (item 2.2) são apresentados casos

decididos por tribunais nacionais e supranacionais, com o intuito de evidenciar a ausência de consenso sobre a prática do abortamento.

Apesar disso, é possível identificar um fio condutor voltado para a possibilidade de que os países permitam o aborto com limitações, para preservar, primordialmente, a vida da gestante, não a do nascituro.

Subsequentemente, o terceiro capítulo traz a discussão sobre o começo da vida humana. Na verdade, o foco é redirecionado, porque se entende que a pergunta adequada diz respeito a quando a vida humana é viável e, por conseguinte, a partir de quando o nascituro ou concepturo adquire o status de pessoa humana.

Nesse passo, é feita uma releitura das correntes sobre o início da vida, com o intuito de identificar qual delas melhor se amolda ao projeto constitucional do Brasil, o que é feito a partir do entendimento sobre a função da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático Brasileiro. O resultado disso é que, ao se travar a discussão, define-se quando há aborto e quando não há.

As correntes identificadas no terceiro capítulo são em maior número que aquelas trazidas pelos livros de direito civil e de direito penal, razão pela qual se conclui que há um acomodamento doutrinário e jurisprudencial sobre as questões que funcionam como premissa para a discussão sobre a possibilidade do aborto. E esse acomodamento tem sido suficiente para retirar toda a força crítica, inclusive e principalmente do ponto de vista científico, sobre esse importante tema. É que, como se pode facilmente observar, as análises restringem-se, usualmente, ao campo jurídico, sem adentrar na necessária interdisciplinaridade com a biologia, por exemplo.

Nesse passo, inicia-se com a apresentação da corrente majoritária no campo civil (item 2.2.1), colocando-se tanto os seus argumentos quanto as críticas que lhe são endereçadas.

A partir das críticas, não apenas a corrente é abandonada como as outras são apresentadas, sequencialmente, até se encontrar a que melhor se amolda ao projeto constitucional brasileiro. Com isso, apresentam-se, a partir da crítica aos natalistas, as correntes da personalidade condicional ou condicionada (item 2.2.2) e concepcionista (item 2.2.3), sendo aquela basicamente uma variação desta.

É a partir da corrente concepcionista, também conhecida como genética, que a interface do direito com a biologia é explorada no presente trabalho, o que é feito a partir da apuração sobre em qual momento da gestação – normalmente dividido em semanas – a vida humana é viável. Em uma síntese muito apertada, as teorias são divididas entre aquelas que enxergam o início da vida humana antes da 20ª semana de gravidez (itens 3.2.4 a 3.2.6) e aquela que o posiciona a partir desse período (item

3.2.7), que, basicamente, é aquele a partir do qual é possível o nascimento com vida de feto em condição prematura extrema.

A literatura especializada demonstra, portanto, o quão difícil é o tema do aborto, seja do ponto de vista meramente jurídico (item 3.2), seja a partir de uma visão interdisciplinar (item 3.2). Apesar disso, é imprescindível buscar uma resposta fundamentada, ainda que ela não possa ser considerada definitiva. É isso o que se faz o quarto capítulo, quando se procura apurar a legitimidade do aborto na ordem jurídica brasileira a partir da teoria da ponderação.

O quarto capítulo, último antes da conclusão, apresenta a teoria da ponderação (item 2.1), a qual é utilizada, ao lado das conclusões que foram obtidas nos capítulos precedentes, para confirmar a hipótese, então tese, de que, no Brasil, ao contrário do que se costuma afirmar, o aborto é permitido.

Na verdade, como será explicitado com mais vagar, até a 20ª semana da gestação, não há que se falar em aborto, porque não há vida viável nem pessoa humana. Ou seja, só se pode falar em aborto a partir da 20ª semana, caso em que o abortamento deve se limitar a justificativas plausíveis pela proteção da dignidade da gestante e de sua vida.

O caminho escolhido para alcançar essa resposta é o método dialético, baseado fundamentalmente na discussão dialogada com desenvolvimento de argumentos em constante falseamento, para que o resultado final seja adequado e também consistente.

Nesse passo, como já registrado, não se procura uma resposta que se revele como verdade absoluta (um dogma) nem como uma verdade óbvia (um axioma), muito menos se pretende vender a discussão (caso da erística), mas, sim, estabelecer conexões para um diálogo.

A estratégia utilizada no presente trabalho consiste, portanto, em espécie de método socrático, no qual o diálogo é permitindo pela apresentação de pontos de vista opostos para se chegar a uma resposta clara, crítica e adequada. Isso explica a divisão do trabalho em três capítulos entre a introdução e a conclusão.

A premissa geral está no segundo capítulo, que apresenta o estado da arte e as três mais comuns manifestações sobre a proibição ou permissão do aborto nos ordenamentos jurídicos nacionais. A premissa específica está no capítulo três, que discute a partir de qual momento se pode considerar a vida como viável e, assim, como passível de sofrer abortamento. Ao final, no quarto capítulo, o que se apresenta é a verificação da hipótese destacada nesta introdução, com o devido destaque para a teoria que embasa a sua análise.

A vantagem de esse agir, fundamentalmente dialético e dialógico, é evidente, uma vez que permite a construção paulatina de uma resposta crítica ao problema formulado. É o que se procurou realizar no presente trabalho.

2 A DISCUSSÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA: ESTATÍSTICAS E CASOS

A discussão sobre o aborto é, por tabela, uma discussão sobre o início da vida. Antes de trazer a lume tanto as elucubrações teóricas sobre a dignidade da pessoa humana quanto as teorias sobre o começo da vida humana e, por conseguinte, as divagações sobre o que é, técnica e juridicamente, o aborto (temas do capítulo três) e, ainda, a parametrização da legitimidade da prática abortiva, ou seja, quando ela poderá ser considerada lícita e quando ela se configurará como tipo penal (temas do capítulo quatro), cumpre entender o estado da arte sobre a discussão travada neste trabalho. E isso se optou por fazer a partir do estudo de casos concretos.

A escolha pelo estudo inicial de casos concretos tem como propósito o de subsidiar a resposta à pergunta formulada na introdução.

A utilização do método do estudo de caso não é principal aqui, razão pela qual sequer foi referida nas linhas propedêuticas. Todavia, ela é de suma importância para o direcionamento da discussão pretendida. Com ela, evita-se, na trilha da crítica feita por Tassigny, Freire, Nottingham e Karam, que o trabalho se resuma, como acontece a grande parte da produção jurídica, à mera revisão literária, com repetição e compilação de argumentos alheios, sem que se apresentem perspectivas novas a respeito das problemáticas jurídicas¹.

O estudo de casos é um método investigativo empírico que se manifesta basicamente de duas maneiras.

A primeira, não adotada no presente trabalho, é aquela em que a empírica é direta, ou seja, em que o pesquisador colhe *in loco* os elementos que vão subsidiar a sua pesquisa.

A segunda, claramente acolhida neste trabalho, pode ser referida como empírica indireta, posto que o pesquisador se utiliza de elementos que já foram colhidos para construir a sua análise. Com efeito, as decisões dos Tribunais escolhidas para permear a discussão são produto da pesquisa primária, ao passo que a investigação aqui proposta é produto de pesquisa secundária. É por isso que esse método não é referido na introdução, haja vista a sua proximidade com o dialogismo dialético acolhido. De qualquer modo, como a coleta é feita, ainda que para fins tão somente descritivos, é importante o destaque.

¹ TASSIGNY, Mônica Mota, FREIRA, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, NOTTINGHAM, Andréa de Boni, KARAM, Andréa Maria Sobreira. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. vol. 88, n. 1, jan./jun. 2016, p. 39-57, p. 40. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/2268>>.

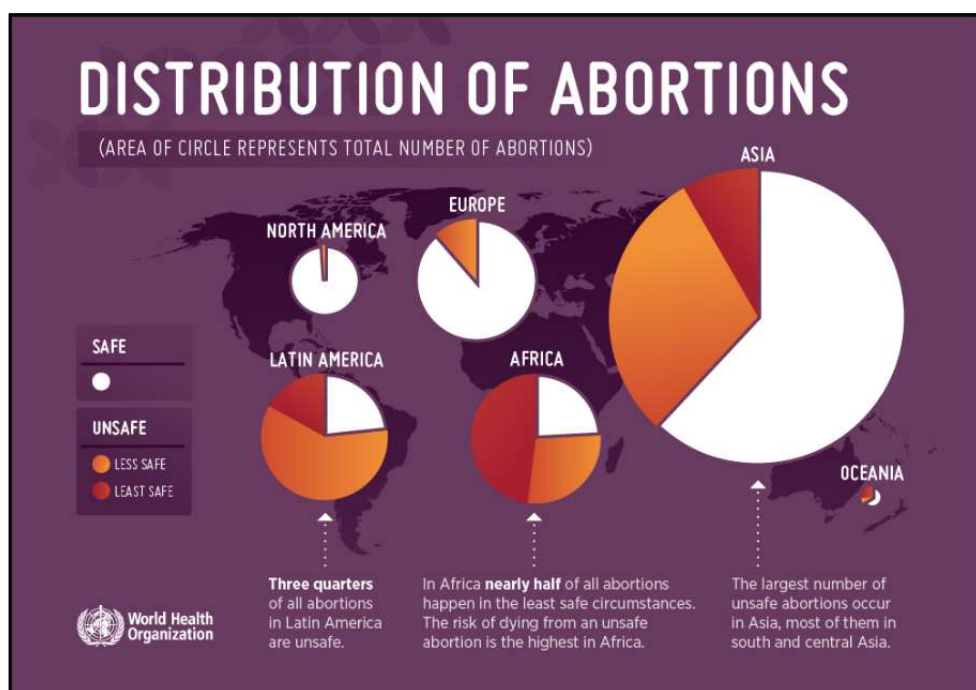
A análise sobre as decisões de tribunais nacionais e internacionais a respeito dos casos sobre aborto não prescinde de um prévio levantamento a respeito da prática de aborto no mundo.

As estatísticas sobre o aborto

Os dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) revelam como é importante a discussão sobre o aborto.

O infográfico a seguir demonstra o quão segura (ou não) é a realização de abortos em média nos continentes². A área do círculo representa o número total de abortos, que é dividido em seguros (branco), inseguros (laranja) e inseguros com risco de morte (vermelho). Como se pode observar nos destaques, 75% de todos os abortos feitos na América Latina são inseguros, 50% de todos os abortos na África têm risco de morte e o continente com maior número de abortos inseguros é a Ásia.

Figura 1 – Distribuição de abortos por continente



Fonte: World Health Organization

A OMS, segundo seus levantamentos estatísticos, destaca, conforme o infográfico a seguir³, que as leis que restringem a prática do aborto não contribuem para reduzir a sua prática. Em países cujas leis proíbem o aborto ou apenas permitem

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Distribution of abortions*. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-distribution-abortions.jpg?sfvrsn=25816e94_2>.

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Laws impact abortion safety*. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-laws.jpg?sfvrsn=8fff954f_2>.

que ele seja realizado para salvar a vida ou a saúde física da mulher, apenas 25% dos abortos são seguros, ao passo que nos países cujas leis autorizam a sua prática 90% são seguros.

Figura 2 – Leis que afetam o aborto seguro



Fonte: World Health Organization (2017)

Conforme aponta a figura 2, o informativo World Health Organization (WHO), do ano de 2017 apresentava orientações acerca de que, apenas um em cada quatro abortos são seguros em países onde o procedimento é completamente proibido ou, permitido apenas para salvar a vida da mulher em situações de risco de saúde física, enquanto aproximadamente nove em cada dez abortos são seguros nos países onde as leis permitem o procedimento sem restrição. Evidenciando assim, que a restrição do aborto não reduz o número de ocorrências do procedimento.

Tais informações partiram através do relatório da OMS “Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception”, realizado no ano de 2015, no qual se evidenciou que mesmo diante de intervenções seguras e eficazes, a média anual de abortos inseguros é de quase 22 milhões, o que contribui deveras para os altos índices de mortalidade e de morbidade materna. O motivo para que tais números permaneçam é um conjunto de barreiras normalmente associadas à política

nacional sobre o abortamento, como a falta de pessoas treinadas, estigmas, questões regulatórias e políticas, entre outras⁴.

A mesma OMS “possui um Manual de prática clínica para aborto seguro”⁵. Informações relevantes sobre a prática do aborto podem ser encontradas nesse documento. Como se extrai do guia, há dois tipos de procedimentos abortivos: um medicamentoso, que é denominado “aborto médico”, e um por cirurgia, chamado “aborto cirúrgico”.

O aborto médico é um procedimento que envolve várias etapas e consiste na ministração de dois medicamentos (mifepristone e misoprostol) e/ou de múltiplas doses de apenas um deles (misoprostol), sendo mais efetiva a associação. Aconselha-se que ele seja realizado no máximo até a 12ª semana, embora possa ser realizado após o primeiro trimestre da gestação.

O aborto cirúrgico, por sua vez, não é recomendado quando a gravidez tiver menos de 12 semanas de duração e é realizado mediante uma cirurgia cervical associada à administração de misoprostol até a 19ª semana, utilizando-se dilatadores osmóticos, preferencialmente, a partir da 20ª semana. Nota-se, portanto, que a ONU admite a possibilidade de aborto após a 20ª semana.

No documento *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*⁶, a OMS traz uma tabela, a seguir reproduzida, atualizada até 2009, com um resumo dos motivos pelos quais o aborto é admitido no mundo (eixo horizontal) em função da localização do país (eixo vertical). Foram compilados sete motivos, que aparecem na seguinte ordem: para salvar a vida da gestante, para preservar a saúde física da mulher, para preservar a saúde mental da mulher, decorrente de estupro ou incesto, deficiência do feto, questões econômicas ou sociais, a pedido⁷.

Tabela 1 – Motivos pelos quais o aborto é admitido no mundo

⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception*. 2015, p. 3. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/812804/retrieve>>.

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Clinical practice handbook for safe abortion*. 2014. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/454713/retrieve>>.

⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*. 2. ed., 2012. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/104095/retrieve>>.

⁷ Ibidem, p. 25.

Country or area	To save the woman's life	To preserve physical health	To preserve mental health	Rape or incest	Fetal impairment	Economic or social reasons	On request	Number of countries
All countries	97	67	63	49	47	34	29	195
Developed countries	96	88	86	84	84	80	69	49
Developing countries	97	60	55	37	34	19	16	146
Africa	100	60	55	32	32	8	6	53
Eastern Africa	100	71	65	18	24	6	0	17
Middle Africa	100	33	22	11	11	0	0	9
Northern Africa	100	50	50	33	17	17	17	6
Southern Africa	100	80	80	60	80	20	20	5
Western Africa	100	63	56	50	44	6	6	16
Asia ^a	100	63	61	50	54	39	37	46
Eastern Asia	100	100	100	100	100	75	75	4
South-central Asia	100	64	64	57	50	50	43	14
South-eastern Asia	100	55	45	36	36	27	27	11
Western Asia	100	59	59	41	59	29	29	17
Latin America and the Caribbean	88	58	52	36	21	18	9	33
Caribbean	92	69	69	38	23	23	8	13
Central America	75	50	38	25	25	25	13	8
South America	92	50	42	42	17	8	8	12
Oceania ^a	100	50	50	14	7	0	0	14

^aJapan, Australia and New Zealand have been excluded from the regional count, but are included in the total for developed countries.
Adapted from reference 3.

Fonte: World Health Organization

A OMS disponibiliza um gráfico dinâmico com os dados atualizados sobre as políticas sobre aborto no mundo⁸. A ferramenta permite uma visão abrangente (*world view*) ou uma comparação entre países (*country comparison*), bem como um resumo dos perfis por país. As informações disponibilizadas pela ferramenta, além de estarem regularmente atualizadas, incluem mais detalhes que a tabela reproduzida na página anterior e será utilizada a seguir.

2.2 Os casos sobre o aborto

A tabela acima e a ferramenta permitem entender a divisão dos países em três grupos quanto à prática do aborto. O primeiro grupo abrange os países em que o aborto é tipificado como crime e a proibição é peremptória, isto é, não admite exceções. O segundo grupo compõe-se dos países em que o aborto também é figura típica penal, mas o legislador, bem como os tribunais nacionais admitem a sua prática (exclusão de tipicidade) em certas ocasiões. O terceiro e último grupo é o dos países em que a prática do aborto é legal, variando apenas até qual semana de gestação é admitida a prática.

2.2.1 Casos em que o aborto é proibido, sem exceção

O primeiro grupo de casos é aquele em que o aborto não é admitido em período algum da gestação. A ferramenta disponibilizada pela OMS permite identificar alguns

⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global abortion policies database*. [consult. 16 nov. 2020] Disponível na Internet: <<https://abortion-policies.srhr.org/?mapq=q1i>>.

desses países: El Salvador, Nicarágua, Suriname, Haiti, República Dominicana, Gabão, Madagascar, Honduras, Mauritânia, Congo, Senegal, Filipinas, Palau, Andorra, Vaticano, San Marino, Malta, Líbia, Sudão do Sul, Afeganistão, Bangladesh, Guatemala, Myanmar, Paraguai, Síria, Venezuela, Iêmen e Sri Lanka⁹.

A tabela a seguir evidencia isso:

Tabela 2 – Ferramenta OMS

Country	Economic or social reasons	Fetal impairment	Rape	Incest	Intellectual or cognitive disability of the woman	Mental health	Physical health	Health
Sort: ▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾
Afghanistan	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Andorra	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Bangladesh	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Congo	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Dominican Republic	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
El Salvador	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Gabon	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Guatemala	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Haiti	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Holy See / Vatican City State	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Libya	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Madagascar	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Malta	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Mauritania	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Myanmar	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Nicaragua	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Nicaragua	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Palau	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Paraguay	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Philippines	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
San Marino	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Senegal	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
South Sudan	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Sri Lanka	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Suriname	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Syrian Arab Republic	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Venezuela	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Yemen	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Total:	✓ 0	✓ 0	✓ 0	✓ 0	✓ 0	✓ 0	✓ 0	✓ 0
27 countries	✗ 27	✗ 27	✗ 27	✗ 27	✗ 27	✗ 27	✗ 27	✗ 27
	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0
	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0	⊙ 0

Fonte: Organização Mundial da Saúde

Em El Salvador, a prática do aborto, em qualquer uma de suas modalidades, é tipificada como crime e não admite causas de exclusão. Há diversos casos famosos

⁹ Cf. MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas. Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020, p. 12.

na literatura, aqui foi escolhido um deles, que chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁰. Com 22 anos de idade, uma mulher, *B*, foi internada no Hospital Maternidade Dr. Raúl Arguello Escalón em El Salvador. O seu prontuário identificava a existência de uma grave patologia (lúpus eritematoso discoide agravado por nefrite lúpica) e gravidez de anencéfalo.

À época em que a gestante contava com 13 a 15 semanas de gravidez, o Comitê Médico do Hospital se manifestou pelo aborto, uma vez que antes da 20ª semana o risco de complicações é menor. Ao contrário, a partir da 20ª semana são maiores os riscos de hemorragia obstétrica grave, agravamento da patologia, falhas renais, pré-eclâmpsia grave, infecções e morte da mãe.

O caso foi levado à Corte Suprema de Justiça de El Salvador, tendo o Ministério da Saúde informado ao órgão jurisdicional que a situação era mesmo de aborto e urgente. A Organização Pan-Americana de Saúde, por meio do órgão responsável, também se manifestou pelo aborto. O Diretor do Hospital Maternidade corroborou a necessidade de aborto. O Instituto Médico Legal foi o único dos especialistas que opinou pela não interrupção da gravidez.

Como se tratava de caso urgente e estando a gestante com cerca de 18 semanas e não tendo a Corte Nacional decidido, foi interposto um recurso de amparo para proteger os direitos da gestante. Cerca de duas semanas depois, o Tribunal Nacional julgou improcedente a possibilidade de aborto (20ª semana).

Os argumentos apresentados pela Corte Suprema de Justiça de El Salvador foram resumidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹, podendo-se destacar que a decisão impugnada partiu do entendimento de que é necessário ponderar entre os direitos à vida e à saúde da gestante e os mesmos direitos em relação ao nascituro, uma vez que os direitos deste não se impõem sobre os daquela nem vice-versa. No entanto, apesar das conclusões de vários serviços médicos pelo abortamento do feto anencéfalo, como houve uma situação de estabilidade no quadro da gestante, optou-se por não realizar o procedimento terminativo, mesmo diante da possibilidade de que ela viesse a piorar, ou seja, assumiu-se um risco, para não se abrir uma lacuna no ordenamento jurídico nacional, que veda o aborto.

A decisão do Tribunal salvadorenho foi contestada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que foi acionada para que o Estado decidisse o caso. A decisão nacional salvaguardou os direitos do nascituro, cuja probabilidade de

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso B v. El Salvador*. MC 114/13. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf>.

¹¹ Ref. 10.

sobrevivência extrauterina era praticamente inexistente, em detrimento dos direitos da gestante. Com isso, em *B v. El Salvador*, a CIDH (2013) deferiu, com base no artigo 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), medida cautelar para autorizar o aborto, na 26ª semana de gestação, uma vez que todas as evidências médicas contribuíam para tal escolha, sem responsabilização criminal dos médicos.

2.2.2 Casos em que o aborto é proibido, salvo exceções

O segundo grupo de casos é aquele dos países onde o aborto é fato penal típico, mas se admite em determinados casos, como se houver risco de morte da gestante, ou em casos de estupro, incesto ou feto inviável.

A tabela a seguir, retirada da ferramenta da OMS, traz exemplos de países que, em regra, vedam o aborto, mas admitem, em certos casos sua realização. Na tabela, os motivos de justificação admitidos aparecem na seguinte ordem: questões econômicas ou sociais, deficiência fetal, estupro, incesto, deficiência mental ou cognitiva da gestante, preservar a saúde mental da mulher, preservar a saúde física da mulher ou questões gerais sobre saúde.

Tabela 3 – Países que vedam o aborto, mas admitem excepcionalmente

Country	Economic or social reasons	Fetal impairment	Rape	Incest	Intellectual or cognitive disability of the woman	Mental health	Physical health	Health
Sort: ▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾
Argentina	✗	✗	✓	✗	✗	✓	✓	✓
Brazil	✗	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗
Chile	✗	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗
Colombia	✗	✗	✓	✓	✗	✓	✓	✓
Costa Rica	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓
Cote D'Ivoire	✗	✓	✓	✓	✗	✓	✓	✗
Democratic Republic of Congo	✗	✗	✓	✓	✗	✓	✓	✗
Egypt	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓
Hungary	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	✓
India	✗	✓	✗	✗	✓	✓	✓	✗
Jammu and Kashmir (India)	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓	?
Iraq	✗	✓	✗	✗	✗	✓	✗	✓
Italy	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓	✗
Japan	✓	✗	✓	✗	✗	✗	✓	✓
Poland	✗	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓
Republic of Korea	✗	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✓
Total:	✓ 3	✓ 7	✓ 10	✓ 6	✓ 2	✓ 8	✓ 8	✓ 9
15 countries	✗ 12	✗ 8	✗ 5	✗ 9	✗ 13	✗ 7	✗ 7	✗ 6
	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0	i 0
	0 0	0 0	0 0	0 0	0 0	0 0	0 0	0 0

Fonte: Organização Mundial da Saúde

O caso mais comum entre os admitidos para justificar o aborto, tanto nos países do segundo quanto nos países do terceiro grupo, é o de grave prejuízo à saúde da mulher, o que, necessariamente, inclui o risco de morte caso a gravidez seja levada adiante.

Nesse sentido, por exemplo, o “Caso Tysiāc v. Polônia”, em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) apreciou o caso de uma polonesa grávida cujos laudos médicos comprovavam que a continuidade da gestação implicaria na piora de sua saúde, inclusive com grave risco para sua visão¹². O hospital fora notificado e, apesar dos laudos, negou o aborto. Após o nascimento, a mãe teve hemorragias na retina, o que prejudicou sobremaneira sua visão.

Em razão disso, a gestante apresentou uma queixa criminal contra o chefe do Departamento de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital, tendo TEDH julgado procedente o pedido para condenar à indenização. É dizer, o TEDH entende, assim

¹² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tysiāc v. Polônia*. Application no. 5410/03. Sentença de 20 de março de 2007. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-79812%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]})>.

como já havia firmado no “Caso A, B e C v. Irlanda”¹³, e em consonância com a CIDH, que havendo prejuízo grave à saúde da gestante, pode-se realizar o aborto.

Certamente, como relatado acima, há outras justificantes. Vide o caso, por exemplo, da Argentina, até na data dessa publicação ilustrada em tabela 3 e do Chile, em que o aborto é ainda principalmente proibido, mas se admite em casos cuja excepcionalidade tenha sido atestada¹⁴. A Alemanha, como se verá mais adiante, só não se inclui nesse caso porque o aborto é admitido em regra, embora se condicione sua realização à prévia recomendação médica. Em sentido contrário, Argentina, Chile, Colômbia e Brasil, entre outros, consideram o aborto em regra como ilegítimo.

Por exemplo, tanto na Argentina¹⁵, pela decisão da Suprema Corte de Justiça da Nação, quanto no Chile¹⁶, pela decisão do Tribunal Constitucional, firmou-se que a distribuição de pílulas contraceptivas de emergência, devido ao seu caráter abortivo, não seria autorizada. No caso argentino, a Corte debruçou-se sobre o momento do início da vida, concluindo-se que o momento adequado seria o da fertilização, razão pela qual a fabricação, comercialização e distribuição de pílula do dia seguinte não podem ser autorizadas. No caso chileno, o Tribunal reconheceu ao nascituro o *status* de pessoa, desde a concepção.

É válido destacar que a Argentina no ano de 2020 obteve a aprovação da legalização do aborto, a partir da Lei n.º 27.610, que dispõe acerca do acesso à interrupção voluntária da gravidez e preconiza, entre outras coisas, a obrigação de oferecer cobertura integral e gratuita. Entrando, assim, em vigor por todo o território argentino em 24 de janeiro de 2021¹⁷.

A lei estabelece em seu artigo 2º que tanto as mulheres, como pessoas de outras identidades de gêneros, que possuam capacidade de gestar, têm direito de decidir sobre a interrupção da gravidez, nos termos da lei. Em caso de realização do aborto, o dispositivo exige que um consentimento da pessoa grávida seja expresso de forma escrita e no caso de mulheres com idade menor que 16 anos o consentimento

¹³ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda*. Application no. 25579/05. Sentença de 16 de dezembro de 2010. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]})>.

¹⁴ Para o caso chileno, ver, entre outros: MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 49, p. 59-75, 2020; PÉREZ, Beatriz; SAGNER-TAPIA, Johanna; ELGUETA, Herman E. Despenalización del aborto en Chile: una aproximación mixta desde la percepción del aborto en población comunitaria. *Gaceta Sanitaria*. vol. 34, n. 5, p. 485-492, 2020.

¹⁵ ARGENTINA. *Sentença de 5 de março de 2002. Corte Suprema de Justiça da Nação*. P. 709, XXXVI. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516601&cache=1527630605077>>.

¹⁶ CHILE. *Sentença Rol 740-07, de 18 de abril de 2008*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>.

¹⁷ Lei 27.610/21. Argentina. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2020_ley27610_arg.pdf.

dos pais deve ser apresentado. A partir de 16 anos a pessoa que resolver pela interrupção da gravidez tem plena capacidade de exercer seus direitos conferidos em lei.

A Costa Rica segue o mesmo exemplo do Chile, ou seja, o embrião humano é considerado pessoa desde a concepção, embora não para fins de ser sujeito passivo de crime¹⁸. Todavia, ao contrário do Chile que só admite aborto nos casos de estupro, a Costa Rica só admite para preservar a saúde da gestante.

Em 2000, a Suprema Corte da Costa Rica declarou que a prática da FIV (fertilização *in vitro*) violava o direito à vida do nascituro.

Em 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à CIDH que responsabilizasse a Costa Rica por violação à CADH, porque a declaração de inconstitucionalidade da legislação que permitia a FIV interferia arbitrariamente sobre os direitos à vida privada e à formação da família. A CIDH deferiu o pedido, razão pela qual é possível concluir que a Corte entende que a vida humana não inicia com a concepção¹⁹.

Diversamente, em 2017 o Tribunal Constitucional do Chile declarou constitucional uma lei que descriminaliza hipóteses de interrupção voluntária da gravidez em casos de estupro, a inviabilidade do feto, ou de risco de morte da gestante²⁰. A Corte firmou que, apesar da proteção ao nascituro, não se pode pretender negligenciar os aspectos da dignidade da gestante, tratando-se como mero elemento utilitário para a proteção daquele.

Nesse passo, o órgão destacou que não sendo a vida um direito absoluto e sendo mantido o aborto como prática ilícita penal, o reconhecimento de causas de exclusão, excepcionais e delimitadas, é possível no ordenamento chileno.

Por fim, o Tribunal considerou que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, que a proteção do nascituro deve ocorrer inicialmente por outros meios, como, por exemplo, uma política educacional (reprodutiva).

No Brasil, como destacado acima, o aborto também é usualmente proibido, mas o legislador o admite, a exemplo dos demais países sul-americanos, que em certos casos, como risco de morte da gestante e estupro.

¹⁸ COSTA RICA. *Sentença 442, de 7 de maio de 2004*. Corte Suprema de Justiça. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasionpenal/images/jurisprudencia/sentencias/2004/0442-04.DOC>>.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁰ CHILE. *Sentença Rol 3729/17, de 28 de agosto de 2017*. Tribunal Constitucional. Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>. Acesso em: 25 set. 2020.

Além desses, a jurisprudência nacional, conforme decisões proferidas pelo STF, admite o aborto se inviável o embrião humano, por analogia à constitucionalidade da Lei 11.105/2005 de Biossegurança²¹; em casos de gravidez indesejada até a 12ª semana²²; e em casos de anencefalia a partir da 12ª semana²³, quando é possível detectar qualquer patologia que impeça a vida extrauterina. As três possibilidades colocam, na prática, o país entre países liberais, mas a classificação padrão coloca-o no segundo grupo.

Outro caso é a Colômbia²⁴, cuja Corte Constitucional manteve a criminalização do aborto constitucional. Todavia, reconheceu a possibilidade de sua prática, com a respectiva excludente, em cinco casos excepcionais: se houver ameaça à saúde ou à vida da mulher, desde que atestado por médico; se houver má formação do feto e a vida extrauterina lhe for incompatível, conforme diagnóstico médico; ou se a gravidez for resultante de estupro ou relação sexual não consentida, incesto ou inseminação artificial não consentida, com a exigência de que qualquer um desses fatos tenha sido reportado, anteriormente, à respectiva autoridade competente.

Portanto, podem ser indicados como países pertencentes a esse grupo Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Costa do Marfim, República Democrática do Congo, Egito, Iraque, Itália, Polônia, República da Coreia, Hungria, Índia, Japão e México, havendo neste último variação por região. O resumo das situações nas quais se permite o aborto segue em destaque no tópico a seguir (excluído o México).

2.2.3 Situações onde aborto é permitido

Por fim, o terceiro grupo de casos abrange os países em que o aborto é liberado. Em regra, tais países seguem o entendimento de que nascituros e crianças nascidas não devem ser tratadas da mesma forma. Além disso, esses países permitem a realização do aborto até um determinado momento do curso da gestação, ao contrário daqueles países do segundo grupo, que o admitem apenas em casos excepcionalíssimos.

²¹ BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Brasília, 29/05/2008. Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 set. 2020.

²² BRASIL. *Habeas Corpus 124.306/RJ*. Supremo Tribunal Federal. Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso. 1ª Turma. Brasília, 09/08/2016. Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 set. 2020.

²³ BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 12/04/2012. Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 set. 2020.

²⁴ COLÔMBIA. *Sentença C-355/06*. Corte Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-355-06.rtf>>.

Entre os países, há alguns em que a autorização varia por região. É o caso do Canadá que possui regiões que admitem a qualquer época e outras que admitem apenas até a 15ª, 19ª ou 20ª semana de gestação. Na Austrália a situação é a mesma, havendo regiões que admitem sem limitação, regiões que não admitem e entre as que limitam fixam no máximo até a 24ª semana. E também no Reino Unido.

O único país que parece admitir em todo o seu território o aborto de limite de tempo gestacional são os Estados Unidos da América. Em todos os demais países pesquisados, o aborto é limitado à 10ª (Croácia e Portugal), 12ª (Cuba, França, Alemanha, Irlanda, Macedônia, Rússia, Eslováquia e Uruguai), 14ª (Espanha), 18ª (Suécia), 20ª (Nova Zelândia) ou 22ª (Islândia e Noruega) semana de gestação.

A tabela não inclui os países em que há variação por região:

Tabela 4 – Países e seus diferentes motivos para liberação do aborto

Country	Economic or social reasons	Foetal impairment	Rape	Incest	Intellectual or cognitive disability of the woman	Mental health	Physical health	Health
Sort: ▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾	▾
Croatia	ⓘ	✓	✓	✓	ⓘ	ⓘ	ⓘ	✓
Cuba	✓	✓	✓	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	✓
France	ⓘ	✓	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	✓
Germany	ⓘ	✗	✓	✗	✗	✓	✓	✗
Iceland	ⓘ	✓	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ
Ireland	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓
New Zealand	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ
North Macedonia	✗	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓
Norway	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	ⓘ
Portugal	✗	✓	✗	✗	✗	✓	✓	✗
Russian Federation	✓	✓	✓	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ
Slovakia	✗	✓	✗	✓	✗	✗	✗	✓
Spain	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✓
Sweden	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	✓
United States of America	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	ⓘ	✓
Total: 15 countries	✓ 3 ✗ 5 ⓘ 7	✓ 10 ✗ 2 ⓘ 3	✓ 6 ✗ 4 ⓘ 5	✓ 4 ✗ 4 ⓘ 7	✓ 1 ✗ 6 ⓘ 8	✓ 4 ✗ 3 ⓘ 8	✓ 4 ✗ 3 ⓘ 8	✓ 9 ✗ 2 ⓘ 4

Fonte: Organização Mundial da Saúde

É importante observar – e isso vale inclusive para os países em que o aborto possui uma autorização restrita – que a realização do procedimento independe de que

haja o consentimento do pai em potencial. Isso porque a sua saúde não é impactada com a manutenção de uma gravidez indesejada pela mulher.

Nesse sentido, a Comissão Europeia de Direitos Humanos²⁵, no *Caso Paton v. Reino Unido*, decidiu que a vida do nascituro se liga apenas à vida da gestante, razão pela qual o potencial pai não tem poder de interferir na continuidade ou não da gestação. No mesmo sentido foi a decisão da Corte de Arbitragem da Bélgica²⁶, que precedeu a atual Corte Constitucional.

Não há uma uniformidade de causas justificantes, mas, compilando, elas podem se referir a questões como falta de renda ou de condições financeiras para criar uma criança, falta de condições mentais para se ter uma criança, inviabilidade do feto, risco de morte para a gestante, estupro, má formação ou anormalidades do feto, questões médicas, danos graves à saúde física ou mental (psicológica) da mãe, falha dos meios contraceptivos (no caso de mulheres casadas).

Há que se notar, entretanto, que na maioria dos países que são liberais em relação ao aborto, é estabelecido um período máximo dentro da gestação para que ele seja realizado, impõem condicionantes. É o caso da Alemanha²⁷. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, o aborto deve ser precedido de recomendação específica, uma vez que o nascituro é entendido como um ser humano independente, constitucionalmente protegido, obstando-se, portanto, a livre escolha da gestante não respaldada medicamente.

A necessidade de prévia recomendação não pode ser tal que torne a possibilidade de realização do aborto uma ilusão. Foi o que decidiu a Suprema Corte do Canadá²⁸, ao julgar o *Caso R. v. Morgentaler*. Nesse precedente, médicos que faziam a defesa pública do aborto como direito soberano da mulher, independentemente do rito fixado pela lei canadense, foram absolvidos. Segundo o Tribunal, admitida a possibilidade do aborto pelo constituinte, não pode o legislador

²⁵ COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Paton v. Reino Unido*. Application no. 8416/78. Sentença de 13 de maio de 1980. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980-Paton-v.-United-Kingdom-X.-v.-United-Kingdom.pdf>>.

²⁶ BÉLGICA. *Arrêt n° 39/91. Sentença de 19 de dezembro de 1991*. Corte de Arbitragem. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.const-court.be/public/fi/1991/1991-039f.pdf>>.

²⁷ ALEMANHA. *Sentença de 25 de maio de 1975*. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39,1. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>>; ALEMANHA. *Sentença de 28 de maio de 1993*. Tribunal Constitucional Federal. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs19930528_2bv000290en.html>.

²⁸ CANADÁ. *Sentença de 1998*. Suprema Corte do Canadá. *R. v. Morgentaler*. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>>.

restringir indevidamente o exercício do direito pela gestante. No mesmo passo, a Eslováquia²⁹, em decisão proferida por seu Tribunal Constitucional.

Parece ser, portanto, uma recomendação geral a existência de condições prévias, desde que elas não impeçam a realização do procedimento.

A propósito disso, nos Estados Unidos da América (EUA), a Suprema Corte julgou seis casos que merecem destaque, porque dimensionam esse ponto de vista. Em *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, julgado em 2016³⁰, decidiu, na mesma linha da Eslováquia e do Canadá que o direito ao aborto não poderia ser suprimido por regulamentações que fossem demasiadamente burocráticas.

Em complemento, a Corte fixou em *Gonzales v. Carhart*, de 2007³¹, que os procedimentos não poderiam ser desumanos, o que segue o seu entendimento firmado em *Stenberg v. Carhart*, de 2000,³² e em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992³³, de que a legislação não pode impor ônus indevido ao direito de escolha da gestante, desde que respeitado o precedente firmado em *Roe v. Wade*, de 1973³⁴, pelo qual se estabeleceu que o Estado só pode regulamentar a prática do aborto após a 12ª semana de gestação, com a observação de que nos EUA o feto só é considerado pessoa quando demonstrada a sua sobrevivência extrauterina, sendo suficiente, como firmado também em 1973, em *Doe v. Bolton*³⁵, a decisão médica.

No mesmo sentido, a maioria dos países que são liberais quanto ao aborto. Como é o caso da França, que, em geral, admite que seja feito até a 12ª semana de gestação. Há, todavia, casos que autorizam a interrupção médica da gravidez após o primeiro trimestre, podendo ser feita até ao nono mês, desde que o nascituro possua doença incurável ou haja risco para a saúde da gestante³⁶.

²⁹ ESLOVÁQUIA. *Decisão PL.ÚS. 12/01, de 4 de dezembro de 2007*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992296/1_07a.pdf/88e635ba-300a-4cf3-a71b-99ecfe2c8e54>.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 27 de junho de 2016*. Suprema Corte. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-274.html>>.

³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 18 de abril de 2007*. Suprema Corte. *Gonzales v. Carhart*. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/opinion.html>>.

³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 28 de junho de 2000*. Suprema Corte. *Stenberg v. Carhart*. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/case.html>>.

³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 29 de junho de 1992*. Suprema Corte. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>.

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973a*. Suprema Corte. *Roe v. Wade*. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>.

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973b*. Suprema Corte. *Doe v. Bolton*. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/case.html>>.

³⁶ DRECHSEL, Denise. Afinal, a França aprovou ou não o aborto até 9 meses de gravidez? Entenda. *Gazeta do Povo*. 11 de agosto de 2020. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/afinal-a-franca-aprovou-ou-nao-o-aborto-ate-9-meses-de-gravidez-entenda/>>.

Na verdade, mesmo nos casos de interrupção voluntária sem que se façam presentes uma dessas duas causas, tem-se que é possível, segundo o Estado francês, a realização do aborto após a 12ª semana por motivos terapêuticos.

É o que se extrai do *Caso Vo v. França*, decidido pelo TEDH³⁷, em que, por um erro de médico, que confundiu os prontuários de pacientes, a querelante, que possuía gravidez saudável e não optou por aborto, foi submetida a procedimento de retirada de Dispositivo Intrauterino (DIU) e, devido a perfuração do saco gestacional, foi submetida ao referido aborto entre a 20ª e a 21ª semanas. Na decisão do TEDH, ficou reconhecido que inexistia na legislação francesa definição legal quanto ao nascituro e ao seu *status* jurídico e que o ordenamento não penaliza o aborto terapêutico, razão pela qual se julgou a queixa improcedente.

A Croácia³⁸ segue posicionamento muito parecido com o da França. De acordo com julgamento do Tribunal Constitucional da República da Croácia, a gravidez pode ser interrompida até a 10ª semana, a pedido da mulher. E, após esse período, o aborto somente poderia ocorrer por indicação médica e com a aprovação de uma comissão específica, na forma da lei.

Na Irlanda do Norte³⁹, a autorização para o aborto é apenas em casos de saúde. O entendimento de sua Suprema Corte é interessante. Segundo ela, o aborto é legal nos casos de risco real e substancial à vida da gestante, mas que deveria ser realizado fora do país.

Em razão disso, três mulheres residentes no país, que engravidaram sem intenção de fazê-lo, peticionaram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) para contestar a possibilidade de realização do aborto em solo irlandês, bem como a falta de acompanhamento à sua saúde na Irlanda após a realização de aborto no exterior.

No *Caso A, B e C v. Irlanda*⁴⁰, o TEDH decidiu que a legislação proibitiva da Irlanda deveria ser observada, à exceção dos casos em que houvesse risco real e substancial à vida da gestante cujo único tratamento dependeria da interrupção da gravidez.

³⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença de 8 de julho de 2004*. Caso Vo v. França. Application no. 53924/00. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]})>.

³⁸ CROÁCIA. *Decisão U-I-60/1990 et al., de 21 de fevereiro de 2017*. Tribunal Constitucional da República da Croácia. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_03_25_564.html>.

³⁹ IRLANDA DO NORTE. *Decisão de 30 de novembro de 2015*. Corte Superior de Justiça. The Northern Ireland Human Rights Commission's Application [2015] NIQB 96. [consult. 28 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/03/Termination-of-Pregnancy.pdf>>.

⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda*. Application no. 25579/05. *Sentença de 16 de dezembro de 2010*. Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]})>. Acesso em: 25 set. 2020.

Toda essa análise permite concluir que, apesar de haver muitos países ainda no primeiro grupo (proibição total) e de que os poucos que há no segundo grupo (vedação parcial) tendem ora para o primeiro ora para o terceiro grupos, há uma tendência, em especial a partir das informações fornecidas pela OMS de que haja a legalização, ainda que parcial, do aborto.

Essa tendência é percebida especialmente a partir do terceiro grupo, que se subdivide em duas seções. A primeira seção é formada por pouquíssimos países que entendem que a condição de pessoa – como será evidenciado no próximo capítulo – não está presente em nenhum momento da gestação. A segunda seção, por sua vez, compõe-se por vários países, os quais adotam o entendimento de que a condição de pessoa é adquirida tão somente a partir de determinado período – ou semana – da gestação, antes do qual o abortamento é possível. Após esse período, tais países equivalem ao grupo de países que proíbem o aborto, mas o admitem em casos excepcionais.

O próximo capítulo parte dessa tendência para entender, a partir de uma perspectiva da dignidade da pessoa humana, quando, cientificamente, inicia a vida humana e o que se pode entender, então, propriamente, como aborto.

3 A PESSOA ENTRE A DIGNIDADE E O ABORTO

O capítulo anterior demonstrou como é controvertida a questão sobre a prática do aborto. É interessante observar, nesse sentido, que apesar de haver alguns países que liberam a prática em determinados casos, como acontece ao Brasil, a maioria dos países ou proíbe veementemente o aborto ou o permite até uma determinada fase da gestação. Todavia, parece haver, como indicam as decisões proferidas por tribunais supranacionais ou internacionais, uma tendência a se permitir o aborto.

O presente capítulo discorre sobre três temas essenciais à questão do aborto. Parte-se do entendimento sobre o que é a dignidade da pessoa humana para analisar qual o momento em que começa, efetivamente, de acordo com as teorias apresentadas a vida humana, para, ao final, esclarecer em que consiste o aborto.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

As funções de uma Constituição, segundo ensina Julio Siqueira, podem ser resumidas, historicamente, a três: organização do Estado, divisão do poder e limitação ao exercício do poder.⁴¹ Os direitos compõem o grupo das limitações, o que pode ser extraído, também, da lição de Paulo Bonavides, para quem os direitos têm como principal objetivo a proteção da sociedade, dos indivíduos e do ambiente em que eles vivem.⁴² A dignidade da pessoa humana, embora não tenha sido formulada como direito pelo constituinte originário brasileiro, encarta-se como um tipo de limitação ao exercício do poder, porque fundamento do Estado.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado brasileiro, não perde o seu *status*, porém, de princípio máximo dos Estados Democráticos de Direito atuais. Afinal, como recorda Fábio Konder Comparato, a dignidade não pode ser vista senão como um atributo intrínseco do ser humano, que o acompanha, portanto, desde quando apareceram os primeiros hominídeos, mas cujo reconhecimento e proteção é recente.⁴³

⁴¹ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental – da Antiguidade ao Século XXI. *Cuestiones Constitucionales*. vol. 34, 2016. Disponível na Internet: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316300063>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁴² BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. n. 40, 2000. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&tlng=pt>.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

Todavia, essa não é uma perspectiva unânime, uma vez que autores como Joaquín Herrera Flores vislumbram a dignidade humana como um produto cultural,⁴⁴ mas sem criticar, porém, o seu reconhecimento como pertencente a todas as culturas. Nesse sentido, pode-se acompanhar Ingo Wolfgang Sarlet e afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é “[...] um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”.⁴⁵

Há praticamente um consenso entre os constitucionalistas de que após os crimes que foram cometidos durante a Segunda Grande Guerra, a dignidade da pessoa humana foi erigida a postulado-chave ou a centro de irradiação de direitos de todas as ordens jurídicas democráticas. Todavia, é necessário ter em mente que esse reconhecimento é fruto de sua existência prévia e que o ordenamento jurídico, ao promovê-la, nada mais faz que contribuir, embora de maneira crucial, para a sua promoção e para a sua proteção⁴⁶. Nesse passo, pode-se afirmar que a dignidade é característica ínsita da pessoa humana, tendo sido absorvida pelo direito para que, com o reconhecimento da sua existência, se pudesse lhe dar maior proteção.

A dignidade da pessoa humana, segundo Fábio Konder Comparato, pode ser recuperada pelo menos no período axial (cerca de 600 a.C.), quando se passou a falar na existência de uma igualdade essencial a todos os seres humanos, embora tenha sido necessário o decurso de mais de 25 séculos para o ser humano formular que todos nascem livres e iguais em direitos, deveres e dignidade.⁴⁷ Na verdade, porém, o reconhecimento prescinde dessa fórmula. É que ao se analisar os acontecimentos do século XVIII se pode concluir e todos os que se lhe antecederam, é possível se concluir que a formulação foi apenas uma constatação, imprescindível diante de uma necessidade até então crescente.

Obviamente que dado o conhecimento dos fatos históricos, a afirmação da existência da dignidade varia conforme a sociedade e a época. Luís Roberto Barroso recorda que desde a Antiguidade Clássica greco-romana até a crise do Antigo Regime não se pode enxergar a dignidade senão como “[...] um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições”.⁴⁸ É deveras interessante, nesse sentido, que embora atualmente pareça um tanto quanto

⁴⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8 e 12.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 13.

indevido a dignidade era utilizada para se referir não apenas a pessoas, como também havia o seu uso para instituições e funções públicas, com o mesmo significado de autoridade ou importância.

Na verdade, a relação da dignidade com os direitos humanos vai aparecer, ao menos na cultura ocidental, apenas em fins do século XVIII. Todavia, como recorda Barroso, “a noção atual de dignidade humana não substitui a antiga, pois é produto de uma história diferente [...]”, que não equivale à importância do cargo público, muito menos à autoridade de uma determinada posição hierárquica de poder; ao contrário, toda a história da dignidade humana relacionada à sua visão como característica ínsita da pessoa tem raízes religiosas e filosóficas.⁴⁹

É possível afirmar diante disso, ao lado de diversos outros juristas, que estudam a história, as características e as relações da dignidade da pessoa humana, como é o caso de Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁰, Antonio Junqueira de Azevedo⁵¹, Peter Häberle⁵² e Ingo Wolfgang Sarlet⁵³, que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana nas Constituições nacionais e nos documentos internacionais não é uma criação deles, mas sim algo que, mesmo cultural, é muito anterior, apesar de não se poder fazer a confusão com a origem da expressão *dignitas homini*.

Não se deve, portanto, reduzir a dignidade ao seu reconhecimento e proteção formal, uma vez que apenas eles são recentes na história da humanidade, tendo aparecido com maior vigor no pós-Segunda Grande Guerra, depois das terríveis experiências permitidas em campos de concentração, como recordam Ana Paula de Barcellos⁵⁴ e Luis Roberto Barroso⁵⁵. Com a superação dos totalitarismos, observou-se, então, a aproximação do direito com a moral, o que foi um campo fértil para o florescimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de muitas ordens democráticas no mundo.

Há autores que distinguem entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana. Célia Rosenthal Zisman sintetiza essa perspectiva com base nos

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 13-14.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 97, 2002, p. 107. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>>.

⁵² HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116-118.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006b, p. 62.

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 126.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 18-19.

ensinamentos do jurista português Jorge Miranda: enquanto a primeira é dirigida ao indivíduo, a outra se dirige à coletividade⁵⁶. Daniel Sarmento recorda a mesma distinção ao destacar que “a noção de dignidade humana evoca duas ideias diferentes, que se entrelaçam, mas não se identificam necessariamente: a dignidade da pessoa humana e a dignidade da espécie humana”, bem como ao sublinhar que “no conceito moderno de dignidade humana presente nas constituições contemporâneas e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, essas duas noções estão presentes”⁵⁷. No entanto, sublinha que a noção de “dignidade (da espécie) humana” é muito mais antiga que a de “dignidade da pessoa humana”, que ganhou terreno e valorização apenas a partir do Iluminismo.⁵⁸

Apesar dessas distinções, a dignidade da pessoa humana é não apenas um valor essencial ao ser humano como também se posiciona como um dos raríssimos casos em que há consenso teórico sobre a sua existência e importância no mundo jurídico⁵⁹. No entanto, há certas divergências quanto à sua interpretação, porque, como Peter Häberle recorda, o seu universalismo ainda colide com o fundamentalismo de alguns Estados⁶⁰. Logo, o consenso existente diz respeito apenas aos Estados que adotam o regime democrático.

Feitas tais observações, pode-se endossar o entendimento de Carlos Roberto Siqueira Castro de que “[...] no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos”⁶¹. Bem como a lição de Luiz Edson Fachin de que a dignidade da pessoa humana é um “[...] princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas de toda a ordem constitucional”⁶². Isso tudo contribui para o entendimento aqui adotado de que a dignidade da pessoa humana não é tão somente o fundamento do Estado brasileiro, como também parte essencial do projeto constitucional nacional. A essencialidade da dignidade da pessoa humana é um

⁵⁶ ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 96, jul./ago. 2016. Disponível na Internet: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 27.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 27-28.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 121.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS, Diego (comp.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México, D.F.: UNAM-IJ, 2006, p. 12. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4277/5.pdf>>.

⁶¹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 136.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 176.

consenso entre os Estados democráticos de direito, embora haja dissenso quanto ao seu conceito.

Na verdade, como recorda Ives Gandra da Silva Martins, as várias concepções que se pode encontrar na doutrina se baseiam, todas elas, na noção de que a dignidade é o que difere os seres humanos dos demais seres vivos e que ela se fundamenta na racionalidade, por meio da qual “[...] o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si”⁶³.

Em que pese a necessidade humana tanto de classificar os objetos de estudo quanto de conceituá-los, no caso da dignidade da pessoa humana, o que se afigura mais apropriado é entender o papel que ela desempenha, não apenas de limitação do exercício do poder pelo Estado, como também de limitação da liberdade nas relações particulares.

Fala-se, portanto, na força vinculativa da dignidade da pessoa humana, que é tanto fundamento do Estado brasileiro (vincula o poder público) quanto premissa para a eficácia da autonomia privada (vincula o particular). É em razão disso que se pode destacar o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana como um dever tanto do Estado como dos particulares. A força vinculativa desse importante fundamento constitucional decorre exatamente de sua força normativa.

Como se intui facilmente a partir da leitura da CFRB/1988, a dignidade da pessoa humana é um princípio não na acepção que o distingue de regras e, sim, naquela que o coloca como fundamento da ordem constitucional brasileira. É por isso que, apesar do título sob o qual se encarta o artigo 1º, inciso III, a opção pela natureza de fundamento do Estado brasileiro, que o constituinte originário lhe deu se revela adequada. Mas não é só.

Há uma discussão entre os juristas que é tão profícua quanto inconclusiva segundo a qual as normas jurídicas se distinguem entre regras e princípios. Essa perspectiva é normalmente atribuída a Alexy, para quem as regras exigem o seu cumprimento pleno, só podendo ser cumpridas ou não, ao passo que os princípios não têm a mesma exigência, porque admitem graus de otimização conforme as possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação.⁶⁴

⁶³ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 21-31.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*. n. 5, 1988, p. 143-144. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191689/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto%20%29.pdf>; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008, p. 575.

A partir das críticas que lhe foram feitas, elencadas pelo próprio Alexy⁶⁵ e por outros autores como Humberto Ávila⁶⁶, o jurista alemão remodelou o seu entendimento, para esclarecer que as normas jurídicas se distinguem entre princípios e regras a partir do emprego de que delas se faz, ou seja, da função que elas desempenham, podendo inclusive as regras admitir a existência de graus na sua aplicação, como sugerido não apenas por Robert Alexy⁶⁷, como também por Humberto Ávila⁶⁸, Ana Paula de Barcellos⁶⁹, Thomas de Bustamante⁷⁰ e Ronald Dworkin⁷¹, por exemplo.

Infelizmente, em relação à dignidade da pessoa humana, há um acomodamento em a ela atribuir a função de princípio, mas justificar a sua aplicação como se fosse regra, como se extrai, por exemplo, do seguinte excerto:

“O expresse reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.”⁷²

No entanto, o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um princípio é ao menos tão equivocado quanto tratá-la como regra enquanto espécie de norma jurídica. Isso porque ambas as categorias, ainda que se apresentem alfin como normas jurídicas, desvirtuam a natureza que foi dada pelo constituinte brasileiro: a de fundamento do Estado Democrático de Direito. Dito de outra forma, admitir que uma norma jurídica pode ter graus de aplicação retira a possibilidade de que ela seja considerada como um fundamento, isto é, como norma de hierarquia superior.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008, p. 576-587; ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. n. 3, 2000, p. 299-300. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>>.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 59-60.

⁶⁷ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. n. 3, 2000, p. 300. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>>; ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 1, 1994, p. 46. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-razonamiento-juridico-y-discurso-racional/>>.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 67 e 71; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, 1999, p. 159 e 175. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>>.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*. n. 171, 2006, p. 85. Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 141.

⁷² MARTINS, Fladimir Belinati Martins. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Ed. Juruá, 2003, p. 63.

Logo, se é verdade que a dignidade se constitui como norma jurídica de atestada superioridade hierárquica e sistemática, como apontam Mariano Garcia Canales⁷³ e André Ramos Tavares,⁷⁴ então, por uma questão de lógica, não se lhe pode atribuir, dentro da teoria que distingue os tipos de norma jurídica, nem a natureza de princípio, nem a de regra, porque isso equivaleria a lhe retirar tal superioridade. Contudo, isso não significa que a dignidade da pessoa humana não seja aplicada como regra. Ela é, mas dentro da teoria que considera sinonímias regra e norma jurídicas, o que permite a sua classificação como uma regra absoluta, ainda que não seja um dogma nem um axioma.

Com base nisso, considerando-se a função que a dignidade da pessoa humana desempenha dentro do projeto constitucional brasileiro, pode-se afirmar que enquanto fundamento ela também pode ser percebida como valor. É certo que se trata de um valor supremo que deve acompanhar, como determinado pelo constituinte, a vida humana desde o seu início até o seu fim.

Nesse passo, como destaca Marina Dehon de Lima:

“A dignidade é um valor estritamente ligado à vida. Sem vida humana não há o que se falar em dignidade da pessoa humana, o que é óbvio. Pensando desse modo, se o próprio direito à vida, direito fundamental, não é absoluto, considerando a admissão da pena de morte no caso de guerra, conforme previsto na Constituição Brasileira de 1988 e, mesmo em se considerando esta pena aplicada em países que a admitem, é imperioso inferir que a dignidade também não é um direito absoluto.”⁷⁵

Diante disto, vemos que quando se trata do projeto constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana está estritamente ligada com o direito à vida. Todavia, o fato de o direito à vida não ser absoluto não implica necessariamente que a dignidade da pessoa humana não seja tratada como um fundamento absoluto do Estado brasileiro. Portanto, percebe-se que a classificação errônea do princípio da dignidade da pessoa humana como direito, regra ou princípio leva também a sua relativização.

O fato da admissão da pena capital, ainda que excepcionalmente, não permite retirar do condenado a sua dignidade, que lhe é essencial e independente da vida.

⁷³ GARCIA CANALES, Mariano. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. n. 64, 1989, p. 149. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27029>>.

⁷⁴ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 24.

⁷⁵ LIMA, Marina Dehon de. A dignidade da pessoa humana: direito absoluto?. *MPMG Jurídico*. n. 17, jul./set. 2009, p. 25. [consult. 5 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/492/A%20dignidade%20da%20pessoa%20humana.pdf?sequence=3>>.

Como aponta Daury César Fabriz, “[...] a dignidade constitui-se em um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, exigindo o respeito por parte dos demais”.⁷⁶

Portanto, pode-se afirmar que a dignidade é, dentro do projeto constitucional do país, um atributo inerente ao ser humano, mais exatamente à pessoa humana. Desta forma, deve-se apurar o conceito jurídico de pessoa humana.

Nesse sentido, Rogério Tabet de Almeida lembra que embora “a noção de pessoa [seja] relativamente recente na evolução da humanidade”, essa relatividade não ajuda muito, porque parece ser uma palavra semanticamente vazia, uma vez que sua essência é “[...] carregada de vários conteúdos, muito em função das formulações (jurídicas, políticas e mesmo filosóficas) que se foram construindo ao longo do tempo”.⁷⁷

Felizmente, do ponto de vista estritamente jurídico – que é o necessário para os fins de perscrutar a extensão da dignidade da pessoa humana –, o conceito não é difícil de se obter, especialmente no ordenamento nacional.

A referência mais incisiva a pessoa humana que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro está no Código Civil (Lei 10.406/2002), o qual, embora não conceitue o termo, fornece pistas do que se pode considerar juridicamente como pessoa. Assim, o legislador reconhece que *pessoa* é toda aquela “capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º). E faz duas importantes considerações na sequência.

A primeira é a de que *personalidade* não é a mesma coisa que *personalidade*, sendo esta posterior àquela, como deflui do artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Logo, para se ter personalidade civil é necessário, antes, ser pessoa, o que torna a personalidade um atributo da pessoa. No caso brasileiro, ser pessoa é, então, anterior ao nascimento com vida.

A segunda consideração é que *personalidade*, *personalidade* e *capacidade* não se confundem. E, ser capaz decorre da prévia e necessária existência de *personalidade* e de *personalidade*, conforme se extrai dos artigos 3º e 4º. Isso significa que mesmo incapaz em relação a certos ou a todos os atos da vida civil, um ser humano não deixa de ser pessoa nem de ter personalidade. Com isso, vemos que há um equívoco em relativizar a dignidade da pessoa humana embasando-a na relativização ao direito a vida. Pois não é porque o legislador entende que toda pessoa

⁷⁶ FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003, p. 278.

⁷⁷ ALMEIDA, Rogério Tabet. Evolução histórica do conceito de pessoa – enquanto categoria ontológica. *Revista Interdisciplinar de Direito*. vol. 10, n. 1, 2013, p. 222. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/202>>.

é capaz de direitos e deveres no campo civil, que quer dizer que todo sujeito capaz é considerado pessoa.

Portanto, a função da dignidade da pessoa humana no projeto constitucional nacional é o de reconhecer ao ser humano uma característica (a dignidade) que é anterior à sua capacidade e à sua personalidade, e, assim, ao seu nascimento com vida, razão pela qual, se pode dizer que, no Brasil, o nascimento com vida não define o início da vida da pessoa humana. Por isso é necessário discutir as teorias sobre quando se dá o começo da vida humana.

3.2 Pessoa e o início da vida humana

A partir do entendimento sobre a função que a dignidade da pessoa humana tem no projeto constitucional brasileiro, passa-se à discussão sobre as teorias que explicam quando começa a vida humana. A relação entre os dois temas é necessária para fins de fundamentar qual das correntes melhor se adequa àquele projeto, porque com o início da vida humana também tem início a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, sendo o fundamento constitucional inafastável, não haverá direito ao aborto.

A dificuldade consiste no fato de que não existe consenso sobre o início da vida humana. Com isso, a presente seção apresenta de início, as correntes mais conhecidas que se propõem a explicar, tecendo críticas sobre o entendimento que elas cancelam para, ao final, destacar aquela que parece melhor se adequar ao projeto constitucional brasileiro. Entretanto, é necessário antecipar, antes, que todas as correntes, como se pode facilmente notar, dizem respeito não ao início da vida humana, mas ao começo da personalidade. Por isso, todo o desenvolvimento a seguir é feito com uma adaptação de cada uma dessas teorias à pergunta feita no título do subcapítulo.

3.2.1 A corrente natalista

A corrente natalista é a primeira a ser apresentada porque é apontada como a regra no ordenamento jurídico brasileiro – como se extrai da primeira parte do artigo 2º do Código Civil: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]” – e também do português – como presente no artigo 66º, nº1, do Código Civil: “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. É de se notar que os natalistas defendem que a personalidade depende de o feto vir a nascer com vida, mas não diz nada sobre a pessoa.

A rigor, o que o legislador fixou foi que a pessoa nasce e se possuir vida adquire, de imediato, personalidade civil, mas permanece plenamente incapaz, condição que carrega, geralmente, até completar os seus 16 anos de idade, na forma do artigo 3º do Código Civil brasileiro: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

De acordo com essa perspectiva, o nascituro não possui personalidade, embora haja a proteção de seus direitos desde sua concepção, conforme a segunda parte do artigo 2º do Código Civil brasileiro, a título de exemplo pode-se citar a viabilidade de pagamento de alimentos gravídicos à mãe, ainda que de forma indireta, se configura em uma proteção da concepção à vida. No tocante ao Código Civil português verifica-se no o artigo 66º, nº2, que é mais eloquente: “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. O fato de os legisladores terem utilizado o termo “nascituro” em vez de “pessoa” é significativo, porque indica que, por uma interpretação autêntica, não há pessoa na concepção e, por conseguinte, não existe personalidade (atributo de toda pessoa) antes do nascimento.

Nesse passo, é possível afirmar que para os legisladores brasileiro e português a condição de ser pessoa ocorre com o nascimento com vida, não antes. E isso pode ser sustentado, no caso brasileiro, por exemplo, diante da viabilidade de pagamento de alimentos gravídicos, na forma do artigo 2º, *caput*, da Lei 11.804/2008: “os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto [...]”.

A conclusão que se pode extrair, então, é a de que a lei não concede personalidade ao nascituro. O que ela faz é adotar uma probabilidade, a de que o feto nascerá com vida, razão pela qual, o ordenamento jurídico preserva desde logo os seus direitos e interesses futuros, salvaguardando-os, para que deles possa usufruir ao nascer com vida.

Sérgio Abdala Semião explica que “o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso”.⁷⁸ E também César Fiúza, para quem, “em que pese a má redação (personalidade da pessoa – seria

⁷⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, p. 40.

melhor personalidade do ser humano), o texto é cristalino: é o nascimento com vida que dá início à personalidade”.⁷⁹

No mesmo sentido, a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

“O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.”⁸⁰

Ainda sobre a teoria natalista, verifica-se com base em Caio Mário da Silva Pereira, que:

“O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.”⁸¹

Há pelo menos duas críticas que são direcionadas à corrente natalista: a de que se o nascituro não é pessoa, então ele seria coisa; e a de que o legislador previu direitos, não expectativas de direitos.⁸²

A primeira crítica à corrente natalista não se sustenta, uma vez que não se pode dizer categoricamente que se o nascituro não é considerado pessoa pelo legislador, então se trata de uma coisa. A presunção está, no entanto, incorreta. O nascituro é não-pessoa, o que, em absoluto, significa ser coisa. Inexiste essa redução que os críticos costumam apregoar.

A segunda crítica é razoável. Todavia, ela não é exatamente direcionada à teoria natalista, mas à corrente da personalidade condicional.

3.2.2 A corrente da personalidade condicional

A corrente da personalidade condicional ou *condicionada* adota o entendimento de que a personalidade é anterior ao nascimento com vida, existindo desde a

⁷⁹ FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014, p. 127.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 143.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 217.

⁸² ALMEIDA, Sílmar J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuri*. vol. 7/8, 2003/2004, p. 91-92. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>.

concepção, mas é tão somente reconhecida (e aqui está a condicionante) nos casos em que o feto nascer com vida, ou seja, antes há mera expectativa de direito.⁸³

A afirmação de que a personalidade está condicionada ao nascimento com vida é uma decorrência do próprio texto legal. O condicionamento é direcionado, na verdade, ao exercício dos direitos pelo nascituro. Note-se que o texto normativo põe a salvo apenas os direitos do nascituro, não a sua personalidade.

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

“A transmissão do direito deu-se, mas ainda não surte efeitos quanto ao sujeito, porque ainda não se sabe quem é, – se o nascituro, se outrem. Pode bem ser que haja dois ou mais nascituros, só um dos quais possa vir a ser reconhecido como titular. A alternativa pode ser entre nascituros e pessoas vivas, ou entre nascituros, pessoas físicas e pessoas jurídicas, ou só entre nascituro. A ignorância – nossa – é quanto a fatos presentes (se está em situação de nascer com vida). A antinomia é entre o mundo fático, no tempo, e o alcance da nossa inteligência e meios de ciência e investigação. Para o mundo do direito, que é obra do espírito, não há indeterminação.”⁸⁴

No mesmo espírito, Luiz Edson Fachin leciona:

“Mesmo antes de nascer, o Direito já deita as suas preocupações no sentido de conformar um ser concreto à categoria previamente estabelecida. Dito de outro modo, a categoria do sujeito de direito, em verdade, só teria sentido jurídico a partir do nascimento com vida. Porém, os direitos subjetivos de quem ainda não nasceu estão protegidos. E é por isso que não teria sentido dizer que o nascituro tem personalidade jurídica condicional.”⁸⁵

A partir dessas notações, pode-se afirmar com Flávio Tartuce que “a teoria da personalidade condicionada é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida”.⁸⁶

O ponto de vista não é, todavia, consensual, como se extrai da lição de Sérgio Abdala Semião: “a teoria nada mais é do que uma subdivisão da teoria concepcionista”.⁸⁷

No entanto, seja uma subdivisão, seja uma especificação, o fato é que a corrente da personalidade condicionada parte da premissa de que a personalidade jurídica pode se dividir em formal (desde a concepção, mas antes do nascimento com vida) e em material (a partir do nascimento com vida). Contudo, essa é uma premissa

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1954, p. 169.

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p. 60.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil 1: lei de Introdução e parte geral*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 123.

⁸⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, p. 26.

falsa, já que o próprio legislador foi categórico ao prescrever que a personalidade da pessoa começa com o nascimento com vida.

Ainda, Caio Mário da Silva Pereira entende que:

“É essencial, na caracterização da condição, que o evento de cujo implemento a eficácia da vontade depende, seja futuro e seja incerto. A incerteza há de ser objetiva, e não subjetiva, o que significa que a eventualidade poderá ou não acontecer. Não há incerteza, e, pois, não há condição, se o agente estiver em dúvida sobre a ocorrência, mas esta for objetivamente certa. A futuridade é indispensável. Se o acontecimento já estiver concretizado no momento em que se realiza a declaração de vontade (“*conditio in praesens vel in preteritum collata*”) ou for apenas desconhecido do agente (incerteza subjetiva), não há negócio condicional, por lhes faltarem os requisitos integrativos: ou o acontecimento já se verificou, e o negócio é plenamente desenvolvido, ou a sua verificação é frusta, e o negócio se não chegou a formar.”⁸⁸

Compreende-se, com base no pensamento deste último autor, que como característica da condição está a possibilidade futura, porém incerta e que não há condição, caso haja dúvida do agente sobre a ocorrência. Conforme este entendimento para assim se constituir, é imprescindível a futuridade.

3.2.3 A corrente concepcionista

A crítica dirigida à teoria da personalidade condicionada é razoável porque o legislador reconheceu a existência de direitos. É a partir daí que surge a corrente concepcionista, também referida como corrente genética ou, ainda, como corrente verdadeiramente concepcionista.

Os concepcionistas sustentam que a vida humana tem início com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide porque a partir daí surge uma identidade genética nova. A nomenclatura advém do momento que na biologia recebe o nome de *concepção*, isto é, o resultado da fusão entre o gameta masculino e o gameta feminino com a formação do zigoto (corpo unicelular).

Renata Rocha destaca que é a partir desse momento que os concepcionistas entendem que “[...] o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto [...]”, ou seja, “[...] já possui a condição plena de pessoa [...]”, o que abrange “[...] a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento”.⁸⁹

No mesmo entendimento, Maria Helena Diniz ensina que:

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 556.

⁸⁹ ROCHA, Renata. *Direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008, p. 75.

“A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida se inicia no ato da concepção, ou seja, da fecundação do ovulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.”⁹⁰

O embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica [...].”⁹¹

Com base no colocado pela autora tem-se a vida humana como única, mesmo que esta seja ainda o ato da fecundação, isto é, o ato inicial da concepção de uma célula com informações genéticas, ainda que fora do útero. Este pensamento é corroborado por Silmara Chinelato e Almeida, que discorrem acerca da personalidade começar ainda nesse processo de concepção e não no nascimento, conforme o excerto em destaque:

“[...] a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos. Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos [...] que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional.”

Silmara Chinelato e Almeida seguem discorrendo que apenas em certos efeitos é que alguns direitos dependem do nascimento, tais como, em herança, doação, direitos patrimoniais. Nestes casos os direitos se condicionam diretamente ao nascimento da vida. O que leva ao pensamento de uma concepção fragilizada e contraditória, a considerar que as próprias autoras trazem à baila uma discussão da existência de uma personalidade jurídica.

Se a eficácia desses direitos como propõem as autoras fica condicionada ao nascimento, uma vez que mencionam a segunda parte do artigo [2º] do Código Civil, bem como outros documentos, enquanto dispositivos que “reconhecem direitos (não, expectativas de direitos)⁹²”, a sustentação dessa concepção fragmenta um possível entendimento de sua legitimação, mesmo dispondo que o nascimento seria, assim, um aperfeiçoamento desse direito.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 50.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1, p. 124.

⁹² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*. vol. 7/8, 2003/2004, p. 92-93. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>.

Outra colocação feita por José Afonso da Silva também busca ratificar a existência de vida humana antes mesmo do nascimento:

“[...] A nós, parece que, no feto, já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou.”⁹³

A colocação do autor aqui muito mais se aproxima de um desabafo para admoestação daquela que não precaveu a gravidez, do que uma base científica sólida, o que permite partir para as colocações de Francisco Amaral, que dispõe:

“Na Constituição da República, art. 5º, Caput, garante-se o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil os artigos 1.609, parágrafo único, 542, 1.779 e 1.779, I, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, vale dizer, sujeito de direitos. E só pode ser sujeito titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide.”⁹⁴

Ora, quando o autor discorre que o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que esta se consolide, traz à reflexão acerca de que as terminologias “existir” e “consolidar” estejam num distanciamento conceitual que legitima esta concepção e, na verdade, não são definidas de modo tão distintos assim, pois em Houaiss⁹⁵ o termo “existir” vem do latim *existere* e significa estar vivo, nascer, provir de, mostrar-se; e o termo “consolidar”, também nessa raiz do latim, de *consolidare*, define-se por tornar sólido, exequível, estabilizar-se.

O “mostrar-se”, no que se refere o nascimento é também tornar sólida a existência, ou seja, a pessoa em si. Importante destacar que estas colocações que vão de encontro às postulações dos autores enriquece a discussão, pois demonstra algumas fragilidades na concepção, aqui discutida. Mas evidentemente, que é pertinente, por fim, trazer Eduardo de Oliveira Leite que, apoiando o pensamento concepcionista, acrescenta:

“[...] quando o Código Civil brasileiro distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa, que a “personalidade civil” do homem começa do nascimento com vida, mas que a lei “põe a salvo” (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. Se a lei atribui direitos ao

⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1991, p. 186.

⁹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 223.

⁹⁵ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

nascituro “desde a concepção” é porque aí visualizou ocorrência de personalidade.”⁹⁶

É possível assim afirmar em resumo que os concepcionistas defendem que o legislador ao preceituar que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, comprova que o legislador adotou a teoria genética, como sublinha Ives Gandra da Silva Martins.⁹⁷ Nesse passo, essa corrente entende que o nascituro tem reconhecimento como pessoa humana.

Entretanto, a defesa do nascituro como pessoa humana é equivocada. É inconteste que o legislador diferenciou o nascituro da pessoa humana. Do contrário, o artigo 2º do Código Civil não teria sido cindido em duas partes. O máximo que se pode afirmar é que o nascituro é um estágio da vida humana anterior à pessoa.

Segundo Washington de Barros Monteiro, “Paulo já afirmava que *nasciturus pro jam nato habetur quando de eius commodo agitur*, ou seja, o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse”.⁹⁸

Para Maria Helena Diniz nascituro é:

“Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.”⁹⁹

Sob a perspectiva da autora a definição expõe um ponto essencial: nascituro ainda será, ao nascer, não é. Mas já tem a salvo seus direitos, pois conforme ratifica, mesmo na vida intrauterina já possui personalidade jurídica formal. No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa diz que:

“O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação.”¹⁰⁰

⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n. 78, out./dez. 1996, p. 32.

⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 24.

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 64

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 334.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 153.

A colocação deste autor também demarca uma existência futura, e no trecho em que destaca “poderá ser sujeito de direito” se aproxima da autora Maria Helena Diniz, ou seja, ambos em assertivas que trazem o conceito numa perspectiva relativa. Buscando sustentar sua proposição, Maria Helena Diniz compara o conceito de nascituro com o de pessoa dado, evidenciando que:

“Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.”¹⁰¹

Para Sílvio de Salvo Venosa:

“Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica delineada, no artigo 1º do código vigente, todos a possuem. Trata-se da denominada capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. É assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações.”¹⁰²

É de se notar que mesmo entre os doutrinadores que não adotam a corrente natalista, como é o caso de Maria Helena Diniz, há uma clara distinção entre nascituro e pessoa. Isso se deve ao fato de que a distinção decorre da própria previsão legal, embora os elementos diferenciadores não estejam presentes no texto normativo.

Com isso, afirma-se que caso o legislador quisesse igualar o nascituro a pessoa, este deveria ter utilizado termo que expressasse aproximadamente que: a personalidade civil começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos da pessoa.

Um ponto crucial destacado por Paula Natércia Rocha traz à baila a questão da jurisprudência de *wrongful life*, expressão traduzida como “vida indevida”, que diante de toda complexidade envolvendo o nascituro e a existência ou não de uma personalidade tem sido fator de divergências jurídicas também em Portugal. Muitos debates acerca dos direitos de pessoas que possuem condições de vida precárias, por deficiência ou por atos acidentais que os permitiram viver, tais como erros de procedimentos de vasectomia, histerectomia, entre outros, têm sido instigados.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, vol. 1, p. 113.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 150.

Em uma de suas pesquisas, Paula Natércia Rocha pontua as situações de negligências médicas que podem gerar indenizações patrimoniais, em cenário português, mas que, por exemplo, em uma ação de um filho com deficiência ou má formação exigindo ser parte incluída na proteção de contrato de prestação de serviço, pode ocorrer de não ser assim considerado pelo magistrado, Tendo em vista o Código Civil Português em seu artigo 66 que prescreve o fato de que a personalidade se adquire somente no nascimento, com vida e segue discorrendo que os direitos dependem desse nascimento.

Nesse sentido Paula Natércia Rocha citando Vera Lúcia Raposo¹⁰³ esclarece que o Código Civil Português determina a personalidade a partir desse nascimento com vida, mas alguns direitos podem ser reportados a esse momento prévio ao seu nascimento, não reconhecendo este nascituro como pessoa, mas entendendo que os direitos podem ser classificados como retroativos:

“Tais direitos não surgem nessa altura, pois só podem nascer com a personalidade jurídica. O que sucede é que retroagem ao passado. O mesmo poderá suceder com o particular direito à indenização peticionado na *wrongful life action*. A partir do momento em que o ser humano efetivamente nasce, se torna pessoa, e consequentemente adquire direitos, pode reivindicá-los, ainda que o facto que lhes dá origem se reporte a um momento anterior à aquisição deste”.¹⁰⁴.

Torna-se compreensível pelas palavras de Paula Natércia Rocha quando a autora destaca que nas ações de *wrongful life*, o fato reporta-se a uma pessoa, esta pessoa após o nascimento, isto é, há uma vida, e não pela simples concepção desta.

Sobre essa questão Manuel Carneiro da Frada tem postulado que no mundo inteiro, mas em especial no território português, as ações de *wrongful life* têm sido compreendidas como não favoráveis, em geral, às partes que reivindicam suas vidas como um dano, pois pela legislação, harmonizando ao art. 66, n.º 1 do Código Civil não há uma personalidade jurídica e para todo efeito, esse nascimento é condicionado a muitos fatores e como bem destaca “Antes do nascimento, esse facto carece de ser provado, porque na fase pré-natal a vida humana não é socialmente recognoscível, ou só o é limitadamente ou em determinadas condições”¹⁰⁵.

¹⁰³ Raposo, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61-99.

¹⁰⁴ ROCHA, Paula, Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação. Relações. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha-v2.pdf>. p.

¹⁰⁵ FRADA, da Manuel Carneiro. A própria vida como um dano? Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>.

Nesse sentido, trazendo esse pensamento a partir das ações de *wrongful life*, percebe-se que a corrente concepcionista não se sustenta. Portanto, a defesa jurídica sobre a teoria concepcionista não encontra justificativa plausível, ao menos não com base em argumentos jurídicos. Sendo assim, a justificativa deve ser buscada, então, na biologia.

Na verdade, a corrente genética faz parte de um grupo de teorias sobre o início da vida humana que defendem que o marco inicial é anterior ao nascimento. Nesse sentido, além da corrente genética, é possível listar também as *correntes da nidação, embriológica, neurológica e metabólica*. Cada uma delas assume que a vida humana inicia antes do nascimento, em algum momento a partir da formação da primeira célula da nova unidade de vida.

O afastamento em relação à alegação de que o legislador reconheceu direitos e não expectativa de direitos é necessário. O melhor argumento da corrente genética não é ele, mas o de que é com a fertilização que se produz uma única célula (zigoto), a qual possui um genoma único, diferente daqueles carregados pelo espermatozoide e pelo ovócito.

Em contraponto, Liliane Lopes Andrade analisa que:

“[...] existem cinco argumentos que impedem a certeza dessa teoria científica, a qual afirma que desde a fecundação há pessoa humana, a saber: 1º) A grande maioria dos zigotos não consegue se implantar no útero (não ocorre a nidação), causando o aborto; 2º) Não se pode falar em pessoa, se não existe individualização antes da gastrulação; 3º) O zigoto possui informação operativa para gerar os processos ulteriores do desenvolvimento, mas para que haja pessoa requerem-se também informações operativas exógenas; 4º) O zigoto sozinho é potência em termos de informação genética, se não entram em jogo muitos elementos exógenos, a potência que é o zigoto nunca passará a ser ato, somente com seis a oito semanas que o embrião terá as características de formação física e fisiológicas; 5º) O processo do zigoto para a pessoa futura não é um contínuo físico, se não um desenvolvimento em continuidade, pois no período embrionário sucedem importantíssimas e decisivas mudanças qualitativas.”¹⁰⁶

As postulações de Liliane Lopes Andrade trazem, de forma eloquente, um entendimento para além de uma visão unilateral, a autora expressa cinco argumentos para mostrar a impossibilidade da certeza sob o viés concepcionista. Portanto, esta corrente, também chamada de genética não pode ser adotada, pelo simples motivo de que o legislador não tem poder para mudar fatos.

¹⁰⁶ ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013, p. 119. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

A propósito, recorde-se que a proteção dos direitos do nascituro trabalha com uma possibilidade, o que por si só já seria suficiente para afastar a plausibilidade da referida corrente. É dizer, ainda que o legislador não tenha empregado a expressão expectativa de direito, não se pode afirmar que, diante do reconhecimento de uma possibilidade (nascer com vida), haja uma garantia de uma certeza (ter direitos).

3.2.4 A corrente da nidação

A *corrente da nidação* é muito próxima da corrente genética. A nidação, considerado o processo reprodutivo humano, é a fase seguinte à fertilização ou fecundação. Ela consiste na fixação do embrião no útero.

Para Cristiane Beuren Vasconcelos:

“Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.”¹⁰⁷

O argumento dessa corrente, que inclusive contribui para desabilitar a corrente genética, é o de que até à nidação o embrião pode se dividir, razão pela qual é a partir dela que se verifica a individualização do zigoto. Com efeito, é possível que depois da fertilização, o zigoto ainda sofra alguma segmentação, como acontece, por exemplo, no caso de gêmeos monozigóticos.

Assim, se há tal possibilidade, então não se pode adotar tal concepção, porque, do contrário, os gêmeos univitelinos teriam de ser tratados como uma única pessoa, o que, juridicamente, é inviável. Daí a corrente não ser plausível.

Outro argumento utilizado pela corrente da nidação que acaba por contribuir para desqualificar a corrente concepcionista é apontado por Raphael Mendonça Costa e Cildo Giolo Júnior:

“Pode-se utilizar como argumento também o fato de que não seria possível o desenvolvimento do embrião fora do útero materno, tanto que nos casos da reprodução artificial, fertilização in vitro, em que a fecundação ocorre fora do corpo da mulher, se o embrião não for introduzido no útero materno ele não irá se desenvolver. E ao se analisar o corpo da mulher durante o processo de reprodução humana, é possível observar que, a mulher não é considerada

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 35.

grávida antes deste momento. O seu corpo ainda não se reconhece como grávida, não havendo a produção dos hormônios relacionados à gestação, nem nenhuma outra alteração de seu corpo.

Assim, sob a ótica da ciência, os defensores dessa teoria apregoam que a mulher só é considerada grávida, e seu corpo só a reconhece como tal, após a implantação do zigoto no seu útero, e somente depois disso é que se pode reconhecê-lo como um ser humano.”¹⁰⁸

Apesar de se tratar de uma corrente cuja proposta é razoável, ainda assim não cabe a sua adoção, uma vez que há gestações nas quais não ocorre a nidação. É o caso da gravidez ectópica, que, tecnicamente, consiste na “[...] implantação do blastocisto fora da cavidade uterina”.¹⁰⁹

De acordo com a literatura médica:

“[...] É encontrada em 10-15% das mulheres que chegam ao serviço de urgência para avaliação durante o primeiro trimestre da gravidez, sendo responsável por 10% de todas as mortes relacionadas ao período gestacional.

Em 98,3% dos casos, há envolvimento de uma das tubas uterinas. A implantação do blastocisto pode ocorrer em qualquer região da tuba: ampola (79,6%), istmo (12,3%), fímbria (6,2%) e corno (1,9%). As possíveis evoluções da gravidez tubária são: morte seguida de reabsorção do embrião; abortamento tubário, mais frequente naquelas localizadas distalmente na tuba; ruptura tubária, que tende a ser mais precoce na gravidez ístmica; e evolução para o termo, situação muito rara. Outros tipos de GE incluem a abdominal (1,4%), a ovariana (0,15%) e a cervical (0,15%).”¹¹⁰

Portanto, na gravidez ectópica, a gestação ocorre fora do útero, daí ser chamada de extrauterina. Apesar de ser uma situação relativamente rara, diante da possibilidade de que venha a ocorrer não se pode, levianamente, desconsiderá-la, razão pela qual a corrente da nidação também deve ser posta de lado, ainda que na grande maioria dos casos de gravidez ectópica o concepturo não vingue.

3.2.5 A corrente embriológica

Há uma terceira *corrente*, denominada *embriológica*, que, como resume Liliane Lopes Andrade, defende o começo da vida humana:

¹⁰⁸ COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO JÚNIOR, Cildo. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. vol. 10, n. 2, dez. 2015, p. 306. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>.

¹⁰⁹ ARAÚJO, Fernanda Mendes; CHAVES, Ana Cristina Leite; SAILVA, Fabiana Maria da; PEREIRA, Cibelle Carvalho; SILVEIRA, Anaysa Lamara; VALÉRIO, Flávia Cordeiro; ROCHA, Ana Luíza Lunardi. Gravidez ectópica: abordagem diagnóstica e terapêutica. *Revista Médica de Minas Gerais*. vol. 18, n. 3, supl. 4, 2008, p. 63. Disponível na Internet: <<http://rmmg.org/artigo/detalhes/1309>>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹¹⁰ ARAÚJO, Fernanda Mendes; CHAVES, Ana Cristina Leite; SAILVA, Fabiana Maria da; PEREIRA, Cibelle Carvalho; SILVEIRA, Anaysa Lamara; VALÉRIO, Flávia Cordeiro; ROCHA, Ana Luíza Lunardi. Gravidez ectópica: abordagem diagnóstica e terapêutica. *Revista Médica de Minas Gerais*. vol. 18, n. 3, supl. 4, 2008, p. 63. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://rmmg.org/artigo/detalhes/1309>>.

“[...] a partir da terceira semana de gestação, quando ocorre a gastrulação, o evento mais característico dessa semana, processo que estabelece os três folhetos germinativos (ectoderma, mesoderma e endoderma), cujas células darão origem a todos os tecidos e órgãos no embrião. Assim, se estabelece a individualidade humana, isso porque até 12 dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas.”¹¹¹

Nesse ponto exposto pela autora retoma-se o que foi descrito na subseção anterior, acerca da corrente da nidação, que se apresenta com a possibilidade de modificações, ou seja, de duplicação, gerando gêmeos univitelinos, o que acaba por fragilizar a concepção. Neste caso, a corrente embriológica seria uma etapa posterior quando a individualidade humana começa a se formar, ou seja, os tecidos passam a se transformar em partes humanas.

A literatura médica esclarece que a gastrulação é o estágio seguinte à nidação, como ensina Toshie Kawano:

“O ovo inicialmente sofre diversas clivagens (formando células denominadas de blastômeros), até alcançar um estágio de blástula onde, até então, somente ocorrem mitoses sem aumento de volume celular. No estágio seguinte de gástrula, ocorre início da movimentação celular. Na gastrulação o embrião contém três camadas celulares: a ectoderme, mesoderme e endoderme. Na etapa seguinte de Organogênese, as células interagem e formam os órgãos. Há um grupo de células que são precursoras dos gametas, as células germinativas, responsáveis pela função reprodutora. Por outro lado, todas as outras células são denominadas de somáticas. As células germinativas migram para as gônadas e se diferenciam em gametas. O processo de desenvolvimento dos gametas se chama gametogênese e se completa, quando o organismo se torna fisicamente maduro.”¹¹²

A discussão sobre a plausibilidade dessa corrente está na diferenciação entre embrião e feto.

Liliane Lopes Andrade recorda que, em geral, “[...] os doutrinadores de Direito Penal optaram por classificar a vida após a fertilização, da seguinte maneira: ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) e feto (após três meses”.¹¹³

¹¹¹ ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013, p. 119. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

¹¹² KAWANO, Toshie. Embriologia. In: BARBOSA, F. S. (org.) *Tópicos em malacologia médica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, p. 157. [consult. 7 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://books.scielo.org/id/npz/pdf/barbosa-9788575414019-12.pdf>>.

¹¹³ ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013, p. 120. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

Conforme observado no capítulo anterior, a maioria dos países que permite o aborto fixa a possibilidade até o terceiro mês ou 12ª semana de gestação, que é exatamente o período em que o concepturo deixa a condição de embrião e se torna em feto.

A discussão em torno da distinção fundamenta-se, essencialmente, na viabilidade de nascimento com vida, muito mais que na mera possibilidade.

Todavia, como apontam Sandra Paço e Sérgio Deodato, “relativamente à viabilidade, é relevante mencionar a não vinculação exclusiva ao tempo fetal, mas também ao tipo de condições em que nascerá e as facilidades médicas existentes no local”.¹¹⁴ Isso quer dizer que, mesmo na qualidade de feto, o concepturo pode não ter nenhuma viabilidade.

Nesse sentido, mesmo o legislador brasileiro tendo assegurado direitos em potencial ao nascituro desde sua concepção, convém sublinhar:

“A afirmação de palestrante médico [que] sintetiza posições polarizadas quanto à condição do embrião: “o embrião é célula viva, e não uma vida”. Nota-se a diferença de concepção entre expressões etimologicamente aparentadas: “vivo” (célula viva, ser vivo) e “vida” (uma vida, no sentido de uma pessoa).

Embora discursos distintos mencionem características de pessoa do embrião, a atribuição de condição humana não é unânime. Ciente da politização do debate sobre o estatuto do embrião humano, indagado sobre o que era o embrião criado fora do corpo, um médico rebateu: “Você quer saber se ele é cidadão? Se tem direito? [...] É um bolo de células que tem potencial de virar gente.” Perguntado se fazia diferença estar no útero, respondeu: “É diferente, porque no útero ele está numa condição diferente [...] O embrião no vidro é embrião no vidro. No útero tem potencial maior. Embrião no útero você vai mexer menos.”¹¹⁵

Este pensamento exposto no excerto expõe uma concepção do embrião num viés relacional. Isto é, o potencial de existência do embrião no útero se apresenta como maior, enquanto no vidro essas possibilidades podem diminuir. Inclusive é demarcada a ausência de características extracorporal ao embrião para que assim possam ser sujeitos de direitos, não representando assim, uma figura humana.

Portanto, biologicamente, embora não haja consenso, pode-se dizer que o embrião humano não é um ser humano ainda, nem, por conseguinte, uma pessoa. A

¹¹⁴ PAÇO, Sandra; DEODATO, Sérgio. Estatuto do embrião humano: uma visão humanista. *Gazeta Médica*. vol. 3, n. 4, out./dez. 2016, p. 164. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.gazetamedica.pt/index.php/gazeta/article/view/43>>.

¹¹⁵ LUNA, Naara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. *Mana*. vol. 13, n. 2, 2007, p. 420. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200005>.

adoção dessa perspectiva, ainda que não indene de críticas, parece a mais razoável diante de toda a descrição feita até aqui. Isso se dá porque o embrião não tem nenhuma viabilidade de nascer com vida e sobreviver independentemente da gestante.

Relevante ainda trazer a discussão para o contexto de Portugal destacando o excerto do Tribunal Constitucional n.º 85/8590, que discorre sobre não existir direitos fundamentais sem sujeitos, isto é, somente pessoas possuem tais direitos, excetuando-se as vidas intrauterinas e para nascituros. O texto da lei esclarece que a proteção à vida e direitos não se aplica diretamente a este processo que antecede o nascimento com vida.

Ainda no Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 25/8489 tem-se que a possibilidade de acatar direitos a um ser antecendendo seu nascimento, ou seja, entre uma decisão entre valor não juridicamente subjetivado, que no caso em tela trata-se da vida ainda no útero, e outros valores juridicamente subjetivado, como direito de uma pessoa grávida, pode-se entender que haja possibilidades em adquirir direitos. O que pode ser repensado quando pessoas em situações de doenças ou outros acometimentos são mantidos em máquinas para respirar ou desempenhar outras funções inerentes à vida do ser humano e, ainda assim são concebidos como pessoa. Obviamente, tais sujeitos, em situações de sobrevivência por máquinas perpassaram todo um percurso de vitalidade, o que gera um entendimento mais racional que são pessoas, diferente dos embriões que não se materializaram para além do útero. Certamente as concepções sobre a questão é controversia e plural o que propõe repensar todas essas perspectivas.

No tocante aos embriões, pensa-se ainda que essa concepção voltada às questões biológicas, não têm confirmado, o embrião como uma pessoa, a considerar as situações relacionais as quais esse processo pode tomar, haja vista que da fecundação ao nascimento é um caminho instável a ser percorrido, que perpassa a construção da identidade e da persona. A bem da verdade, nem mesmo o feto é viável a partir da 12ª semana de gestação, que é quando passa a não existir mais a condição de embrião.

A literatura médica aponta que um feto é viável, atualmente, a partir da 20ª semana de gestação, conforme destacado por Margarita E. Ahumada-Barrios e German F. Alvarado que discorrem acerca das descrições da OMS que tem definido, por exemplo, o parto prematuro ou pré-termo com nascimento após 20 semanas e que anteceda 37 semanas do período gestacional. Logo, estes autores concordam que o

parto prematuro trata-se de uma síndrome interligada à morbidade neonatal, que consequentemente, afeta a saúde, inclusive a longo prazo e, que se constitui por complicações na vida dos recém-nascidos, que ao nascerem prematuros estão suscetíveis ao óbito. Sobre a questão acrescentam:

O parto prematuro tem sido associado com vários fatores, tais como o antecedente de parto prematuro, a anemia, os altos níveis de catecolaminas na urina materna, o consumo de tabaco, a ruptura prematura de membranas (RPM), a hipertensão arterial (HTA), o sangramento transvaginal, o intervalo intergestacional ≤ 1 ano, a infecção do trato urinário (ITU), a ausência do controle pré-natal, o controle pré-natal inadequado, a idade materna inferior a 20 anos, a idade materna superior a 35 anos, o oligoidrâmnio, o antecedente de aborto induzido, a pré-eclâmpsia, a gravidez gemelar, a idade materna avançada.

Por outro lado, embora existam vários fatores de risco associados com o parto prematuro, sua etiologia ainda não foi totalmente determinada. [...].”¹¹⁶

Portanto, em razão disso, há que se afastar a adoção da corrente embriológica, haja vista a inviabilidade de vida humana minimamente independente até a 12ª semana de gravidez. Nesse mesmo sentido, as correntes que fixam o começo da vida humana antes da 20ª semana de gestação não devem ser adotadas, porque firmadas sobre uma situação cuja viabilidade ainda não foi documentada, atualmente, o que revela tão somente uma presunção implausível.

3.2.6 A corrente neurológica

A corrente neurológica enquadra-se nesse período anterior até a 20ª semana. De acordo com os defensores dessa abordagem, a vida humana tem início quando o sistema nervoso central começa a se formar.

Liliane Lopes Andrade destaca, assim, que “para a visão neurológica, o mesmo princípio de morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, então, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral”.¹¹⁷

Todavia, o início desse período não é consensual. Na literatura há quem aponte que o sistema nervoso surge por volta da 3ª ou 4ª semanas após a fecundação,

¹¹⁶ AHUMADA-BARRIOS, Margarita E., ALVARADO, German F. Fatores de risco para parto prematuro em um hospital. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. vol. 24, e2725, 2016, p. 2. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692016000100350&script=sci_abstract&tlng=pt>.

¹¹⁷ ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013, p. 120. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

quando começa a se formar a placa neural.¹¹⁸ Outros destacam as primeiras atividades neurais entre a 7ª e 8ª semanas após a concepção.¹¹⁹

E, conforme Guimarães Filho *et al.*, o desenvolvimento do sistema nervoso central é, de fato, complexo e reflete no desenvolvimento sensorial-motor, cognitivo, afetivo e comportamental. Segundo estes autores os passos incipientes nos quais o feto apresenta movimentos espontâneos acontece entre a 7ª e 8ª semanas, pós-concepcional. Estes acontecimentos coincidem com os primeiros reflexos que são movimentos fortes e evidenciam o número de sinapses ainda muito limitado nessa fase.

Ainda de acordo com Guimarães Filho *et al.*, é na 10ª semana que as mãos, por exemplo, iniciam as atividades com reflexos, enquanto os membros inferiores começam a ter tais reflexos na 14ª semana. E assim, o número de sinapses vai aumentando, gradativamente, entre a 13ª e 15ª semanas, período no qual podem ser observados diferentes movimentos. Os autores contemplam ainda:

“Apenas no final desse período, um número considerável de sinapses aparece precedendo ao córtex cerebral, provavelmente formando um substrato para o início da atividade elétrica cortical, observada na 19ª semana. A influência das estruturas supraespinhais no comportamento motor fetal, no período entre 17 e 20 semanas, foi confirmada por estudos em fetos anencéfalos. O trato espinotalâmico é estabelecido na 20ª e mielinizado por volta da 29ª semana de gestação; as conexões tálamo-corticais penetram na placa cortical entre 24-26 semanas. Na 29ª semana, é estabelecida a conexão funcional entre periferia e córtex em funcionamento. Entretanto, algumas investigações indicam que os reflexos faciais em resposta à estimulação somática, que poderiam indicar reação emocional à dor, desenvolvem-se precocemente na gestação.”¹²⁰

Guimarães Filho *et al.*, expressa ainda que esses reflexos, percorridos no excerto, são reflexos dos circuitos cerebrais. Com base em Kurjak *et al.*, tem-se que esses circuitos em desenvolvimentos já aparecem na 7ª semana manifestados pelos reflexos faciais, e na 11ª semana pode ser possível já ter em formação as curvas da lateral do corpo, acompanhados de sobressaltos, movimentos dos braços, pernas,

¹¹⁸ PINHEIRO, Marta. Fundamentos de neuropsicologia – o desenvolvimento cerebral da criança. *Vita et Sanitas*. vol. 1, n. 1, 2007, p. 37. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.semanticscholar.org/paper/FUNDAMENTOS-DE-NEUROPSICOLOGIA-O-DESENVOLVIMENTO-DA-Pinheiro/94dfbc5588a0352913a25fd63164a91c467f20b7>>.

¹¹⁹ GUIMARÃES FILHO, Hélio Antonio, ARAUJO JUNIOR, Edward, MELLO JUNIOR, Carlos Fernando de, NARDOZZA, Luciano Marcondes Machado, MORON, Antonio Fernandes. Avaliação do comportamento fetal por meio da ultrassonografia de quarta dimensão: conhecimento atual e perspectivas futuras. *Revista da Associação Médica Brasileira*. vol. 59, n. 5, 2013, p. 508. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302013000500016&script=sci_arttext>.

¹²⁰ GUIMARÃES FILHO, Hélio Antonio, ARAUJO JUNIOR, Edward, MELLO JUNIOR, Carlos Fernando de, NARDOZZA, Luciano Marcondes Machado, MORON, Antonio Fernandes. Avaliação do comportamento fetal por meio da ultrassonografia de quarta dimensão: conhecimento atual e perspectivas futuras. *Revista da Associação Médica Brasileira*. vol. 59, n. 5, 2013, p. 508.

deglutição, podendo ser observado nesse período os movimentos de respiração, alongamento e abertura da boca com bocejos.

Ainda nessa descrição acerca da literatura médica tem-se com base em Guimarães Filho *et al* que na 32ª semana os movimentos espontâneos começam a diminuir, resultante do processo de maturação cerebral e da redução fisiológica do volume de líquido amniótico. Observa-se, durante este período que os movimentos faciais, por sua vez, aumentam incluindo a abertura e fechamento da mandíbula, por exemplo, assim como movimentos de mastigação, todos interligados ao desenvolvimento neurológico do feto.

As 33ª e 35ª semanas são caracterizadas pelo sono Rapid Eye Movement (REM) e o não REM que começam a se manifestar, indicando a conexão dos neurônios da área córtico-talâmica e do tronco cerebral, que também iniciam funcionamento nesse período. Percebe-se, portanto, que o padrão de comportamento do feto possui modificações ao passo que o sistema nervoso amadurece.

A variedade de manifestações acima descrita contribui para a falta de consenso entre os especialistas, de modo que a corrente neurológica, independentemente da semana de gestação em que se aponte como o marco inicial da vida humana, não pode ser adotada, conforme destacado por Liliane Lopes Andrade:

“Em face à falta de consenso dos estudiosos na determinação do surgimento das atividades neurológicas e das recentes descobertas sobre o funcionamento da atividade cerebral, essa teoria não pode valer para o início da vida assim como valeu para determinar a morte. Pois, diante das demais teorias científicas, a teoria neurológica mostra imprecisão quando se trata da determinação do período em que surgem as primeiras atividades cerebrais. Não obstante, alguns autores suscitam divergência ao afirmarem que a vida tem início a partir da formação da placa neural, já outros afirmam que é com o início da atividade elétrica no cérebro.”¹²¹

Portanto, até aqui, nenhuma das correntes apresentadas merece adoção.

3.2.7 A corrente metabólica

A corrente que se revela a mais plausível e também a mais razoável é a que entende que o início da vida humana ocorre a partir da 20ª semana de gestação. É o caso, pois, da corrente metabólica, pela qual, segundo Christian de Paul de Barchifontaine, “[...] a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser

¹²¹ ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013, p. 121. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

independente e determina o início da vida”, uma vez que “[...] um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez”.¹²² Logo, é a partir do 5º mês de gestação que se pode afirmar, com maior precisão, que há vida humana.

É essa a perspectiva que se adota neste trabalho.

Inclusive, entende-se que se trata de uma interpretação constitucional do artigo 2º do Código Civil, o qual, a propósito, não contém equívocos em sua primeira parte. De fato, conforme já argumentado, ao prever que o início da personalidade civil da pessoa natural se dá com seu nascimento com vida, o legislador deixou claro que a condição de pessoa é anterior à aquisição de personalidade civil.

O equívoco do legislador está na segunda parte do dispositivo, uma vez que não é dado ao Poder Legislativo estabelecer que um fato biológico se amolde a uma previsão normativa, ou seja, a expressão “desde a concepção” deve ser considerada inconstitucional, razão pela qual, desde uma interpretação conforme à Constituição, a lei põe a salvo os direitos do nascituro a partir da 20ª semana de gestação, ou antes, desde que haja evidências científicas de que é viável vida humana independente.

A partir disso deve-se esclarecer o que se entende por aborto e quando ele é possível, sem, contudo, se adentrar na discussão a ser travada no próximo capítulo, isto é, se a criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro é compatível ou não com o projeto constitucional nacional.

É possível afirmar, assim, que o aborto é uma interrupção do processo de gestação, podendo ocorrer por meios naturais ou artificiais, significando, etimologicamente, a privação do nascimento, apresentando como sinônimas *amblose*, *móvito*, *efluxão* e *desmancho*.¹²³

Há quem afirme, contudo, que aborto é o resultado ou produto de um processo de abortamento, mas que, diante da difusão do primeiro termo, não convém forçar o emprego do segundo, razão pela qual se utiliza ambos como sinônimas.¹²⁴

Na verdade, como apontam Flávia Regina Guedes Ribeiro e Mary Jane Paris Spink, há quem entenda que é inadequado definir o aborto como a interrupção da

¹²² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis & Praxis – Teologia e Pastoral*. vol. 2, n. 1, jan./jun. 2010, p. 44. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/13499>>.

¹²³ Cf. p. ex. BALBINOT, Rachelle A. A. O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas. *Revista Sequência*. n. 46, jul. 2003, p. 94. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15293/0>>.

¹²⁴ Cf. p. ex. MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. *Senatus*. vol. 6, n. 1, maio 2008, p. 50. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131831>>; RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & Sociedade*. vol. 23, n. spe, 2011, p. 63. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000400009&script=sci_abstract&tlng=pt>.

gravidez, uma vez que “[...] tal definição excluiria o nascimento de um bebê prematuro, ou mesmo maduro, antes de se completar a gestação normal”.¹²⁵

Essa perspectiva coloca o aborto como possível apenas antes da viabilidade de vida humana extrauterina, ao que se reproduz o argumento: “a diferença entre aborto e nascimento prematuro é a viabilidade, o que significa entender o abortamento induzido como a interrupção da gestação [...] após a implantação do conceito e antes que o produto da concepção tenha se tornado viável”.¹²⁶

Isso significa que existem entendimentos segundo os quais o aborto não poderia ocorrer após a 20ª semana. Todavia, essa visão não pode ser adotada, porque antes ou depois do 5º mês há gestação e o abortamento é sempre a inviabilização de um nascimento que poderia ocorrer ou não.

A análise feita no capítulo anterior evidencia esse ponto. Entre os países que admitem o aborto, a autorização ocorre em dois momentos.

No primeiro, ela independe de uma motivação, podendo a mulher escolher livremente. Pode-se dizer que se trata de um *aborto imotivado*. Todavia, ele somente é possível até determinada fase da gravidez, normalmente antes da 20ª semana.

No segundo momento, tem-se o *aborto motivado*, é dizer, a interrupção atém-se a uma justificativa necessariamente vinculada a casos estritos normalmente elencados pelo legislador. Logo, é possível o aborto após a 20ª semana.

Nesse ponto, é de se recordar o propósito da pesquisa ora apresentada. Não se tem como escopo discutir em que casos seria necessário justificar o aborto nem quais as causas que seriam razoáveis ou não, até porque, como visto no capítulo anterior, elas são muitas e variadas, podendo ser culturais, médicas, econômicas e sociais, por exemplo. De toda forma, há praticamente um consenso entre os países que permitem e os que proíbem, mas autorizam situações de abortamento, quanto à prática para a proteção da saúde da gestante. E mesmo entre os países que vedam qualquer tipo de aborto, quando há a intervenção de órgãos supranacionais ou internacionais, o que se encontra é a determinação de aborto para assegurar a saúde da mulher.

No próximo capítulo, todas as conclusões até aqui alcançadas serão utilizadas para se avaliar, segundo a teoria da ponderação (ou balanceamento), os parâmetros sobre a legitimidade do aborto no Brasil e em Portugal.

¹²⁵ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & Sociedade*. vol. 23, n. spe, 2011, p. 64. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000400009&script=sci_abstract&tlng=pt>.

¹²⁶ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & Sociedade*. vol. 23, n. spe, 2011, p. 64. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000400009&script=sci_abstract&tlng=pt>.

4 A LEGITIMIDADE DO ABORTO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E PORTUGUESA

As discussões travadas nos capítulos precedentes evidenciaram que o ponto de vista mais adequado sobre o aborto, considerado o projeto constitucional brasileiro, é o que o considera possível, independentemente de motivação até a 20ª semana (ou 5º mês) de gravidez, porque, até esse momento, não há vida humana independente viável e, por tabela, não há pessoa.

Há que recordar que o ordenamento jurídico brasileiro firma a existência de pessoa antes da aquisição de personalidade civil, a qual, por sua vez, somente surge com o nascimento com vida da pessoa (art. 2º, primeira parte, do Código Civil). Nesse passo, como a condição de pessoa é anterior ao nascimento, é de se concluir que a aquisição desse *status* surge em algum momento da gestação, o qual, como se apurou no segundo capítulo, ocorre a partir da 20ª semana de gravidez.

No capítulo segundo alcançou-se também a conclusão de que o artigo 2º do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, tendo-se em vista, inclusive, os desenvolvimentos feitos no primeiro capítulo. Isso porque muito provavelmente houve pelo legislador, na segunda parte do dispositivo, o registro de perspectiva biológica já ultrapassada de que o nascituro seria viável desde a concepção. Não cabe, contudo, ao Poder Legislativo estabelecer tal tipo de presunção, mormente diante da ineficácia de se tentar alterar o mundo ôntico pelo deôntico.

Assim, o constituinte exige que se constitucionalize a interpretação, o que resulta em duas diretrizes.

Na primeira tem pautada a existência da pessoa antes do nascimento com vida e desde então esta já adquire personalidade civil.

A segunda é a de que a lei protege os direitos do nascituro tão somente a partir do momento em que ele pode ser considerado pessoa humana, exatamente por força do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

O presente capítulo discute, nesse encalço, se a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira é compatível ou não com o projeto constitucional nacional. Adota-se como hipótese, como indicado na introdução e desenvolvido nos capítulos anteriores, o entendimento de que as restrições atualmente vigentes não se coadunam com esse projeto. Para demonstrar isso, parte-se da teoria da ponderação ou balanceamento – esclarecida na sequência – para identificar os parâmetros utilizados

pelo legislador brasileiro e compará-los com a interpretação constitucionalmente adequada sobre o início da vida humana e aquisição do *status* de pessoa.

4.1 O aborto em Portugal conforme a Legislação Vigente

A constituição Portuguesa vigente expressa em seu artigo 24 que a vida humana é inviolável e em nenhuma hipótese haverá pena de morte, ratificando então, o direito à vida. Contemplando assim o tema proposto nesta pesquisa, tem-se na legislação portuguesa, a partir do Código Penal, no art. 142, que a interrupção da gravidez não será constituída de punição:

Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez; ou
- d) Houver sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez¹²⁷

Conforme a descrição do texto da lei, não há punição para a interrupção da gravidez dentro do que propõe o documento, a saber: o consentimento da grávida, indícios de crime sexual, os motivos que deverão ser ou não risco de morte para a mãe ou má formação do nascituro e o espaço de tempo de 16 semanas.

Um ponto relevante ainda no artigo 142 do CP português, destaca a validação dessas circunstâncias serem provada por atestado médico, assinado antes da realização do procedimento, preconiza ainda que a pessoa grávida precisará estar de posse desse documento escrito e assinado, três dias antes da interrupção. Caso a mulher tenha menos de 16 anos de idade essa autorização deverá ser apresentada por um familiar ou responsável da linha colateral.

¹²⁷ Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2007_prt_codpenal.pdf.

Sobre o fato de aqui ter se mencionado o CP em seu artigo 142, em que narra a inviolabilidade à vida, se explica porque a Constituição Portuguesa destaca em seu artigo segundo que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, o que demonstra a concepção portuguesa acerca de que os fetos e embriões ainda não são considerados pessoas, pelo menos em uma visão geral do dispositivo.

4.2 A Teoria da Ponderação

A teoria da ponderação ou do balanceamento é argumentativa. De acordo com Ana Paula de Barcellos, ela se fundamenta na percepção de que “[...] o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas”.¹²⁸ Isso significa que ao realizar escolhas ou tomar decisões, públicas ou privadas, o uso do expediente ponderativo é imprescindível para um resultado adequado.

Josué Mastrodi recorda que “a proporcionalidade foi inicialmente desenvolvida no âmbito do Tribunal Administrativo Prussiano [...], como forma de controle dos atos da Administração Pública [...]”, no intuito de verificar a “[...] existência de proporção entre o motivo (critério de ação) e a finalidade pública a ser atingida (realização efetiva da decisão tomada)”.¹²⁹

Todavia, a sua função originária não era tratar sobre a colisão de direitos individuais ou sociais, mas “[...] identificar em que medida seria lícito à Administração Pública interferir na esfera privada dos administrados”. Assim, o que fez Robert Alexy foi ampliar a função da proporcionalidade, rebatizada como processo ponderativo, para servir “[...] como base para comparação e aplicação ponderada de direitos e interesses em conflito”.¹³⁰

A tese do balanceamento, segundo Robert Alexy, parte do entendimento de que os direitos constitucionais (fundamentais) pertencem a uma classe de normas jurídicas que restringem e direcionam o exercício do poder público, as quais podem vir a ser

¹²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 277.

¹²⁹ MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*. vol. 10, n. 2, jul./dez. 2014, p. 578-579. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48708>>.

¹³⁰ Ibidem.

construídas de duas maneiras, estritamente como regras e abrangentemente como princípios.¹³¹

Utilizando a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã, Alexy adota o seguinte expediente de aplicação de normas: a aplicação das regras em um caso concreto se dá, inicialmente, por meio da subsunção, a qual, se inviável para a solução do caso concreto, exige a incidência de princípios, por meio, exatamente, do procedimento de ponderação ou balanceamento.¹³²

Em cenário Português, ao se recorrer à decisão do Tribunal pode-se encontrar “à luz do chamado princípio da subsidiariedade, só se justifica se for proporcionada e, para o ser, precisa ter eficácia.”¹³³ Ainda é possível que não seja efetivada a proteção da vida intrauterina, pois conforme o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85 independente da natureza da proteção a penalização pode ser considerada desnecessária e inadequada¹³⁴.

Mas ressalta-se que conforme o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10 esse tipo de vida antes do nascimento, materializado, ou seja, com vida, é um bem constitucionalmente protegido, mas que deverá ser assim concebido, para aquisição de direitos, quando não puder ser garantido de outro modo.

Logo, a ponderação é, a princípio, um procedimento afeto à aplicação de princípios, não de regras, razão pela qual ela adere adequadamente à distinção formulada por Alexy:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”¹³⁵

No tocante às regras Alexy define como normas que podem ou não ser satisfeitas. No instante em que a regra é válida, é necessário cumpri-la, exatamente

¹³¹ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, 2003, p. 131. Disponível na Internet: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹³² Ibidem.

¹³³ Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão N. 25/84. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>.

¹³⁴ Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão N. 85/85. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008, p. 90-91.

como esta é exigida. O que leva o entendimento de que estas se constituem de determinações no contexto em que estão inseridas. Conforme o autor, são fáticas e juridicamente possível, assim o que as distingue de princípios não é uma espécie de grau.

Conforme Alexy a distinção de princípios e regras é explícita. Enquanto esta primeira vai além, isto é, utiliza a maior medida possível no contexto das possibilidades jurídicas que possam existir; as regras não ultrapassam possibilidades. São satisfeitas ou não. São vistas, nessa visão de comparação do autor, qualitativamente. Dito isto, Fernando José Gonçalves Acunha observa, então, que:

“A segregação das espécies normativas fica mais bem explicitada quando se avaliam suas condições de aplicação e seus conflitos, a que nos dedicaremos adiante. Segundo argumenta Alexy, as regras conflitantes excluem-se mutuamente, ao passo que os princípios, dotados da dimensão de peso, permitem o que chama de sopesamento, em que a restrição de um princípio será tanto maior quanto mais destacada for a importância relativa do princípio contraditório.

Trata-se da necessidade de estabelecimento de relações condicionadas de precedência, que, ao final, resultam na lei de colisão, em que se constroem determinações definitivas de dever ser – tal qual regras jurídicas – que permitirão ao intérprete clareza na aplicação “ponderada” dos princípios contraditórios quando se verificarem certas condições.”¹³⁶

Com base no autor, nessa concepção da lei de colisão, é possível encontrar regras jurídicas durante a análise de um princípio, por exemplo, e assim, algumas situações poderão ser equacionadas em decorrência das condições determinadas para que um princípio tenha procedência ou não.

Portanto, o primeiro passo para a aplicação de normas jurídicas sempre é o procedimento de subsunção, por meio de uma estrutura dedutiva com a aplicação de um padrão lógico:¹³⁷ quando fatos descritos na parte fático-hipotética de uma norma jurídica acontecem no mundo concreto (por exemplo, o cometimento de um homicídio), deve acontecer uma conduta positiva ou negativa descrita no consequente daquela norma (isto é, não cometer homicídio), mas se o prescrito não ocorrer (for praticado o homicídio) e essa conduta for observada por uma autoridade competente, uma sanção institucionalizada deve, teoricamente, ser aplicada (pena privativa de liberdade).

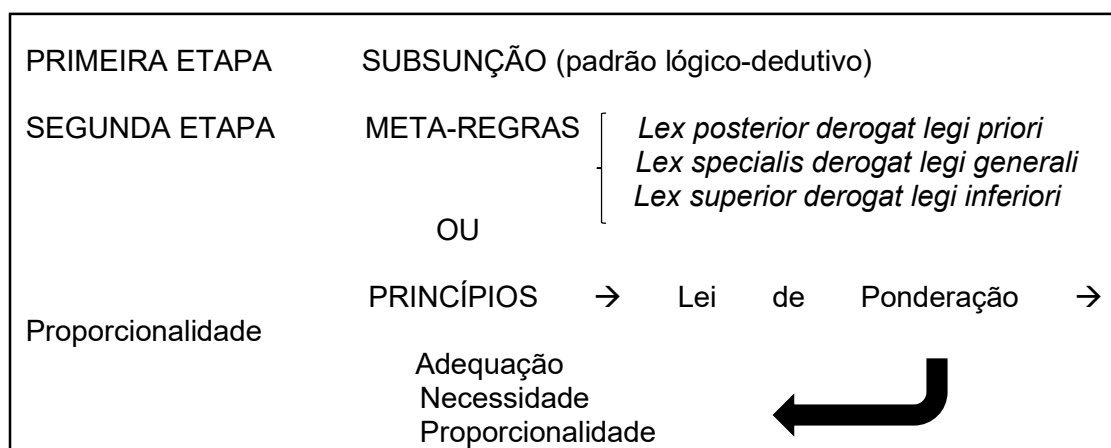
¹³⁶ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 51, n. 203, jul./set. 2014, p. 167. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

¹³⁷ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 4, 2003, p. 435.

A maioria das situações que envolvem a aplicação de norma termina nesse primeiro estágio. Entretanto, normalmente em caso de colisão entre direitos, quando verificada a existência do que a literatura jurídica chama de *casos difíceis*, aplica-se a ponderação.¹³⁸ O caso do aborto é um deles, como será destacado mais adiante.

A seguinte figura evidencia quando, segundo Alexy, deve ocorrer a ponderação:

Figura 3 – Ponderação de Alexy



Segundo Alexy, se uma constituição assegura determinados direitos fundamentais, então as decisões jurídicas que restringirem a liberdade dos indivíduos devem ser entendidas como interferências nesses direitos, as quais tão somente são admissíveis se justificáveis, o que significa, necessariamente, dizer que elas são proporcionais. Logo, juízos de proporcionalidade pressupõem balanceamento.¹³⁹

Apesar da apontada origem da proporcionalidade, o fato é que, em sua essência, ela se refere, sim, à colisão entre interesses, os quais podem se traduzir em direitos ou não. Ainda que, inicialmente, ela tenha se restringido à atuação legítima do Estado, no exercício do papel de Administração Pública, em relação à esfera privada de seus administrados, a utilização que lhe foi dada por Robert Alexy é adequada. Isso porque o Estado pode, em suas condutas, comissivas e omissivas, interferir tanto nos direitos ditos negativos ou liberdades, quanto nos direitos positivos, isto é, que dependem de uma prestação, como os direitos sociais.

Nesse sentido, a colisão se dá, segundo a teoria de Alexy, entre níveis de proteção a interesses traduzíveis ou não em direitos considerado o projeto jurídico nacional. Se esse projeto não abrange direitos sociais, apenas liberdades, então é de

¹³⁸ ALEXY, ref. 129, p. 434.

¹³⁹ ALEXY, ref. 129, p. 436.

se concluir, com autores como Josué Mastrodi, que as liberdades sempre irão preferir.¹⁴⁰

Todavia, não é o caso do projeto constitucional brasileiro, o qual reconhece não só liberdades, mas uma ampla gama de direitos sociais, todos eles também ligados à dignidade da pessoa humana. Por isso é que é desnecessário, durante o procedimento ponderativo, que quem decide se atenha sobre discussões relativas à afirmação histórica de certos direitos em relação a outros.

A possibilidade de realizar o aborto, como se concluiu nos capítulos anteriores, deve observar tal expediente, sob pena de ilegitimidade. E isso se dá especialmente diante do fato de que a prática abortiva deve ser realizada por um especialista, a fim de não se colocar em risco a vida e a saúde da gestante, bem como para que não se efetive quando não for adequado ou não for autorizado juridicamente.

Arthur Sanchez Badin destaca que o juízo de ponderação abrange tanto os fins a serem perseguidos quanto os meios que devem ser utilizados.¹⁴¹ Em ambas as fases, deve-se optar pelo que for adequado. Por exemplo, se em determinada situação ficar evidenciado que o aborto é necessário porque adequado para o caso da gestante, devem ser utilizados os meios adequados para garantir o seu bem-estar e, assim, preservar a sua dignidade enquanto pessoa humana.

A ponderação enquanto procedimento argumentativo fundamenta-se em três pilares-chave: a razoabilidade, a proporcionalidade e a racionalidade. Isso evidencia que a ponderação e a proporcionalidade não se confundem,¹⁴² muito embora Alexy afirme, ao contrário do que é aqui adotado,¹⁴³ que o balanceamento é uma fase do princípio da proporcionalidade.

4.2.1 Ponderação e racionalidade

A racionalidade, conforme recorda Cristiano Carvalho, é instrumental, porque trabalha com a adequação dos meios a serem utilizados com os resultados que se busca alcançar.¹⁴⁴ Nesse passo, a racionalidade contribui para a realização de uma escolha consistente e adequada, a qual deve ser necessariamente feita por um

¹⁴⁰ MASTRODI, ref. 123.

¹⁴¹ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 12.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 110.

¹⁴⁴ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 55.

especialista. Do contrário, seria demasiado alto o risco de não se interpretar corretamente todas as informações existentes e de não se utilizar os recursos disponíveis e adequados.

Pelo pensamento de Cristiano Carvalho a teoria racional permite a construção de escolhas “matematicamente precisas”, ou seja, sem erros, pois, possibilita descrições de comportamentos humanos sob diversos vieses. A racionalidade torna as decisões mais consistentes. Nessa direção, pode-se remeter a teoria ao procedimento abortivo, pois ao ser respeitado o projeto constitucional brasileiro, a dignidade humana da gestante demanda uma dupla análise racional. Por um lado, devem estar presentes todas as condições legitimadoras do aborto. Por outro lado, devem ser tomadas todas as cautelas necessárias e adotado o procedimento médico adequado.

Ana Paula de Barcellos observa que “[...] toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”.¹⁴⁵ A discricionariedade é, nesse tipo de caso, mínima, porque os critérios a serem avaliados pelo médico devem ser o máximo objetivos possíveis, ainda que variem entre gestantes. Isso porque não apenas o interesse particular está em jogo, mas também o interesse público, uma vez que se tem por escopo tanto o bem-estar da gestante (interesse privado) quanto o não cometimento de conduta penalmente tipificada (interesse público).

A ponderação é, assim, segundo Ana Paula de Barcellos, uma técnica pela qual se busca solucionar um conflito entre opções em casos difíceis.¹⁴⁶

Por exemplo, no caso do aborto de feto anencéfalo, ainda que exista forte evidência científica de que o nascituro tem baixíssima expectativa na vida extrauterina, é necessário colocar na balança se a interrupção da gravidez será mais benéfica à gestante que o falecimento de seu filho após nascido. Nesse tipo de caso, tem-se que a ponderação evidencia a existência de prioridade de uma determinada norma reconhecidora de direito em detrimento de outra, em função da ausência de possibilidade de que ambas convirjam ou coexistam na situação.

É notável que no caso da opção pelo aborto não há uma preferência do direito da gestante em detrimento de eventuais direitos do nascituro. José Emílio Medauar Ommati recorda que todo conflito entre direitos reconhecidos por normas jurídicas é

¹⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 18, 23, 38.

meramente aparente, porque “[...] na situação concreta é possível perceber quem tem o direito e quem não tem”.¹⁴⁷

Por exemplo, se a gravidez é indesejada pela gestante em razão de ser fruto de estupro, não entra em jogo, porque não existe, o direito do nascituro à vida; mas se ela é indesejada porque a gestante se arrependeu de não ter tomado as precauções contraceptivas, não entra em jogo, porque inexistente, o direito ao aborto. Por isso é que se afirma ser a ponderação um procedimento argumentativo.

José Sérgio Cristóvam adota essa mesma perspectiva sobre a utilização sem freios do procedimento ponderativo. O autor postula que a teoria da ponderação, uma vez consolidada, permite uma elaboração de um modelo de Estado de ponderação que, indiscutivelmente é dinâmico, aberto e pluralista. Todavia, é fundamental que se possa, atenciosamente, rever as questões das incertezas jurídicas, isto é, não se pode admitir que do paradigma ponderacionista resulte um insuprimível espaço dessas incertezas, “de diuturna e casuística relativização de direitos, com a progressiva corrosão das noções de legalidade e segurança jurídica e o consequente deficit de estabilidade social, política e econômica da comunidade.”

O supracitado autor fazendo uma metáfora mencionando a ‘esfinge pós-moderna’, chama atenção para que o modelo de ponderação não possa se configurar como um desafio caso a caso, “devorando” padrões mínimos de racionalidade e segurança do sistema jurídico-judicial. A colocação de José Sérgio Cristóvam traz à tona a reflexão acerca da importância de atentar-se para que o julgador não usurpe autoridade legislativa, constitucional e infraconstitucional, por meio daquilo que chama de:

“[...] obscuras e iletradas ginásticas hermenêuticas, que muito mais procuram encobrir razões subjetivas (moralismo judicial) do que apresentar efetivas justificações jurídicas racionais. Aqui reside a encruzilhada de deslegitimação da teoria da ponderação de princípios, que flerta de forma cada vez mais perigosa, desavisada e recorrente com padrões moralistas de decisionismo judicial, o que reclama a consolidação de limites formais e materiais essenciais à manutenção da pretensão de racionalidade e segurança do discurso jurídico-judicial.”¹⁴⁸

E, sob este aspecto, José Sérgio Cristóvam delineia um pensamento fundamental, a saber, o fato de o Estado de ponderação não se tornar um lugar no qual tudo possa ser relativo, ou seja, depender de conceitos, de instituições jurídicas e

¹⁴⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014a, p. 47 e 50.

¹⁴⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro!. *Revista Sequência*. n. 75, abr. 2017, p. 221-222. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552017000100219&script=sci_abstract&tlng=pt>.

princípios, abrindo espaço para decisões que se firmem em poderes constituídos, sobretudo, de subjetividade da atividade judicial. Para isso, é importante que se construa um paradigma da ponderação proporcional, pautado na racionalidade de ponderação de interesses, prevendo assegurar a prevalência de direitos ou de interesses em condições de precedência, “mas somente para aqueles casos de efetivo conflito entre direitos ou interesses que não disponham de uma justa e adequada solução ponderativa preestabelecida pela ordem normativa, sob pena de clara usurpação jurisdicional da autoridade legislativa, ” de acordo com este autor.

Nessa acepção, observa-se que a racionalidade, dentro do procedimento ponderativo, é o item que mais sofre com as críticas. Fernando Leal sintetiza essa crítica, como se pode notar:

“No plano da racionalidade da ponderação, normalmente as críticas se dirigem à afirmação de um suposto déficit. Habermas, provavelmente quem formulou de maneira mais profunda e complexa essa objeção, na medida em que conecta os problemas da racionalidade da ponderação com a concepção de direitos fundamentais como princípios, refere-se aos resultados dos processos de tomada de decisão com base em princípios jurídicos como “arbitrários ou irrefletidos.”¹⁴⁹

O argumento de Habermas, exposto por Fernando Leal, pressupõe que faltariam mecanismos racionais capazes de conduzir relações de preferências na ponderação, considerando que cada caso concreto possuísse um ponto de vista subjetivo. Assim, a crítica se sustenta em decorrência dos perigos referentes à possibilidade de prevalência de argumentos funcionalistas sobre argumentos normativos na tomada de decisão jurídica, isto é, a decisão imparcial e valores representados a depender do momento, do lugar e para determinados sujeitos.

Essa ausência de clareza em demarcar os limites entre os planos axiológico, e deontológico poderia reverberar em processos jurídicos decisórios permanentemente permeáveis no que tange às considerações teleológicas (típicas do primeiro plano) e que, conforme o autor, seriam justificadas no momento atual, no “agora” e para algum grupo específico. Sobre a questão Fernando Leal discorre ainda:

“[...] Da impossibilidade, assumida por Habermas, de existência de parâmetros capazes de controlar objetivamente análises funcionalistas ou do tipo custo-benefício, decorreria a desqualificação

¹⁴⁹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. vol. 14, n. 58, out./dez. 2014, p. 178-180. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/78>>.

definitiva da ponderação de princípios como mecanismo capaz de garantir resultados racionais.”¹⁵⁰

Sob o olhar de Fernando Leal, a proposição de Habemas não é única, pois essa percepção acerca da suposta irracionalidade da ponderação de princípios é debatida também por Schlink¹⁵¹ que sustenta a tese de que a proporcionalidade não seria apta na organização de processos, em decorrência de ser ineficaz para determinar resultados de análises funcionalistas e também por limitar as margens de subjetividade do legislador, o que para o autor a posiciona apenas como decisionista.

Nessa mesma linha de pensamento Fernando Leal cita Leisner¹⁵² para pontuar a concepção acerca da ponderação vista como uma “varinha mágica” capaz de produzir pseudoconsensos. Importante ratificar que tais críticas não são desconhecidas em solo brasileiro e têm se tornado recorrentes, conforme destaca-se:

“[...] O Ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF nº 101, embora tenha concordado no mérito com a decisão da relatora, Ministra Cármen Lúcia, sobre a inconstitucionalidade da importação de pneus usados no país, divergiu quanto aos fundamentos da decisão exatamente porque os mesmos estavam amparados sobre uma ponderação entre princípios constitucionais — no caso, entre os princípios da livre-iniciativa, de um lado, e da promoção do meio ambiente e da saúde, de outro. Em seu voto, afirmou explicitamente o ministro: “recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos”. E, mais adiante, justificou seu ponto de vista: “[...] a ponderação entre princípios é operada discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à incerteza jurídica”.¹⁵³

Aproximando-se a essa perspectiva, mas sem interligar intimamente a irracionalidade da ponderação, Humberto Ávila postula que o paradigma da ponderação conduz ao subjetivismo e, corroborando à questão, Fernando Leal traz a proposição de Carlos Ari Sundfeld, quando este critica a ausência de previsibilidade e incertezas referentes ao recurso de princípios enquanto fator fundamental à decisões, em especial, critica o uso de princípios vagos para a tomada da decisão, argumentando que são modismos, uma espécie de armas daqueles que são espertos e preguiçosos, abrindo espaços para “julgar nas nuvens”.

¹⁵⁰ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. vol. 14, n. 58, out./dez. 2014, p. 179.

¹⁵¹ SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: P. Badura/H. Dreier (Org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 445-465.

¹⁵² LEISNER, Walter. *Die Prognose im Staatsrecht. Zukunft in Vergegenwärtigung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

¹⁵³ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. vol. 14, n. 58, out./dez. 2014, p. 179.

Coadunando nesta direção Marcelo Neves denuncia uma tendência à “superestima, à trivialização e ao uso inconsistente no tratamento dos princípios constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.”¹⁵⁴

Todavia, essas críticas não se sustentam, uma vez que a teoria da ponderação não busca estabelecer um procedimento único aplicável a todos os casos. A sua proposta é trazer os elementos essenciais para a incidência do balanceamento. Assim, cada situação concreta utilizará o mesmo procedimento, porém com adequações para que não se criem monstros argumentativos nem se alcancem conclusões quiméricas.

A racionalidade da doutrina está exatamente aí, em se evitar que a ponderação se torne um remédio único aplicável a todos os males.

4.2.2 Ponderação e razoabilidade

No curso dessa argumentação, o procedimento deve se construir, ainda, sobre dois outros pilares: o da razoabilidade e o da proporcionalidade. Esses pilares, apesar de se encontrar na doutrina e mesmo na jurisprudência o equivocado entendimento de que são coincidentes, deve-se destacar que, embora exista uma proximidade, não há equivalência.

Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, o máximo que se pode dizer é que tais pilares se vinculam, uma vez que ambos servem como parâmetro para indicar a legitimidade ou não de uma determinada decisão.¹⁵⁵

No mesmo sentido é a lição de Virgílio Afonso da Silva quando expõe que a diferença entre a regra da proporcionalidade e da razoabilidade não se firma somente pela ordem, mas pela estrutura. No tocante à sua origem este autor descreve em um breve percurso que já em 1215, na criação da Magna Carta a regra da proporcionalidade se configurava numa identificação de princípio de razoabilidade, uma forma equivocada de concebê-las, pois segundo este autor os conceitos não devem se confundir, pois historicamente não há uma relação

“[...] Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 155.

decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: "se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir".¹⁵⁶

Observa-se, conforme Virgílio Afonso da Silva que a irrazoabilidade, em relação às exigências dos testes da regra da proporcionalidade é bem menos intenso, destina-se, inclusive, meramente ao afastamento de atos demasiadamente irrazoáveis. E esse afastamento identitário entre os termos fica mais explícito durante o debate da *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra, quando o Partido Conservador Britânico anuncia, em sua convenção que caso vença a eleição revogaria os direitos humanos, uma ação irrazoável, ao extremo.

A partir desta convenção originou-se um interesse perceptível da doutrina jurídica inglesa no que se refere à aplicação de regra da proporcionalidade. Hodiernamente, se discute qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar em concordância ao princípio de irrazoabilidade, demonstrando que não são termos sinônimos, pois se fossem, esta discussão seria dispensável.

Um ponto crucial a se destacar é que nem sempre um ato desproporcional será irrazoável "pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo."¹⁵⁷

De acordo com Virgílio Afonso da Silva algumas situações na Corte Europeia de Direitos Humanos demonstram ações nas quais há uma decisão pela proporcionalidade de uma medida mesmo admitindo sua razoabilidade. Ratificando a assertiva, atualmente, na Suprema Corte dos Estados Unidos existe uma associação entre proporcionalidade e razoabilidade em sua jurisprudência, baseada no que chamam de *substantive due process*, algo próximo ao que o STF, aqui no Brasil costuma também fazer.

Este autor acrescenta ainda que recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos durante as decisões de determinados casos requisitou a exigência de proporcionalidade aproximada, todavia vale lembrar que esta exigência não guarda similitude com a regra da proporcionalidade. Um aspecto relevante a destacar ainda é:

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002, p. 29-31. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

¹⁵⁷ Ibidem.

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação, como se esclarecerá mais adiante.”¹⁵⁸

A razoabilidade, seguindo esse rumo, refere-se, como aduz Jane Reis Gonçalves Pereira, a “[...] juízos de ordem substantiva que transcendem à análise da relação entre fins e meios e à correlata verificação de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das restrições a direitos”.¹⁵⁹

Logo, como sublinha José Emílio Medauar Ommati, “[...] a razoabilidade é um dos elementos da proporcionalidade, com essa não se confundindo”.¹⁶⁰

No mesmo sentido, Arthur Sanchez Badin pontua que a razoabilidade é um mecanismo cujo emprego ajuda a evitar que uma decisão se torne irracional, isto é, não ultrapasse o limite da racionalidade quanto à interpretação dos mandamentos constitucionais e legais.¹⁶¹

Portanto, pode-se dizer que a razoabilidade é um elemento que vai sinalizar para o intérprete se o juízo de proporcionalidade será necessário ou não. Isso quer dizer que o seu propósito é verificar se os bens e/ou interesses cuja ponderação é requerida são, de fato, opções cujo balanceamento é necessário.

Carlos Roberto Siqueira Castro destaca, no mesmo plano, que a razoabilidade, assim como a racionalidade contribuem para que a escolha dos meios não seja arbitrária nem implausível, mas que corrobore com idoneidade ou necessidade da opção que foi acolhida.¹⁶²

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002, p. 29-31. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

¹⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 162.

¹⁶⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014b, p. 125.

¹⁶¹ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 185.

¹⁶² SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 137.

A explicação, embora pareça confundir os pilares, na verdade os torna evidentes dentro do procedimento ponderativo: a razoabilidade e a racionalidade são ponderações prévias à necessidade da proporcionalidade. É dizer, se não houver dúvida de que os bens ou interesses não necessitam ser submetidos à ponderação, então a aplicação da proporcionalidade será inócua, além de arbitrária.

A precedência da racionalidade e da razoabilidade sobre a proporcionalidade dentro do procedimento de balanceamento permite a afirmação de que a proporcionalidade é de natureza compensatória.

4.2.3 Ponderação e proporcionalidade

A proporcionalidade, como lembra Jane Reis Gonçalves Pereira, também possui intimidade estreita com o procedimento de ponderação.¹⁶³ Na verdade, ela é parte integrante dele, embora, como destacado anteriormente, nem sempre ela seja necessária.

É importante observar, nessa altura, que, ainda que sejam importantes as relações históricas que levaram ao reconhecimento de determinados interesses como direitos, há uma irrecusável evolução social desde essa afirmação.

Mesmo que haja toda uma estrutura social montada para a prevalência da perspectiva capitalista, isso não quer dizer, que os direitos positivos não possam prevalecer sobre os direitos negativos, ou seja, que alguma manifestação da liberdade não possa dar lugar a um determinado direito social, como a saúde ou a educação.

Aliás, um exemplo muito relevante surgiu em 2020, com a crise sanitária gerada pela pandemia do novo coronavírus, tendo o Estado, acertadamente, estabelecido medidas restritivas ao exercício de liberdades para proteger um bem social – porque público ou coletivo –, que é o caso da saúde.

Logo, é inadequada a observação de Josué Mastrodi de que:

“[...] Toda a estrutura social está montada, há séculos, sobre os pressupostos do liberalismo econômico. Assim, os direitos individuais, por serem considerados primordiais, são os que recebem mais proteção, justamente porque eles representam, no campo do direito, a estrutura econômica de dominação liberal inerente às sociedades ocidentais, e porque dão racionalidade a essa estrutura, permitindo o franco funcionamento do sistema capitalista”.¹⁶⁴

¹⁶³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 163.

¹⁶⁴ MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*. vol. 10, n. 2, jul./dez. 2014, p. 583.

Robert Alexy, quando discorre sobre o procedimento de ponderação ou balanceamento, aponta que a sua análise compensatória deve ser feita em três etapas, as quais ele denomina de subprincípios que expressam uma otimização.¹⁶⁵ Isso confirma o significado que o autor atribui aos princípios enquanto comandos de otimização.¹⁶⁶

Essas três etapas são assim divididas: (a) juízo de idoneidade do fim e adequação dos meios – normalmente referido como *juízo de adequação*; (b) juízo de necessidade da opção – usualmente tratado como *juízo de necessidade*; e (c) juízo de proporcionalidade em sentido estrito ou propriamente dita – comumente afirmado como *juízo de proporcionalidade*.

Virgílio Afonso da Silva observa que essa subdivisão, da regra da proporcionalidade é bastante evidenciada pela doutrina pátria, muito embora, seja praticamente ignorada pelo STF, segundo o autor. E, em muitas ocasiões, não existe uma compreensão na forma como são feitas as análises e aplicáveis na prática jurisprudencial, pois, em geral, se fornece um conceito sintético para cada uma delas, sem interrelacioná-las e sem pensar a forma de aplicação destas. Gerando, portanto, fragilidades, pois algumas regras essenciais podem ser aplicadas de forma incorreta pelos tribunais brasileiros.

Este supracitado autor postula ainda que a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam se constituem em um ponto trivial, mas que claro, possuem consequências, uma vez que se simplesmente são enumeradas, sem seguir uma ordem deixa a impressão de deszele, de “tanto faz”. A título de exemplo tem-se que: “[...] se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso”¹⁶⁷. Nesse sentido, compreende-se que a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

Coadunando a Virgílio Afonso da Silva a importância dessa ordem fica evidente no instante no qual se internaliza que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as sub-regras, demonstrando-se que, se relacionam de forma subsidiária. E este é um ponto crucial, pois, a ideia de que o juiz sempre analisará todas elas devem ser desmistificadas, pois assim não procede. E é nessa

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, 2003, p. 135. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>>.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002, p. 34-35. Disponível na Internet: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

relação de subsidiariedade que reside a razão de ser dessa divisão de sub-regras da proporcionalidade.

Sendo estas análises exigidas em casos que não foram resolvidos com análise da adequação e da necessidade. Desse modo, conforme pontua este autor “a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos”¹⁶⁸. Já no tocante a outros casos pode até ser indispensável a análise de sua necessidade, mas em casos mais complexos é imprescindível se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Inicialmente, há que se dizer que a adequação e a necessidade dizem respeito, em conjunto, ao que é otimizável e expressam a ideia do *ótimo de Pareto*: “uma posição pode ser melhorada sem o detrimento de outra”.¹⁶⁹

O primeiro juízo, etapa ou dimensão da proporcionalidade em sentido amplo é o *juízo de adequação*. Conforme observa Humberto Ávila, essa etapa tem como propósito vedar o emprego de meios que obstruam a realização de um interesse sem promover outro.¹⁷⁰ Isso significa que o seu propósito é apurar se a finalidade almejada é legítima e se os meios a serem empregues são adequados.

A adequação somente existirá se os meios escolhidos contribuírem de alguma maneira para solucionar o problema apresentado na ponderação. Esse juízo é, portanto, abstrato, de modo que não se deve preocupar, nesse estágio, com o resultado prático.

O segundo é o *juízo da necessidade*, pelo qual, partindo-se da conclusão de que os meios escolhidos são adequados e o fim almejado é legítimo, se faz a análise sobre a real necessidade da ponderação para a alteração do problema apresentado.

Alexy registra que a necessidade opera da seguinte forma: se houver mais de uma maneira pelas quais a efetivação de um interesse é possível, deve-se adotar aquela que menos restringir o interesse apontado como colidente, ou seja, tem a ver com a intensidade com a qual um interesse é afetado para que outro seja realizado.¹⁷¹

Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que a etapa se assemelha à “[...] a noção de proibição de excesso, impondo uma análise comparativa entre os diversos meios

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ ALEXY, ref. 151, p. 135.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. vol. 22, n. 66, set./dez. 2002, p. 28-29. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>.

que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado”.¹⁷²

Virgílio Afonso da Silva destaca, porém, que a associação do juízo de necessidade à proibição de excesso não é adequada, como explica no seguinte excerto:

“[...] Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso”.¹⁷³

Isso quer dizer que o juízo de necessidade é muito mais próximo da noção de uma proibição de insuficiência que de uma proibição de excesso. Todavia, ainda que isso fique evidente na explicação acima apresentada, pode-se afirmar que a segunda etapa do procedimento ponderativo proíbe o excesso no sentido de desqualificar as ingerências indevidas do Estado, por qualquer uma de suas funções, na realização de um interesse em detrimento de outro. Logo, o juízo de necessidade será positivo tão somente se a ponderação se revelar indispensável para uma proteção adequada, que não pode ser insuficiente nem abusiva (excessiva).

A indispensabilidade, por sua vez, decorre do conceito de necessidade, como lembra Jane Reis Gonçalves Pereira: “[...] a medida há de ser entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim”.¹⁷⁴ Logo, o que essa segunda dimensão da proporcionalidade em sentido lato propõe é que se identifique a existência de mais de um meio adequado para atingir com eficácia real a finalidade buscada. Apurada essa existência, verifica-

¹⁷² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 183.

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002, p. 26-27. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

¹⁷⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 185.

se a compatibilidade dos meios, isto é, se eles podem coexistir ou se é necessário que um deles seja afastado. Se for identificada a incompatibilidade, passa-se à próxima dimensão.

O terceiro e último é o “juízo de proporcionalidade em sentido estrito”. Segundo a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, essa última etapa ocupa-se da restrição a direitos que foram submetidos à ponderação.¹⁷⁵ Trata-se de uma restrição quanto à sua aplicabilidade. No entanto, ela não se reduz a isso.

O juízo de proporcionalidade em sentido estrito tem como propósito, enfim, verificar se, na prática, é possível restringir um direito para se alcançar uma finalidade decorrente de outro direito, ou, em outros termos, se o direito-fim pode determinar a restrição do direito-meio.

4.3 No Brasil, o aborto é permitido

A partir do esclarecimento sobre o procedimento ponderativo e sobre as suas etapas, convém discutir o tema da presente dissertação, o que leva necessariamente em consideração as conclusões alcançadas em todo o trabalho até aqui desenvolvido. É também necessário, entender o que é o aborto.

A definição de aborto utilizada no presente trabalho é idêntica à da OMS, que, como recordam Martínez-Rodas, Gonzales, Carrasco e Parodi, consiste na “[...] expulsão uterina de um embrião ou de um feto de menos de 500 gramas, o que corresponde a uma idade gestacional de 20 a 22 semanas”¹⁷⁶. A definição técnica não afasta, porém, a percepção moral normalmente associada à questão do aborto.

Luís Roberto Barroso destaca, nesse sentido, que “a interrupção voluntária da gravidez é uma questão moral altamente controvertida em todo o mundo”, de modo que “as legislações dos diferentes países vão da criminalização e da proibição completa até o acesso praticamente irrestrito ao aborto”¹⁷⁷. Com efeito, a afirmação é verdadeira, como se apurou no primeiro capítulo (item 1.2).

Além disso, as estatísticas sobre o aborto (item 2.1) revelam que seja a prática ilegal ou permitida ela não deixa de ocorrer, o que difere um grupo de países do outro “[...] é a taxa de incidência de abortos arriscados ou com pouca segurança”¹⁷⁸. A

¹⁷⁵ Ibidem, p. 194.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, CARRASCO, D., PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas, Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020, p. 12.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 99.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 99-100.

parcela da população que mais sofre em razão disso é aquela que não dispõe de recursos para, mesmo clandestinamente, realizar o abortamento.

O aborto é um caso difícil. Em dois sentidos. Em primeiro lugar, porque nos casos concretos, assim como ocorre em outros tipos de colisões entre direitos ou princípios, é difícil escolher o interesse que será menos realizado ou mesmo posto de lado. Esse é o conflito que usualmente se aponta, relacionado à colisão entre valores e direitos fundamentais da gestante (vida, saúde, integridade física e psíquica) e do feto (vida), o que revela, como observa Barroso, que do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, “[...] há apenas um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto – o direito à vida – contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo o direito de escolha da mulher – a integridade física e psíquica e a igualdade”¹⁷⁹.

Todavia, é um caso difícil também em um segundo sentido, especialmente diante da existência de uma insistência doutrinária e jurisprudencial em se afirmar que a regra no Brasil é a proibição do aborto. Esse tipo de conclusão, embora decorra diretamente do Código Penal e indiretamente do Código Civil, não encontra nenhum respaldo na Constituição Federal de 1988. É dizer, ela não se amolda ao projeto constitucional brasileiro.

Sobre o tema tipo penal aborto, temos no Código Penal brasileiro cinco dispositivos, a saber: artigos 124 (autoaborto ou consentimento para terceiro realizá-lo em si), 125 (heteroaborto sem consentimento), 126 (heteroaborto com consentimento), 127 (aborto agravado) e 128 (excludentes).

Conforme acabamos de ver, o aborto está inserido no capítulo dos crimes contra a vida e no título de crimes contra a pessoa. Logo, pode-se afirmar que o aborto foi considerado pela pena do legislador em matéria criminal como um crime contra a vida de uma pessoa. A análise dos artigos referidos permite afirmar que o abortamento somente é possível e viável se presentes duas condições necessárias: o nascituro e a gestante. Desta forma, não podemos falar que existe aborto antes da concepção, nem tampouco após o nascimento da criança com vida. Portanto, se o aborto está enquadrado como crime contra a vida, vemos que existe conflito de normas entre o que dispõe o Código Penal e o Código Civil. Isso porque no Diploma Civil a previsão é a de que só há vida com o nascimento: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (art. 2º, 2ª parte, do Código Civil).

Na acepção de Alexy, esses dois textos normativos, o conjunto penal e o isolado civil, são regras e, como tais, não entrariam em conflito ponderativo. Contudo, acima

¹⁷⁹ Ibidem, p. 100-101.

das regras acima mencionadas, temos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Logo, a ponderação é requerida, especialmente para fins de conferir unidade e coerência a esse projeto nacional.

No segundo capítulo, chegou-se à conclusão de que a previsão contida na segunda parte do artigo 2º do Código Civil necessita de uma interpretação baseada no texto constitucional. Isso porque a Constituição brasileira protege a pessoa humana e sua dignidade, o que não inclui a não-pessoa. Por essa razão, também se concluiu que o legislador brasileiro regulamentou onde não deveria, ao estabelecer que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Conforme a análise com base na biologia, que é o campo do conhecimento humano que deve servir para que essa situação seja esclarecida, até a 20ª semana de gestação a vida humana não é viável e, sendo inviável, não se pode falar na existência de pessoa. Nesse sentido, pode-se afirmar que a taxonomia da tipificação penal brasileira está, também, equivocada, uma vez que o aborto não é um crime contra a vida, mas tão somente contra a pessoa. Ele se difere de outros crimes como o homicídio, o auxílio ao suicídio e o infanticídio, para os quais é pressuposto que a vítima já tenha nascido com vida. No mesmo erro incorreu o legislador português, por exemplo, que incluiu as figuras do aborto (art. 140), do aborto agravado (art. 141) e das excludentes relacionadas ao aborto (art. 142) no respectivo título de crimes contra as pessoas.

Vale salientar que quando são mencionadas as causas que excluem o aborto, que são nos casos de aborto necessário, ou seja, para salvar a vida da gestante, e nos casos de gravidez oriunda de estupro, vemos que não há nenhuma menção à vida do nascituro. Portanto, é evidente que a classificação adotada pelo legislador no Código Penal está equivocada.

Não se poderia, aliás, atrelar o aborto a um crime contra a vida, uma vez que não há no Código Penal esclarecimento sobre quando começa a vida. Mas não apenas em razão disso, posto que o entendimento sobre o que é vida é confuso. De acordo com Augusto e Daniel Damineli a palavra “vida” muitas vezes é tida numa definição óbvia, no entanto, a complexidade a leva a ser concebida de forma plural¹⁸⁰.

Citando a área da Psicologia, os autores evidenciam o sentido de vida psíquica, mencionando os sociólogos destaca a vida social, ao referirem-se aos teólogos cita-se

¹⁸⁰ DAMINELI, Augusto, DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007, p. 263. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

o sentido de vida espiritual, aos sujeitos comuns, “vida” pode ser as mazelas ou prazeres. Assim dispõem que:

Para uma parte (relativamente pequena) das pessoas, ela traz à mente imagens de florestas, aves e outros animais. Mesmo essa imagem é parcial, já que a imensa maioria dos seres vivos são organismos invisíveis. Os micróbios compõem a maior parte dos seres vivos, a maioria (80%) vivendo abaixo da superfície terrestre, somando uma massa igual à das plantas. Entretanto, os micróbios ainda não ocupam a devida dimensão em nosso imaginário, apesar de mais de um século de uso do microscópio e de frequentes notícias na mídia envolvendo a poderosa ação de micróbios, ora causando doenças ora curando-as, fazendo parte do ecossistema ou influenciando na produção de alimentos. Esse quadro se deve ao fato de que a vida ainda é um tema recente no âmbito científico, comparado com sua antiguidade no pensamento filosófico e religioso.”¹⁸¹

Assim, se não há um critério científico razoável para identificar quando começa a vida antes do nascimento, não cabe ao legislador firmá-lo. Em virtude disso, a perspectiva mais adequada é aquela estabelecida no Código Civil, de maneira que o aborto é um crime cuja vítima é uma pessoa. E como o legislador penal não definiu quem é ou não pessoa, aplica-se aquela prescrição do legislador civil atualizada pela interpretação constitucionalmente conforme, de que só pode ser considerada pessoa o feto a partir da 20ª semana de gestação.

Aplicando-se um juízo racional, razoável e proporcional, conforme descrito logo acima, se o legislador constituinte quis proteger a dignidade da pessoa humana mesmo antes de seu nascimento com vida, então é de se concluir que o Brasil não se pode posicionar como um país cujo ordenamento jurídico proíbe o abortamento.

A doutrina penalista nacional entende, no entanto, e equivocadamente, que o aborto consiste na morte seja do embrião seja do feto humano, não sendo imprescindível a inviabilidade do nascituro.¹⁸² A leitura feita pela doutrina não se aprofunda na relação com o que se prevê no Código Civil nem colhe frutos na Constituição, resumindo-se a assumir que a cessação da gravidez a partir da nidação¹⁸³ ou da concepção¹⁸⁴ constitui aborto.

¹⁸¹ DAMINELI, Augusto, DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007, p. 263. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

¹⁸² PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249 do CP)*. vol. 2. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2019. (e-book), fl. 140.

¹⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal*. vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (e-book), fl. 190.

¹⁸⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018. (e-book), fl. 179; MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ed. Método, 2018. (e-book), fl. 104.

Não se deixa de notar que não é feita discussão sobre a diferença entre feto e embrião nem sobre em qual período da gestação o conceito apresenta viabilidade de nascer com vida, ainda que o parto seja prematuro extremo. É, entretanto, impossível, a partir da técnica jurídica, fixar a ocorrência do aborto antes da 20ª semana. E isso se extrai da interpretação constitucionalizada do ordenamento jurídico nacional, já que, antes desse período, o nascituro não possui exatamente a condição que se faz imprescindível para a ocorrência do aborto: *ser pessoa*.

Portanto, tem-se que a proibição de aborto deve ser restrita ao período a partir da 20ª (vigésima) semana de gravidez, razão pela qual as figuras típico-penais “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” (art. 124 do CP) e “aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante” (art. 126 do CP), devem ser reinterpretadas, para se referir tão somente ao período que inicia no 5º mês de gestação. É dizer, nesses dois casos a gestante pode, por livre e espontânea vontade, sem depender de nenhuma autorização, seja do Estado, seja de seu consorte, interromper a sua gestação.

Nesse sentido, as condutas abortivas classificadas pelo legislador brasileiro como causas de justificação no artigo 128 do Código Penal (CP), também diante dessa nova interpretação, se referem, especialmente, ao período iniciado na 20ª semana de gestação. Ou seja, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro são causas justificantes que permitem o procedimento mesmo quando o feto já adquiriu a condição de pessoa.

Portanto, é de se concluir que a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira é compatível com o projeto constitucional nacional, mas deve ser reinterpretado. Em se tratando de Portugal, como bem propõem Jorge Miranda e Rui Medeiros a Constituição preconiza ao legislador as formas de tutela jurídica nesse contexto da vida, mas não obriga a criminalização abrangente¹⁸⁵.

No tocante à legitimidade do aborto na ordem jurídica portuguesa, pensando-se retrospectivamente sobre a questão, tem-se a descrição datada em 1982, no Código Penal Português, artigo 358º, a punição plena do crime de aborto que destacava naquela época, a pena de prisão maior temporária com trabalho para aquele que, de propósito, fizesse uma mulher grávida abortar, empregando para tal fim, métodos medicamentosos, violentos ou qualquer outro meio.¹⁸⁶

¹⁸⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN 972-32-1308-7.

¹⁸⁶ Livro das Ordenações Filipinas em breve menção sobre o aborto. Disponível para downloads em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 23 mar. 2022.

Conforme Fernando Silva¹⁸⁷, o narrado no dispositivo foi sendo repensando por séculos, haja vista, como bem já postulado neste trabalho, as controvérsias sobre a temática são muitas. Desse modo, com o passar do tempo, emerge a necessidade de permitir a prática do aborto em algumas circunstâncias, em especial, segundo pontua este autor, quando a continuidade do processo de gravidez pudesse resultar em lesões graves e irreversíveis para a mãe.

Ainda nessa direção a Lei n.º. 109, de 11 de maio de 1984, trazia a exclusão de ilicitude para alguns casos de interrupção da gravidez. Como em situações nas quais o aborto fosse realizado por um médico, ou pela responsabilidade de uma unidade de saúde, com consentimento da mulher grávida, em situações nas quais esse procedimento:

- “a) Constitua o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostre indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Haja seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e seja realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez;
- d) Haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.”¹⁸⁸

Seguindo ainda esse breve histórico da legislação portuguesa é necessário ainda demarcar a reforma do Código Penal em 15 de março de 1995, pelo Decreto-Lei n.º 48/95 que discorre acerca do disposto anteriormente nos aspectos de tempos de gravidez e formas de realizar tal procedimento, ou seja, de 12 semanas para 24 semanas e, em destaque, sublinha que se não for possível obter consentimento, por exemplo, de responsáveis de uma mulher grávida de 16 anos, o médico poderá decidir o que fazer, junto a outras opiniões de seus pares.

Nesse cenário português cita-se ainda a Lei 90/97, de 30 de julho de 1997, que ao alterar as alíneas c) e d) do artigo 142 do Código Penal ampliava assim o prazo para a interrupção da gravidez, de 16 para 24 semanas:

- “c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges

¹⁸⁷ Com base em SILVA, Fernando. Direito Penal Especial: os crimes contra pessoas. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris. 2011.p. 192. Ibidem.

¹⁸⁸ LEI 6/84 de 11 d maio. Altera o Código Penal de Portugal. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/34761/lei-6-84-de-11-de-maio>.

artis, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.”¹⁸⁹

A chegada de um pensamento mais contemporâneo em solo português é datado em 11 de fevereiro de 2007, quando a despenalização da interrupção voluntária da gravidez passa a ser permitida em estabelecimento de saúde legalizado e, em 17 de abril do mencionado ano, através da Lei n.º 16/2007 é, conferido assim, a expressão legislativa ao referendo, reformulando o artigo 142º do Código Penal que dispõe acerca de que se a interrupção da gravidez acontecer, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas não é punível¹⁹⁰.

Menciona-se ainda na Lei n.º 16/2007 da República Portuguesa que os termos da lei são aplicáveis para casos nos quais o nascituro possa a vir sofrer por patologia incurável, má formação congênita, podendo ser o procedimento feito até a 24ª semana de gestação e, podendo ser aplicado por todo tempo, caso haja inviabilidade percebida em tempos maiores do processo gestacional.

Tais incorporações que foram sendo introduzidas no ordenamento de Portugal, ao longo dos anos, no tocante à exclusão da ilicitude do aborto perpassaram transformações, mas de acordo com Lisa Ferreira Vicente é uma situação aceite já há 35 anos nos serviços de saúde portuguesa, evidentemente, com suas exceções a depender dos casos. Esta autora postula que o marco da decisão jurídica em 2007¹⁹¹, no segundo referendo nacional sobre a descriminalização do aborto, em Portugal, trouxe à baila informações e controle acerca do quantitativo, que antes de 2007 não era possível em decorrência da ilegalidade.

Essa reorganização resultou em uma implementação de redes de respostas para as interrupções da gravidez até a décima semana do processo gestacional e, como bem pontua Lisa Ferreira Vicente, nesse cenário estão as unidades de Serviço Nacional de Saúde (SNS de Obstetrícia-Ginecológica) e também as unidades privadas que possuem certificação para realizar as interrupções.

Um ponto essencial a se demarcar, sobre a questão diz respeito à estruturação organizacional de Portugal, pela exigência a partir da ordenação jurídica aprovada,

¹⁸⁹ Lei 90/97 de 30 de julho. Altera os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Portugal. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/84045/lei-90-97-de-30-de-julho>.

¹⁹⁰ Portugal. Lei no 16/2007, publicada em 17 de abril. Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/interruptao-voluntaria-da-gravidez/lei-n162007-publicado-a-17-de-abril-pdf.aspx>. Acesso em 20 mar. 2022.

¹⁹¹ Portugal. Portaria no 741-A/2007, publicada em 21 de junho. Regulamentação da Lei no 16/2007 de 17 de Abril de 2007. Interrupção voluntária da gravidez. <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/interruptao-voluntaria-da-gravidez/portaria-n-741-a2007-publicado-a-21-de-junho-pdf.aspx>. Acesso em 20 mar. 2022.

que possui rede de referência materno-infantil preparados a prestar os cuidados necessários; um conjunto de protocolos de atuação; uma base que registra os casos; publicação anual sobre as motivações da intervenção; formação continuada de profissionais que atuam nessa esfera, entre outras.

Tal organização resultou em números expressivos de diminuição progressiva desde o ano de 2011 dos casos de aborto em Portugal. Lisa Ferreira Vicente pontua ainda que os procedimentos são realizados, em sua maioria, nas unidades do SNS e quando ocorre alguma problemática que não possibilita ocorrer nesses espaços, são encaminhadas à rede privada, conforme a própria Legislação prevê.

Contudo, um estudo recente de Miguel Areosa Feio tem desvelado que ainda existem muitas barreiras no acesso ao aborto legalizado, ainda que nos termos da lei:

“Reflete-se agora acerca de uma lei que veio responder a dois problemas fundamentais: mortes e morbilidade de mulheres, e sua criminalização, ambos decorrentes de abortos clandestinos. Existem condições institucionais, pelo menos no plano formal, para que todas as mulheres que optem por interromper uma gravidez até às dez semanas o possam fazer em segurança. No entanto, parecem resistir na formulação e implementação legislativa marcas de estigma que podem comprometer, no plano material, a garantia plena desses direitos.”¹⁹²

Este mencionado autor reitera que este período de aprovação da Lei n.º 16/2007 foi de fato, um marco na mudança da legislação de Portugal, sobretudo, porque foi resultado de fatores políticos e de reivindicação do movimento de mulheres. No entanto, muitas barreiras ainda impedem a efetivação da lei. Sob este aspecto, a desigualdade social, por exemplo, é um destaque. Ainda se tem um número restrito de pessoas com acesso ao serviço de saúde.

Para Miguel Areosa Feio o perfil majoritário das mulheres que recorre a interrupção da gravidez “caracteriza-se pela exclusão pessoal e social, associada a desemprego ou precariedade laboral, e a regimes de não coabitação, o que lhes coloca entraves em termos de autonomia e flexibilidade geográfica e financeira.”¹⁹³

Outro fator determinante para esta inacessibilidade trata-se, segundo descreve Miguel Areosa Feio, da idade gestacional até a qual é permitida (10 semanas em Portugal); as restrições ao aborto medicamentosos; a obrigatoriedade de realização do procedimento em hospitais; a validação dos profissionais, a autorização de outras partes familiares, e até o acompanhamento psicossocial que é obrigatório.

¹⁹² FEIO, Miguel Areosa. Disponível em: <https://journals.openedition.org/spp/9760#abstract>.

¹⁹³ Ibidem.

Voltando, pois ao texto base da Lei, aqui expressa, n.º 16/2007, destaca-se a terminologia empregada no artigo 142º, a saber, “consentimento”, apresenta dois pontos principais para a decisão sobre o aborto: o nascituro e a gestante, no entanto, o que se percebe é que para a Legislação portuguesa as concepções embriológica, neurológica, ou outras já descritas, no capítulo terceiro, não são suficientes enquanto argumentos para impedir que o procedimento possa acontecer no País, pois conforme o Código Civil Português ao nascer é que se tem uma possibilidade de criação de personalidade, portanto de pessoa, como bem expressa o artigo 66º: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida [...] Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”¹⁹⁴

Mas é pertinente evidenciar que entre o texto da lei e a aplicação desta lei há muitas questões que podem subjetivar as decisões. A título de exemplo um caso em Portugal atribuiu direitos ao nascituro, no tocante a indenização por morte de seu pai. Os magistrados entenderam que o nascituro não era apenas uma massa orgânica, um material qualquer formado pelo corpo da mãe, mas um ser humano que poderia possuir dignidade independente das decisões jurídicas do Estado, lhe reconhecendo ou não como persona jurídica¹⁹⁵. Assim como se destaca um caso em solo brasileiro no qual a pensão alimentícia foi atribuída à mãe gestante, isto é, houve uma interpretação de que o nascimento ocasionaria um fenômeno de sucessão processual, o nascituro, então era acolhido na figura da mãe e posteriormente ao seu nascimento, teria seus direitos sucedidos enquanto recém-nascido.¹⁹⁶

Nessa direção, Sá dispõem que a vida humana ainda na concepção é merecedora da dignidade dos demais sujeitos. E por ter direitos iguais, cabe ao Estado garantir o alcance da ordem: a segurança, paz, a justiça. Os autores destacam ainda em sua pesquisa que “compete ao Estado assegurar a tutela dos direitos e valores mais elementares numa sociedade, como sejam a vida e a dignidade”¹⁹⁷. Indo ao encontro de uma outra perspectiva tal qual o STJ de Portugal e Brasil, em momentos distintos, concordaram com uma interpretação que considerava o nascituro pessoa de direito.

Nessa acepção, evidencia-se, que assim como a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira é compatível com o projeto constitucional, evidentemente,

¹⁹⁴ Código Civil Português. Disponível em: https://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/DL_47344_66_COD_CIVIL_1.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

¹⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Portugal. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>

¹⁹⁶ Boletim de Notícias Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>

¹⁹⁷ Sá e Martinez de Campos (2012). Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/handle/11328/365>.

sendo necessário uma reformulação, como já ratificou-se neste trabalho, a descriminalização do aborto em Portugal também é compatível com o projeto constitucional de sua nação, mas obviamente depende de quais perspectivas de direitos à vida e direitos à personalidade se discute, cabendo assim, interpretações ao magistrado.

4 CONCLUSÃO

A conclusão de uma pesquisa em nível de pós-graduação *stricto sensu* não pode se resumir a tão somente catalogar as premissas e as conclusões encontradas no curso de sua apresentação. É necessário, de acordo com a própria epígrafe, concluir, ainda que o fechamento da pesquisa possa ser objeto de críticas e novas ponderações.

A conclusão não se confunde, obviamente, com a resposta à pergunta inicialmente feita, posto que já respondida nos capítulos precedentes e apresentada ao final do último, antes do presente encerramento.

A dúvida sobre a extensão da criminalização do abortamento no ordenamento jurídico brasileiro é antiga. No entanto, o que se percebeu na elaboração da pesquisa que deu origem à presente dissertação é que, embora muito se fale sobre interdisciplinaridade e multidisciplinaridade do direito com outras áreas do conhecimento humano, no tema do aborto a opção que se faz é pela opinião meramente jurídica, fundamentada em entendimentos já consolidados e argumentos de autoridade, sem que se desça a avaliações críticas mais detidas. Isso, antes de enriquecer o debate, contribui para empobrecê-lo e relegá-lo ao esquecimento.

No presente trabalho, optou-se pela apresentação, inicial, embora breve, sobre as estatísticas e os casos sobre o aborto no mundo. As estatísticas disponibilizadas pela ONU, por meio da OMS, revelam que a discussão sobre o início da vida ainda está longe de chegar a um consenso, embora revele um fio condutor, ao menos baseado no posicionamento da ONU, de que o abortamento deve ser permitido, ainda que a permissão não seja irrestrita.

As estatísticas demonstram, ao lado dos vários casos e entendimentos concretos apresentados, bem como das tabelas levantadas a partir das ferramentas de busca que a OMS disponibiliza gratuitamente na *internet*, que há, por base, três grupos de países: os que proíbem terminantemente o aborto; os que o vedam, mas autorizam a sua realização em casos excepcionais; e os que o permitem.

Dentro do grupo dos países que permitem o abortamento, há uma subdivisão entre os países que permitem ilimitadamente a prática, o que representa uma minoria, e os que estabelecem uma limitação medida em semanas de gestação, período após o qual o aborto passa a ser proibido, salvo a ocorrência de casos excepcionais, que devem ser justificados.

Além disso, em todos os casos em que se admite o aborto, sejam excepcionais ou não, as motivações são as mais diversas, podendo se referir à preservação da saúde da mãe, a questões médicas (anencefalia, por exemplo), questões sociais (estupro e incesto são as mais comuns), questões econômicas (quando, por exemplo, a mãe não tem condições financeiras de cuidar do filho) e mesmo questões psicológicas (entre elas a impossibilidade de a mãe cuidar o filho por não estar em gozo de sua sanidade mental).

A análise realizada no primeiro capítulo funciona, na presente pesquisa, como uma demonstração sobre o estado da arte a respeito do aborto. A partir dela, o leitor não familiarizado pode se situar na discussão e apreender a importância de se discutir a respeito da função desempenhada pela dignidade da pessoa humana no projeto constitucional brasileiro, da qual se adotou nesse estudo, isto é, a corrente sobre o início da vida, assim como foi possível ampliar o entendimento sobre o que significa o aborto.

Na verdade, no segundo capítulo, optou-se por avaliar as teorias ditas sobre o início da vida da perspectiva da aquisição da condição (ou *status*) de pessoa. Pois não existe dúvidas na legislação brasileira de que a vida se inicia com nascimento com vida. O legislador deixou isso muito claro no texto do Diploma Civil.

A dúvida que sempre circundou a doutrina e a jurisprudência diz respeito a quando surge o *status* de pessoa, isto é, a partir de quando o embrião ou o feto adquire essa condição. Esse mesmo problema é percebido no primeiro capítulo entre os países que proíbem o aborto e aqueles que o permitem ilimitadamente. É dizer, para uns o *status* de pessoa surge já com a concepção, ao passo que para outros ele ocorre apenas a partir do nascimento com vida.

A partir disso, foram identificadas sete principais teorias sobre a aquisição do *status* de pessoa: natalista (adotada pelo Código Civil), da personalidade condicionada, concepcionista (adotada pelo Código Penal), da nidificação, embriológica, neurológica e ecológica. Elas foram analisadas para avaliar quando o nascituro seria viável, ainda que nascesse prematuro, e quando poderia ser tratado como pessoa, da perspectiva constitucional. Com isso, colocou-se cada uma das teorias ou corrente para dialogar entre si e se concluiu que tanto o legislador civil quanto o legislador penal brasileiros equivocaram-se na proteção dos direitos do nascituro e na classificação do tipo penal aborto.

A conclusão à qual se chegou é que é necessário reformular a interpretação sobre a aquisição da condição (*status*) de pessoa, para se firmar que antes da 20ª

semana de gestação, segundo evidências científicas, inexistente pessoa natural, podendo o aborto ocorrer pela livre e voluntária decisão da gestante. A vedação deve ser, pois, para procedimentos a partir da 20ª semana. Em resumo, no Brasil, o aborto é permitido. Portanto, deve-se deixar claro que nem sempre será considerado crime o aborto praticado pela gestante ou por terceiros, estes com sua autorização, contrariando assim o disposto no Código Penal Brasileiro. O projeto constitucional brasileiro deve prevalecer em detrimento da arbitrariedade do legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Doutrina

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 51, n. 203, jul./set. 2014. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>>.

AHUMADA-BARRIOS, Margarita E., ALVARADO, German F. Fatores de risco para parto prematuro em um hospital. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. vol. 24, e2725, 2016. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692016000100350&script=sci_abstract&lng=pt>.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. ISBN: 978-85 7348-728-2.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, 2003. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>>.

ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 1, 1994. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-razonamiento-juridico-y-discurso-racional/>>.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. vol. 22, n. 66, set./dez. 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. n. 3, 2000. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>>.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*. n. 5, 1988. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191689/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto%20%29.pdf>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. ISBN: 8539200732.

ALMEIDA, Rogério Tabet. Evolução histórica do conceito de pessoa – enquanto categoria ontológica. *Revista Interdisciplinar de Direito*. vol. 10, n. 1, 2013. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/202>>.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*. vol. 7/8, 2003/2004. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

ANDRADE, Liliane Lopes. A determinação do início da vida: ciência *versus* direito. *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7. N. 1, 2013. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>>.

ARAÚJO, Fernanda Mendes, CHAVES, Ana Cristina Leite, SAILVA, Fabiana Maria da, *et al.* Gravidez ectópica: abordagem diagnóstica e terapêutica. *Revista Médica de Minas Gerais*. vol. 18, n. 3, supl. 4, 2008. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://rmmg.org/artigo/detalhes/1309>>.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, 1999. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>>.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. ISBN: 8539204002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 97, 2002, p. 107-125. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>>.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

BALBINOT, Rachelle A. A. O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas. *Revista Sequência*. n. 46, jul. 2003. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15293/0>>.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN-10: 8571475113.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 259-292.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis & Praxis – Teologia e Pastoral*. vol. 2, n. 1, jan./jun. 2010. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/13499>>.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. ISBN: 8577006395.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 8571476365. p. 153-215.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. n. 40, 2000, p. 155-176. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&tlng=pt>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*. n. 171, 2006. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>>.

CAMPOS, Mónica Martinez; COSTA, Eva Dias. “A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa”, *Cadernos de Direito Actual* Nº 3 (2015), pp. 117-135 · ISSN 2340-860X.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-02-18146-5.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. ISBN: 9788553604098.

COSTA, Eva Dias. “Post mortem insemination and embryo transfer, best interests and the child’s rights: a review of portuguese law and public policy”, *Quaestio Iuris*, vol.13,nº.03,2020. pp.1219-123. DOI: 10.12957/rqi.2020.45898

COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO JÚNIOR, Cildo. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. vol. 10, n. 2, dez. 2015. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro!. *Revista Sequência*. n. 75, abr. 2017. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552017000100219&script=sci_abstract&lng=pt>.

DAMINELI, Augusto; DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN: 9788502017979.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. ISBN: 9788502017979.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. ISBN: 978850206343.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. ISBN: 9788502068551.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. ISBN: 9788578272517.

FABRIZ, Daurý César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003. ISBN: 8576040050.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. ISBN: 8571472564.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. ISBN: 9788571478206.

FEIO, Miguel Areosa. Lei do aborto em Portugal: barreiras atuais e desafios futuros. *Sociologia, Problemas e Práticas* [Online], 97 | 2021, [consult. 13 abr. 2020] Disponível na Internet: <<http://journals.openedition.org/spp/9760>>.

FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

FRADA, da Manuel Carneiro. *A própria vida como um dano?* 2008. [consult. 30 abr. 2022] Disponível na internet: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>>.

GARCIA CANALES, Mariano. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos (nova época)*. n. 64, 1989. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27029>>.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018. (e-book).

GUIMARÃES FILHO, Hélio Antonio, ARAUJO JUNIOR, Edward, MELLO JUNIOR, Carlos Fernando de, NARDOZZA, Luciano Marcondes Machado, MORON, Antonio Fernandes. Avaliação do comportamento fetal por meio da ultrassonaografia de quarta dimensão: conhecimento atual e perspectivas futuras. *Revista da Associação Médica Brasileira*. vol. 59, n. 5, 2013. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302013000500016&script=sci_arttext>.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS, Diego (comp.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México, D.F.: UNAM-IIJ, 2006. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4277/5.pdf>>.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 9788537506479.

KAWANO, Toshie. Embriologia. In: BARBOSA, F. S. (org.) *Tópicos em malacologia médica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, p. 157. [consult. 7 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://books.scielo.org/id/np7z/pdf/barbosa-9788575414019-12.pdf>>.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. vol. 14, n. 58, out./dez. 2014. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/78>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n. 78, out./dez. 1996.

LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

LIMA, Marina Dehon de. A dignidade da pessoa humana: direito absoluto? *MPMG Jurídico*. n. 17, jul./set. 2009, p. 25. [consult. 5 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/492/A%20dignidade%20da%20pessoa%20humana.pdf?sequence=3>>.

LUNA, Naara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. *Mana*. vol. 13, n. 2, 2007. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200005>.

MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas, Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020.

MARTINHO, Priscilla de Almeida. *Interrupção voluntária da gravidez: um direito da mulher e uma questão de saúde pública (Dissertação de Mestrado)*. FDUC 2018. <http://hdl.handle.net/10316/85766>

MARTINS, Flademir Belinati Martins. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Ed. Juruá, 2003. ISBN: 9788503625319.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ed. Método, 2018. (e-book).

MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*. vol. 10, n. 2, jul./dez. 2014. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48708>>.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN 972-32-1308-7.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. ISBN: 9788502155497.

MONTERO VEGA, Adela, RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*. n. 49, p. 59-75, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. *Senatus*. vol. 6, n. 1, maio 2008. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131831>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal*. vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (e-book).

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014b.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014a. ISBN: 8584401822.

PAÇO, Sandra; DEODATO, Sérgio. Estatuto do embrião humano: uma visão humanista. *Gazeta Médica*. vol. 3, n. 4, out./dez. 2016. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.gazetamedica.pt/index.php/gazeta/article/view/43>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

PÉREZ, Beatriz, SAGNER-TAPIA, Johanna, ELGUETA, Herman E. Despenalización del aborto en Chile: una aproximación mixta desde la percepción del aborto en población comunitaria. *Gaceta Sanitaria*. vol. 34, n. 5, p. 485-492, 2020.

PINHEIRO, Marta. Fundamentos de neuropsicologia – o desenvolvimento cerebral da criança. *Vita et Sanitas*. vol. 1, n. 1, 2007. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.semanticscholar.org/paper/FUNDAMENTOS-DE-NEUROPSICOLOGIA-O-DESENVOLVIMENTO-DA-Pinheiro/94dfbc5588a0352913a25fd63164a91c467f20b7>>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1954. ISBN: 852034321X.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249 do CP)*. vol. 2. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (e-book).

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & Sociedade*. vol. 23, n. spe, 2011. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000400009&script=sci_abstract&tlng=pt>.

ROCHA, Renata. *Direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. ISBN: 8535228128.

ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions¹ ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação. *Revista Julgar –online*, v, 1, n. 1, pp. 1-21, 2018.

SÀ, Luís Manoel Bulhões Coreia de. A condição jurídica do nascituro e o aborto. (*Dissertação de Mestrado*). *Universidade Portucalense, Portugal*. Disponível no Repositório UPT. [consult. 7 maio. 2022] Disponível na Internet: <<http://repositorio.uportu.pt/jspui/handle/11328/365>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. ISBN: 978-85-450-0175-1.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1991. ISBN: 978-85-392-0399-4.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental – da Antiguidade ao Século XXI. *Cuestiones Constitucionales*. vol. 34, 2016, p. 169-209. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316300063>>.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil 1: lei de Introdução e parte geral*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. ISBN: 9788530983543.

TASSIGNY, Mônica Mota; FREIRA, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro; NOTTINGHAM, Andréa de Boni; KARAM, Andréa Maria Sobreira. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. vol. 88, n. 1, jan./jun. 2016, p. 39-57. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/2268>>.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN: 9788522444670.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. ISBN: 8522427100.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN: 9788522495665.

VICENTE, Ferreira Lisa. Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/PHyR3QFxFXG5FXkdWmWfrtDHQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 96, jul./ago. 2016. [consult. 5 out. 2020] Disponível na Internet: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConslnter_n.96.06.PDF>.

2 Jurisprudência

ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal*. BVerfGE 39,1. Sentença de 25 de maio de 1975. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>>.

ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal*. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92. Sentença de 28 de maio de 1993. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html>. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 12/04/2012. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia da Nação*. P. 709, XXXVI. Sentença de 5 de março de 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?id Analisis=516601&cache=1527630605077>>.

BÉLGICA. *Arrêt n° 39/91 - Sentença de 19 de dezembro de 1991*. Corte de Arbitragem. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.const-court.be/public/f/1991/1991-039f.pdf>>.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Brasília, 29/05/2008. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

BRASIL. Habeas Corpus 124.306/RJ. *Supremo Tribunal Federal*. Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso. 1ª Turma. Brasília, 09/08/2016. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>.

CANADÁ. *Sentença de 1998*. Suprema Corte do Canadá. R. v. Morgentaler. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>>.

CHILE. *Sentença Rol 740-07, de 18 de abril de 2008*. Tribunal Constitucional. [CONSULT. 25 SET. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>.

CHILE. *Sentença Rol 3729/17, de 28 de agosto de 2017*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>.

COLÔMBIA. *Sentença C-355/06*. Corte Constitucional. Disponível na Internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-355-06.rtf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Paton v. Reino Unido*. Application no. 8416/78. Sentença de 13 de maio de 1980. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980-Paton-v.-United-Kingdom-X.-v.-United-Kingdom.pdf>>.

CROÁCIA. *Decisão U-I-60/1990 et al., de 21 de fevereiro de 2017*. Tribunal Constitucional da República da Croácia. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_03_25_564.html>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso B v. El Salvador*. MC 114/13. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>.

COSTA RICA. *Sentença 442, de 7 de maio de 2004*. Corte Suprema de Justiça. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.poder->

judicial.go.cr/saladecasacionpenal/images/jurisprudencia/sentencias/2004/0442-04.DOC>.

ESLOVÁQUIA. *Decisão PL.ÚS. 12/01, de 4 de dezembro de 2007*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 dez. 2020] Disponível na Internet: <https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992296/1_07a.pdf/88e635ba-300a-4cf3-a71b-99ecfe2c8e54>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973b*. Suprema Corte. Doe v. Bolton [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/case.html>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 18 de abril de 2007*. Suprema Corte. Gonzales v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/opinion.html>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 29 de junho de 1992*. Suprema Corte. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973a*. Suprema Corte. Roe v. Wade. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 28 de junho de 2000*. Suprema Corte. Stenberg v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/case.html>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 27 de junho de 2016*. Suprema Corte. Whole Woman's Health v. Hellerstedt. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-274.html>>.

IRLANDA DO NORTE. *Decisão de 30 de novembro de 2015*. Corte Superior de Justiça. The Northern Ireland Human Rights Commission's Application [2015] NIQB 96. [consult. 28 set. 2020] Disponível na Internet: <<http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/03/Termination-of-Pregnancy.pdf>>.

PORTUGAL. *Tribunal Constitucional* n.º 85/8590. [Consult. 20 abr. 2022] Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.htm>>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional* n.º 75/10, Processo n.ºs 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010, relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. [Consult. 20 abr. 2022] Disponível na internet: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>>.

PORTUGAL. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DA JUSTIÇA. PORTUGAL. [consult. 30 abr. 2022] Disponível na internet: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda*. Application no. 25579/05. *Sentença de 16 de dezembro de 2010*. [consult 25 set. 2020]

Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]})>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tysiác v. Polónia*. Application no. 5410/03. Sentença de 20 de março de 2007. [consult 25 set. 2020] Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-79812%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]})>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vo v. França*. Application no. 53924/00. Sentença de 8 de julho de 2004. [consult 25 set. 2020] Disponível na Internet: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]})>.

3 Legislação

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002 - “DOU 11.1.2002”. [consult. 10 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940 – “DOU 31.12.1940”. [consult. 10 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [consult. 9 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

PORTUGAL. *Portaria no 741-A/2007*, publicada em 21 de junho. Regulamentação da Lei no 16/2007 de 17 de Abril de 2007. Interrupção voluntária da gravidez. [consult. 20 mar. 2022] Disponível na internet: <<https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/interruptcao-voluntaria-da-gravidez/portaria-n-741-a2007-publicado-a-21-de-junho-pdf.aspx>>.

PORTUGAL. *Código Penal*, art. 142. Interrupção da gravidez não punível. [consult. 20 abr. 2022] Disponível na internet: <https://oig.cepal.org/sites/default/files/2007_prt_codpenal.pdf>.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 48/95*, modifica aprova o Código Penal. [consult. 20 mar. 2022] Disponível na internet: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

PORTUGAL. *Lei n.º 90/97, de 30 de Julho*, que alterou as alíneas c) e d) do artigo 142.º do Código Penal. [consult. 20 abr. 2022] Disponível na internet: <https://dre.tretas.org/dre/84045/lei-90-97-de-30-de-julho>.

PORTUGAL. *Lei n.º 6/84 de 11 de maio*. Altera o código penal. [consult. 20 abr. 2022] Disponível na internet: <<https://dre.tretas.org/dre/34761/lei-6-84-de-11-de-maio>>.

4 Outros documentos

BOLETIM DE NOTÍCIAS CONJUL. *Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direitos*. [consult. 10 abr. 2022] Disponível na Internet: < [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2019-JUL-01/STJ-VEM-RECONHECENDO-NASCITUROS-SUJEITOS-DIREITO](https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito)>.

DRECHSEL, Denise. Afinal, a França aprovou ou não o aborto até 9 meses de gravidez? Entenda. *Gazeta do Povo*. 11 de agosto de 2020. [consult. 25 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/afinal-a-franca-aprovou-ou-nao-o-aborto-ate-9-meses-de-gravidez-entenda/>>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Clinical practice handbook for safe abortion*. 2014. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/454713/retrieve>>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Distribution of abortions*. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-distribution-abortions.jpg?sfvrsn=25816e94_2>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception*. 2015. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/812804/retrieve>>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global abortion policies database*. [consult. 16 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://abortion-policies.srhr.org/?mapq=q1i>>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Laws impact abortion safety*. [consult. 20 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-laws.jpg?sfvrsn=8fff954f_2>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*. 2. ed., 2012. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/104095/retrieve>>.

