

O Direito à Vida e sua (In)violabilidade: Uma análise comparativa entre Brasil e Portugal com ênfase na rotulação do aborto como crime contra a vida

Dafna de Oliveira Gringauz

Mestrado em Ciência Jurídica Forense

O Direito à Vida e sua (In)violabilidade: Uma análise comparativa entre Brasil e Portugal com ênfase na rotulação do aborto como crime contra a vida

Orientação: Prof.^a Doutora Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

Data: maio de 2022



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática

O Direito à Vida e sua (In)violabilidade: Uma análise comparativa entre Brasil e Portugal com ênfase na rotulação do aborto como crime contra a vida

Dafna de Oliveira Gringauz

Dissertação de mestrado em Ciência Jurídica Forense

Orientação: Prof.^a Doutora Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

Data: maio de 2022

II



DEPARTAMENTO
DIREITO

Dedico esse trabalho a todos que de maneira direta ou indireta me ajudaram a chegar na pessoa que sou hoje, de formas a me propiciar estar aqui nesse momento.

III



DEPARTAMENTO
DIREITO



AGRADECIMENTOS

Felizmente, são muitos os nomes que poderia citar para agradecer pela formação da pessoa que sou, o que me auxiliou a estar nesse momento apta para realizar meus anseios e meus desejos.

Em virtude da gama ostensiva de nomes que poderia citar que direta ou indiretamente sou grata, não irei apontar todos, até mesmo para não soar injusta ao não incluir qualquer um desses.

Porém, ainda assim, deixo minha extrema gratidão a todos os familiares, bons e ótimos amigos, colegas, professores, orientadores e auxiliares que passaram e passam pela minha vida e foram de extrema valia para que eu fosse capaz de ser feliz, confiar, pensar, interpretar e escrever esse trabalho.

Ainda que sem citar muitos desses nomes, acredito que alguns devam ser apontados diretamente, esses sendo:

Minha mãe, Cleopatra, mulher extremamente trabalhadora, semelhante, mas diferente de mim, que sempre sorriu o meu sorriso, foi presente e tem me capacitado com muito amor para ser grande nesse mundo.

Meu pai, Gabriel, igualmente semelhante e diferente, que sempre foi extremamente atento a qualquer questão minha, com grande presença e que igualmente me engrateceu com bastante carinho e devoção.

Aos meus avós, Iolanda, Adyr, Eliezer que infelizmente não estão em um plano físico comigo há alguns anos e também a minha avó Yael que esse ano cumpriu sua missão na terra e igualmente partiu. Sendo esses meus grandes fãs, amorosos, amados e grandes seres humanos. É triste viver em um mundo que eu não possa estar com vocês, mas sei que o que vocês fizeram na terra, foi mais que suficiente.

Aos meus cachorros, que foram meus maiores cãopanheiros não só durante a escrita desse trabalho, dias e noites, mas são meus parceiros em toda a jornada deles comigo, Bob, Mary e meus queridos anjos, Lila, Bichinha, além de todos os outros animais que tenho apreço.



DEPARTAMENTO
DIREITO

Ao meu namorado, Lucas, que além de ser extremamente parceiro, cuidadoso, querido, sempre foi e é um grande incentivador.

Finalmente, agradeço a todos esses e outros que motivaram e me impulsionaram para alcançar a minha melhor versão, inclusive a D's. Obrigada!

v



DEPARTAMENTO
DIREITO



DEPARTAMENTO
DIREITO

“Só existe uma maneira de se viver pra sempre, (...) que é compartilhando a sabedoria adquirida e exercitando a gratidão, sempre. É o homem entender que ele é parte do todo...”

Emicida e Lucas Silveira

VI



DEPARTAMENTO
DIREITO



RESUMO

É evidente que o tema que aborde a questão do aborto levante celeumas a seu respeito. A importância da temática é tremenda, pois ainda que tenham menções que a prática do aborto ocorria muitos anos antes da Era comum e que já esteja como uma conduta tipificada há mais de 100 anos, mesmo em 2022 ela é pauta de diversas discussões doutrinárias, decisões judiciais, conversas informais e também em trabalhos acadêmicos, como esse presente. No que tange as ciências, é possível o direcionamento a vários ramos, como a ética, a moral, a medicina, o direito e dentro do próprio direito, questões que englobem o direito civil, penal e constitucional. O objetivo do presente artigo é expor de maneira puramente jurídica a peculiaridade da relatividade dos direitos fundamentais, de modo didático e com um formato geral, mas especialmente no que versa a temática entorno do direito à vida, esse exposto como fundamental e inviolável nas duas Constituições aqui analisadas, a brasileira e a portuguesa. Há um principal questionamento especialmente no que tange a rotulação do aborto nos diplomas penalistas analisados, em que se procura responder se as hipóteses permissivas estariam em contradição a essa rotulação.

Palavras-chave: Aborto. Direito à Vida. Relatividade. Constituição. Código Penal.



ABSTRACT

It is clear that the topic that address the issue of abortion raises a lot of fuss about it. The importance of the theme is tremendous, because although there are mentions that the practice of abortion occurred many years before the common era and that it has been a typified conduct for more than 100 years, even in 2022 it is the subject of several doctrinal discussions, judicial decisions, informal conversations and also in academic works, such as this one. As for the sciences, it is possible to target several branches, such as ethic, moral, medicine, law and within the law itself, issues that encompass civil, criminal and constitutional law. The objective of this article is to expose in a purely legal way the peculiarity of the relativity of fundamental rights, by a didactic way and with a general format, but especially with regard to the theme surrounding the right to life, which is exposed as fundamental and inviolable in both Constitutions analyzed here, the Brazilian and the Portuguese. There is a main questioning, especially regarding the labeling of abortion in the penal diplomas analyzed, in which it seeks to answer whether the permissive hypotheses would be in contradiction to this labeling.

Keywords: Abortion. Right to Life. Relativity. Constitution. Penal Code.



LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC/2002	Código Civil de 2002
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DPVAT	Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres
ECHR	European Court of Human Rights
INFOPEN	Levantamento de Informações Penitenciárias
IVG	Interrupção Voluntária da Gravidez
Nº	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
PL	Projeto de Lei
PS	Partido Socialista
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais



ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1	TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO RELATIVOS?	24
2.3	(IN)VIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA	28
3	AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA	35
3.1	O NASCITURO E SUA EVENTUAL PERSONALIDADE JURÍDICA	36
3.2	ASPECTOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA	38
3.3	TEORIAS DO SURGIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	39
3.4	TEORIAS CIENTÍFICAS.....	40
3.4.1	Outros aspectos relevantes de teorias doutrinárias - Portugal	42
3.4.2	Teoria natalista	43
3.4.3	Teoria da personalidade condicional	47
3.4.4	Teoria concepcionista	48
4	ASPECTOS RELEVANTES NA TEMÁTICA DO ABORTO	54
4.1	PANORAMA HISTÓRICO DO ABORTO.....	54
4.1.1	Aspectos do direito romano	55
4.1.2	Outros enquadramentos históricos	57
4.2	PANORAMA CONCEITUAL DO ABORTO.....	65
4.2.1	Espécies de aborto	65
4.3	PANORAMA HISTÓRICO NORMATIVO – BRASIL E PORTUGAL	77
4.3.1	O exemplo brasileiro	77
4.3.2	O exemplo português	88
5	ROTULAÇÃO DO ABORTO COMO CRIME CONTRA A VIDA	97
6	CONCLUSÃO	107
	REFERÊNCIAS	109



1 INTRODUÇÃO

O aborto é objeto de indagações, se manifestando como o centro de uma gama ostensiva de debates há décadas. A sua magnitude já se demonstra a partir do contexto histórico, pois, muitos anos antes da Era comum, a prática era utilizada.

Em virtude de sua notoriedade, sabe-se que o aborto é a interrupção da gravidez, que pode ocorrer de diferentes formas e motivos, conforme será analisado. Aponta-se que aborto é o termo utilizado costumeiramente, porém, na realidade se trata sobre o produto do resultado do ato, o ato em si é chamado de abortamento. No entanto, as duas formas serão utilizadas como sinônimos¹.

O aborto provocado, ou seja, aquele que é propositalmente realizado, é criminalizado nos ordenamentos jurídicos aqui analisados. No entanto, há hipóteses permissivas para a sua realização, exemplificando o exposto: aborto necessário, aborto sentimental e outros.

O objetivo do presente trabalho é realizar o questionamento da maneira como o Código Penal brasileiro e o português tipificam o crime do aborto. Ambos elencam o aborto como um crime contra a vida/vida intrauterina, no título dos crimes contra a pessoa, porém, trazem hipóteses permissivas a prática. Dessa maneira, a finalidade proposta é compreender juridicamente como existem essas hipóteses, sendo o aborto, de acordo com essas normas, um crime contra a vida/vida intrauterina.

Esse questionamento, em conjunto com a relatividade dos direitos fundamentais, motivou a escolha do tema em virtude das incontestáveis particularidades a serem aplicadas na temática.

Ainda que a historicidade do tema seja demonstrada, o que ocorre a fim de enriquecer o debate, a proposta do presente trabalho científico é tratar dessas questões especialmente à luz das normas legais vigentes.

Frisa-se, por oportuno, que o presente artigo se prende a parte jurídica/teórica, apenas pincelando outras matérias a fim de enriquecer a discussão, porém, se adotam conceitos puramente jurídicos, fugindo de viés moralista e ideológico.

¹ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 151



Para tanto, a presente dissertação final encontra-se estruturada em capítulos, tópicos e subtópicos sequencialmente dispostos, a se iniciar pela presente introdução. A disposição dos capítulos respeita o desenvolvimento das temáticas propostas.

Em prosseguimento, pontua-se, ainda que com forte longevidade, pleitear quanto ao aborto em 2022 não se trata de uma atitude ultrapassada.

A afirmação acima se contextualiza com a série de matérias que a discussão engloba, passando dos assuntos mais genéricos como a moralidade, a ética, a medicina, a religião, o direito civil/penal/constitucional e também por aqueles menos abrangentes, como o início da personalidade jurídica, a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade/autodeterminação, saúde pública, colisão de direitos fundamentais e outros.

O parágrafo anterior adiantou parte dos assuntos que serão esmiuçados no presente trabalho, ademais, para chegar nas temáticas citadas, um pequeno trabalho introdutório de termos foi utilizado.

Elucidando o exposto, a fim de chegar na colisão de direitos fundamentais, houve uma necessidade de pormenorização dos principais motivos que ensejaram na existência de um Estado Democrático de Direito, assim como, a título de complementação, ocorre uma citação da historicidade do atual modelo.

Dessa maneira, o objeto do primeiro capítulo é a demonstração de como o modelo atual do Estado Democrático de Direito chegou ao patamar de propiciar ao Estado permissões e deveres de garantir os direitos fundamentais aos cidadãos.

Outrossim, conta com um estudo das dimensões dos direitos fundamentais, tendo como um dos seus objetivos explanar aquele que atine quanto aos direitos fundamentais individuais e também suas características, a fim de tratar outros dois assuntos necessários em um estudo jurídico sobre o aborto: o direito à vida e a relatividade dos direitos fundamentais.

Há uma certa normalidade em conferir aos direitos fundamentais um senso incontestável, ou seja, uma crença que os direitos fundamentais por se tratarem de direitos básicos e basilares para qualquer pessoa, são direitos absolutos que não admitem exceções. No entanto, a própria existência de mais de um direito fundamental inviabiliza essa teoria, uma vez que dois da mesma cadeia ou até o mesmo direito possam colidir ao considerar a sua aplicação concreta.

Isto é, em nome da coexistência e de uma aplicabilidade dos direitos fundamentais, a relatividade melhor cabe como característica. Nessa esfera se manifesta algumas das maiores questões tratadas nesta dissertação.

O direito à vida, outro assunto pertinente no presente estudo, suscita polêmicas discussões doutrinárias, seja quanto ao seu fim, em matérias como a eutanásia, sejam quanto ao seu início, em matérias que abordem o aborto.

O importante direito previsto acima está consagrado tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, como também na Constituição da República Portuguesa, sua notoriedade é tanta, que a partir dele se emanam diversos direitos, ao passo que condutas contrárias a ele, possuem tipificação como crime.

Porém, antes de adentrar na esfera do Código Penal, o presente trabalho abordou em seu segundo capítulo as divergências doutrinárias acerca da situação jurídica do nascituro e do momento que esses passam a ser sujeitos de direitos e deveres, isto é, dotados de personalidade jurídica.

Conforme será demonstrado, os diplomas civilistas de ambos os ordenamentos jurídicos, brasileiro e lusitano, trazem na parte geral o momento em que se inicia a personalidade jurídica, no entanto, alguns percalços são encontrados para uma definição concreta.

Apesar da controvérsia em matéria civilista, tanto o direito português, quanto o direito brasileiro, na norma penal, elencam o aborto como um crime contra a vida/vida intrauterina, o que gera a pergunta quanto a teoria adotada por essas normas.

O penúltimo capítulo trata sobre diversos aspectos relevantes entorno da temática do aborto, como aqueles que concernem quanto aos aspectos históricos gerais ao longo do globo, com uma demonstração do tratamento do aborto nos tempos primórdios, até os dias atuais. Importante mencionar a extensibilidade de tratamentos que o assunto recebeu de uma civilização a outra, não apenas noções jurídicas, como também os sujeitos, as penas e outros.

Para mais, a segunda parte do capítulo referenciado conceitua o aborto, explicando suas espécies e outras particularidades da temática. Ao fim do capítulo há novamente um enquadramento histórico, porém no que tange ao aspecto normativo e específico dos ordenamentos jurídicos aqui estudados.



Em uma espécie de conclusão parcial e antecipada, o último capítulo busca uma tentativa de resposta minimamente satisfatória quanto a potencial problemática que é a rotulação do aborto como crime contra a vida.

Acerca da metodologia de pesquisa, imperioso destacar que esse trabalho será fundamentado no método dedutivo, ou seja, baseado majoritariamente na análise crítica de meios bibliográficos e documentais pertinentes ao tema no âmbito do direito comparado, com o escopo de aprofundar o objeto central.

No tocante ao direito comparado, ficará em evidência o direito penal, civil e constitucional do Brasil e de Portugal, bem como, será feita uma breve análise da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, legislações de outros países são analisadas, porém sem a pretensão de esgotar o tema.

Na análise jurisprudencial, há uma pequena exposição de ações de controle concentrado de constitucionalidade — ações que visam examinar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo — no contexto brasileiro². No contexto português, um breve apontamento quanto ao Acórdão nº 436/07.6TBVRL.P1. S1 e o Acórdão nº 75/10 do Tribunal Constitucional, sendo esse segundo de extrema valia na jurisprudência portuguesa relativa a interrupção da gravidez.

Finalmente, as temáticas aqui tratadas estão longe de efetivamente esgotar todas as vertentes do tema, uma vez que conforme mencionado, o assunto é amplo. Além dos objetivos já declarados, há uma finalidade de construir novos pensamentos, a fim de enriquecer ainda mais o debate.

² ZAVASCKI, Teori Albino. *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. BDJur [em linha]. 2011, p. 2 [consult. 14 jan 2022]. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062824.pdf>



2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O aborto, tema de calorosas discussões, traz à tona o fato de não haver uma uníssona ideia sobre o assunto. Principalmente na comunidade jurídica, tal afirmação se mostra plausível, quando se evidencia a possibilidade do pensar diferente, afinal, como diversos estudantes de direito e outras matérias denominadas pertencentes às ciências humanas gostam de esbravejar não serem dotados de “conhecimento de exatas”, assim se porta o direito: “O direito não é uma ciência exata; não opera com certezas ou verdades absolutas, mas com entendimentos, caminhos, escolhas”³.

O que se extrai da afirmação acima é que não há, ao menos não deveria haver, um senso absoluto naquilo que rodeia e recheia o direito. No que tange a matéria principal que será esmiuçada, o aborto, autores juristas por um lado afirmam que uma possível descriminalização/despenalização da prática seria uma afronta aos principais valores e regramentos existentes na Constituição, um desacato aos direitos fundamentais, o que seria impossível, pelo fato da Constituição ser a lei maior, devendo os Códigos — especialmente os penais — se sustentarem de acordo com ela⁴.

Contudo, por outro lado, igualmente juristas encontram percalços nessa criminalização⁵, defendendo que tais normas punitivas existentes estão em colisão com direitos fundamentais e individuais, igualmente presentes na Constituição, temáticas que serão exemplificadas em outro momento pertinente.

Portanto, para falar sobre o aborto, quaisquer sejam seus valores morais ou religiosos, há de se passar pela temática dos direitos fundamentais presentes em um Estado Democrático de Direito.

Ab initio, se mostra oportuno tecer breves comentários, contudo sem a pretensão de esgotar o tema, acerca dos principais motivos que ensejam na existência de uma sociedade democrática de direito, sendo o tema enfatizado

³ MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. *Direito do trabalho novo*. Rev. Trib. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg [em linha]. 2010, 51(81), 137–154.

⁴ SUTTER, Rafael. *A inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Ideias e Letras, 2013, p. 166.

⁵ PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e constituição*. Curitiba: Juruá, 2016, p.403

tanto na Carta Magna brasileira (preâmbulo e *caput* do art.1 da CRFB⁶), como na portuguesa (preâmbulo e art. 2^o), e possui, dentro de seus objetivos, uma atuação a fim de que o Estado venha a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e um convívio de uma sociedade pluralista sem preconceito, pois se “conjugados, tais elementos comportam-se como antídotos ao arbítrio e como mecanismos de promoção sociopolítica dos seres humanos em coletividade”⁸.

O Estado Democrático de Direito, além de prezar pela existência de normas democráticas, fundamentando-se em uma política não absolutista, havendo uma fundamental soberania popular, também designa a igualdade entre as pessoas, para que ocorra uma viabilização de uma sociedade justa e livre, através de normas que tenham como objetivo uma proteção jurídica do Estado frente aos valores presentes nos direitos humanos, na dignidade da pessoa humana e nas garantias fundamentais⁹.

O atual Estado Democrático de Direito é fruto de tentativas do passado, sendo um modelo formado com intuito de combater o autoritarismo (presente no absolutismo) e as desigualdades presentes em sistemas estatais anteriores¹⁰,

⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...)”.

“Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (...)” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* [em linha]. 5 out 1988 [consult. 8 jan 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

⁷ “(...) A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do **Estado de Direito democrático** (...) Artigo 2.^o (Estado de direito democrático): A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades (...)” (GRIFO NOSSO) (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005*. 1974. [consult. 05 dez. 2021]. Disponível na Internet em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>).

⁸ COELHO, Heloíse Montagner; FARIAS, Thieser da Silva. *As influências do pensamento político de Rousseau na Constituição Federal de 1988*. História e Parcerias, [em linha]. 2019 [consult. 8 jan 2022]. Disponível em: https://www.historiaeparcerias2019.rj.anpuh.org/resources/anais/11/hep2019/1570407021_ARQUIVO_2808d852cf102dc05612c8443fc4c241.pdf

⁹ SILVA, José Afonso da. *O estado democrático de direito*. R. Dir. adID.,. 1988, 173, 22.

¹⁰ MORAES, Ricardo Quartim De. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa [em linha]. 2014, 51(204), 269-285 [consult. 9 jan 2022]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf



que pouco levavam em conta a existência de uma sociedade pluralista (o Estado liberal representava mais os interesses da sociedade burguesa)¹¹.

Importante citar, ainda que brevemente, a historicidade prévia do atual modelo, pois através de novas concepções e aprimoramentos¹² se está diante dos valores e princípios que hoje norteiam os Estados, afinal, falar sobre o passado inevitavelmente consiste em um exercício de compreensão do presente e, constando as evoluções que formam o modelo atual,¹³ o Estado Democrático de Direito visa o "atendimento dos princípios fundamentais, tratando a todos de forma equânime, mas observando as peculiaridades e desigualdades em que nos encontramos"¹⁴.

Nesse contexto, a relevância dos direitos fundamentais se mostra patente. "O Estado democrático de direito não pode prescindir da existência de uma Constituição"¹⁵ e os direitos fundamentais presentes nessa, assim como as garantias, pois são referências para a existência da proteção dos cidadãos frente ao Estado. Segundo o professor José de Melo Alexandrino: "os direitos fundamentais acabam por caracterizarem-se como sendo a descrição do relacionamento entre os homens e o Estado"¹⁶.

Ainda sobre a temática, o jurista José Carlos Vieira de Andrade atenta quanto a complexidade da estrutura dos direitos fundamentais. Ele entende haver um "conteúdo principal", onde estariam asseveradas "garantias específicas" e dentro dessa estrutura também haveria um "conteúdo instrumental", que abrangeria outras "faculdades ou deveres"¹⁷.

¹¹ RIBEIRO, Natália Nardelli Emmerich. *Do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito: a evolução do papel do Juiz e considerações sobre o ativismo judicial*. III Seminário Internacional de Direito [em linha]. 2014 [consult. 6 jan 2022]. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/se midi2014/publicacoes/livro1/Natalia%20Nardelli%20Emmerich%20Ribeiro.pdf>

¹² "Para Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 213), "Estado Democrático de Direito é o que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História." (*apud* RIBEIRO, ref 11, *online*)

¹³ MORAES, ref 10, *online*.

¹⁴ RIBEIRO, ref 11, *online*

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula De. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da EMERJ [em linha]. 2003, 6(23), 25-65 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revis taemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf

¹⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Revista DIREITO UFMS [em linha]. 2015, p. 210 [consult. 27 jul 2021]. Disponível em: http://run.unl.pt/bitstream/10362/19487/1/JBG_UFMS_2015.pdf

¹⁷ GOUVEIA, ref 16, p. 210

2.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são construções históricas obtidas a partir do século XVIII, que permanecem em constantes mudanças, sempre concentrando direitos obtidos com as conquistas sociais ao longo dos anos, que vieram a partir da demonstração de novas necessidades sociais. Eles servem para ditar e limitar as atuações do Estado frente a sociedade, respeitando suas diretrizes¹⁸.

A historicidade dos direitos fundamentais está intimamente ligada a evolução filosófica dos “direitos humanos”¹⁹. De antemão uma distinção se faz necessária antes do prosseguimento do assunto, pois ainda que tenham uma íntima relação, se fazendo semelhantes principalmente no tocante à garantia de direitos básicos do ser humano²⁰, os direitos fundamentais e os direitos humanos não são expressões equivalentes.

Diversos doutrinadores entendem haver uma distinção²¹ didática entre eles^{22,23}, em especial quanto a fonte, pois, enquanto os direitos fundamentais são

¹⁸ PORTO, Paola de Andrade. *As dimensões dos direitos fundamentais na história do direito*. [sem data] [consult. 2 jan 2022]. Disponível em: https://www.academia.edu/32251369/AS_DIMENSOES_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_NA_HISTORIA_DO.

¹⁹ PORTO, ref 19, *online*.

²⁰ Ingo Wolfgang Sarlet explica: “(...) a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal (...)” (*apud* BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles. *Direitos Humanos: um debate contemporâneo* [em linha]. Raleigh: Academia Brasileira de Produção Jurídica Discente, 2012, p. 105)

²¹ O que inclusive encontra respaldo na Constituição de Timor-Leste: utilizando “estes termos de forma distinta, como evidenciado no seu preâmbulo quando identifica que o respeito e a garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais representam um dos meios para o desenvolvimento do país e da sociedade”. (OLIVEIRA, Barbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita Páscoa dos. *Capítulo I — natureza e conceito dos direitos fundamentais e direitos humanos* [em linha]. Simplíssimo Livros, 2015 [consult. 17 dez 2021]. Disponível em: https://igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/cap_1.pdf, p. 31)

²² Como José Joaquim Gomes Castilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Fabio Konder Comparato. (*apud* TAIAR, Rogerio. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberani face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2009, p. 26, 27)

²³ Gomes Canotilho e Vital Moreira preveem que: os direitos humanos “distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno], enquanto os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua positivação jurídica nos ordenamentos político-estaduais”. (OLIVEIRA; GOMES; SANTOS, ref 21, p. 31)



aqueles positivados em um ordenamento jurídico interno de cada Estado, os direitos humanos são universais²⁴.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos e elementos fundamentais de ordem jurídica constitucional²⁵. Eles tratam sobre o respeito a universalidade de todos os indivíduos, não fazendo distinção desses, e dessa forma, atribuem aos titulares desses direitos — que os detêm pelo simples fato de serem dotadas de caráter humano —, a possibilidade de existir sem uma atenção excessiva (ou desatenção) e desnecessária dos poderes, seja através de um contexto positivo (a prestação, de fato) ou negativo (a não lesão); dessa forma, garantindo a um indivíduo máxima proteção para que exista, viva e cresça de uma forma digna em uma sociedade, deste modo, forma-se a base do ordenamento jurídico de Estado Democrático de Direito²⁶.

A título de complementação, tratando sobre uma esfera jus filosófica e dogmática, a contemporânea sistemática dos direitos fundamentais se encontra em uma concepção pós-positivista, sendo fruto dessa, estruturada pelo neoconstitucionalismo²⁷.

O pós positivismo é um pensamento filosófico para designar a “virada hermenêutica”²⁸ como uma elevação dos modelos do jusnaturalismo e do positivismo²⁹. Esse pensamento ganha força ao colocar preceitos valorativos ao aplicador do direito³⁰, superando seu antecessor, positivismo, em que as

²⁴ “No século XVIII, essa diferença terminológica veio sugerir que os direitos fundamentais são os direitos de liberdade positivados em uma ordem jurídico-política concreta, (...) Encaradas sob esse prisma as Constituições, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais que por meio delas se afirmou, manifesta-se também como uma diferença temporal. O direito, sobretudo “os direitos” constitucionalmente estabelecidos são válidos porque, fundada na Constituição, deixam-se projetar para o futuro de tal forma que, exatamente por isso, podem ser “efetivados” no presente. (MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O paradoxo dos direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. 2010, p. 41.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica da Presidência [em linha]. 2000, 2(14) [consult. 16 dez 2021]. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011>, p. 132

²⁶ PIMENTA JUNIOR, Rubens Alves; NEVES, Helen Correa Solis. *A efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração pelo Poder Judiciário*. Revista da Faculdade de Direito [em linha]. 2014, 42(2), p. 323 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFAD-IR-v42n2a2014-5>

²⁷ DIAS, Paula Regina Pereira dos Santos Marques. *A construção pós-positivista da Constituição Federal de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade da implementação da educação em direitos humanos*. Plataforma Espaço Digital [em linha]. 2016 [consult. 12 dez 2021]. Disponível em: https://editorarealize.com.br/editora/anais/fiped/2016/TR-ABALHO_EV057_MD1_SA13_ID3342_20092016081724.pdf

²⁸ DIAS, ref 27, *online*.

²⁹ DIAS, ref 27, *online*.

³⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Revista de

questões jurídicas se resolviam majoritariamente com a regra escrita, pouco admitindo outras fontes³¹.

Por conseguinte, o neoconstitucionalismo teve como marco histórico o período pós Segunda Guerra Mundial e reaproximou o direito, a ética e a moralidade como pilares dos direitos fundamentais³².

Tais direitos foram frutos de diversos contextos passados, porém, a sua existência não ocorreu amplificada de modo total em um só momento, mas ocorreu de acordo com algumas divisões em períodos distintos, ou seja, de forma linear.

Em virtude disso, tratam sobre gerações — ou como alguns doutrinadores preferem: dimensões³³ — que ocorreram gradativamente em concordância com as necessidades da sociedade³⁴.

A divergência quanto a forma de elencar a evolução dos direitos fundamentais citada acima, ocorre pois há um entendimento que a expressão “gerações” induziria a uma caducidade das gerações anteriores. Enquanto “dimensões” expressa melhor uma complementação. Dessa forma, a presente dissertação utilizará o termo “dimensões”³⁵.

São três dimensões principais, contudo, alguns doutrinadores, como o constitucionalista Paulo Bonavides, entendem a existência de cinco³⁶.

A primeira consiste em um direito negativo no que tange ao Estado, limitando o seu âmbito. A fim de tutelar o direito à liberdade, tratando sobre direitos individuais³⁷, tal dimensão veio em meio a um período pós absolutista, sendo assim, desvincilhada da ideia que um indivíduo era apenas um súdito e sim um ser dotado de direitos e individualidade³⁸.

Informação Legislativa [em linha]. 2011, 48(128), 105–131 [consult. 10 nov 2021]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>

³¹ DIAS, ref 27, *online*.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. 2017, p. 3 [consult. 19 nov 2022]. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

³³ CAVALCANTI, Amanda Negreiro. *As gerações de direitos fundamentais e as suas tendências*. [sem data] [consult. 15 nov 2022]. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/54168/e528469c2b5fa2277544cb0754bbe778.pdf>

³⁴ PORTO, ref 19, p. 6.

³⁵ CAVALCANTI, ref 33, *online*.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Revista direitos fundamentais & justiça [em linha]. 2008, (3), 82-93 [consult. 16 out 2021]. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>

³⁷ PIMENTA JUNIOR; NEVES, ref 26, p.323.

³⁸ PORTO, ref 19, *online*.



A segunda dimensão consiste em um dever do Estado, dessa vez de forma positiva, de prover igualdade para os desiguais³⁹. São os chamados direitos sociais, que devem ocorrer através de uma justiça distributiva e políticas públicas que englobam direitos a: saúde, lazer, educação, segurança e outros direitos sociais⁴⁰.

Respaldando-se no princípio da fraternidade e da solidariedade, a terceira dimensão pretende uma proteção aos direitos coletivos e versa sobre o desenvolvimento, o direito a um meio ambiente equilibrado, a autodeterminação, a conservação do patrimônio histórico, entre outros⁴¹.

O direito de quarta dimensão corresponde a evoluções sociais e tecnológicas, compreendendo uma gama de recentes tendências e direitos que estão em constante evolução. São aqueles resultantes da globalização, percorrendo sobre a democracia (direta), a informação⁴² e também sobre fenômenos como a bioética, sendo essa última, a responsável por discutir as barreiras e os paradigmas éticos e morais em relação ao crescente avanço tecnológico⁴³.

Finalmente, a quinta dimensão é um conceito defendido pelo constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, pois ele acredita que o direito à paz deva ser tratado com autonomia e com deveras importância, tendo em vista, a paz ser “o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade”⁴⁴.

É significativo explicar brevemente os conceitos acima sobre os direitos fundamentais pois isto ajuda na percepção da importância e da complexidade desses. Em breve pormenorizadas, as características se mostram um dos objetos centrais do presente trabalho científico (acerca da relatividade dos direitos fundamentais). Contudo, antes de adentrar mais a fundo nessa esfera, mister se faz apontar para a teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão Robert Alexy.

³⁹ PIMENTA JUNIOR; NEVES, ref 26, p.323.

⁴⁰ CAVALCANTI, ref 33, *online*.

⁴¹ CAVALCANTI, ref 33, *online*.

⁴² PORTO, ref 19, *online*.

⁴³ SOARES, Kely Francelino. *As gerações do direito e as novas perspectivas jurídicas da era digital*. Programa de Iniciação Científica (PIC), Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, 2014, p. 18 [consult. 18 dez 2021]. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1311401298P524.pdf>

⁴⁴ BONAVIDES, ref 36, p. 91.

O jurista alemão, em sua obra “teoria dos direitos fundamentais” faz uma importante distinção entre regras e princípios, tal distinção integra a base da “justificação jus fundamental”⁴⁵, se mostrando destaque para a melhor resolução dos casos difíceis, uma “chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁴⁶, respondendo aos limites dos direitos fundamentais, de forma a melhor compreendê-los.

O autor sustenta em sua obra que ainda que diversos, tanto os princípios como as regras são considerados normas jurídicas — sendo os princípios, no direito contemporâneo, não apenas meros valores —⁴⁷, em virtude de ambas dizerem **o que deve ser**, tratando-se, desta forma, de um debate entre duas espécies de normas⁴⁸.

Alexy entende ser esta uma distinção qualitativa, e para diferenciá-las, é necessário compreender que as regras são normas que devem ser cumpridas com exatidão⁴⁹, ou seja, elas integram um “mundo juridicamente existente e categoricamente válido”⁵⁰, e podem ou não serem satisfeitas, fazendo exatamente o que elas propõem, “regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁵¹.

Em contrapartida, o autor situa os princípios como “mandamentos de otimização”, e dessa forma, aprimoram a aplicação do direito às possibilidades jurídicas e fáticas, podendo ser satisfeitos em diferentes graus⁵². Em suma, são

⁴⁵ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas*. Revista de Informação Legislativa [em linha]. 2005, 42(165), 123–134, p. 124 [consult. 10 dez 2021]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [em linha]. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85

⁴⁷ RIBEIRO, ref 11, *online*.

⁴⁸ Nas palavras do autor: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, ref 46, p. 85)

⁴⁹ AMORIM, ref 45, p. 126.

⁵⁰ ANDRADE, Eveline Maria Machado e Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da CUNHA. *Diferenciação entre regras e princípios e sua aplicação na jurisprudência do superior tribunal de justiça e do Supremo Tribunal Federal*. Universidade Federal de Pernambuco - UFPE [em linha]. 2014 [consult. 19 jan 2022]. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/616030/924116/Diferenciacao_entre_regras.pdf/db5eafb5-98bf-47d5-8f5d-df2b29fc900d

⁵¹ ALEXY, ref 46, p. 85

⁵² ALEXY, ref 46, p. 85

normas que determinam que algo seja realizado tanto quanto possível, dentro do contexto jurídico e real existente⁵³.

Ele pontua que essa diferença se mostra mais patente quando ocorre algum conflito entre normas, sejam elas normas regras ou normas princípios. Como citado acima, Alexy vislumbra as regras como comandos definitivos⁵⁴. Isto posto, para a resolução do conflito entre normas (regras), ele propõe dois caminhos na dimensão da validade. O primeiro método consiste que uma das regras seja declarada inválida e extinta do ordenamento jurídico, não podendo coexistir duas regras de caráter normativo que colidam e contraditem entre si⁵⁵. Outro método que o autor vislumbra trata sobre uma criação de uma exceção que elimine o conflito⁵⁶.

Sob outra perspectiva, a resolução dada para resolver a colisão entre princípios, seria diretamente a partir de um exame casuístico, considerando as particularidades de um caso concreto, o que o autor intitula como técnica do sopesamento⁵⁷, havendo uma ponderação para resolução. Ao contrário das

⁵³ Dada a importância da temática, por vezes é citada no âmbito jurisdicional, vide parte do acórdão proferido no TJMG, em que a desembargadora Claret de Moraes relatou: (...)” em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Com isso, não se pode perder de vista que os princípios são enunciados com força normativa e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade. (...) A outro giro, as regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais, mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra). De fato, distintamente dos princípios (que possuem textura aberta), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma textura fechada, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Ação declaratória de inexistência de dívida c/c danos morais*, 30 maio 2017, 1.0021.15.001062-3/001 (Brasil) [consult. 11 set 2021]. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100211500106230012017575459>)

⁵⁴ ALEXY, ref 46, p. 85

⁵⁵ AMORIM, ref 45, p. 126

⁵⁶ O autor utiliza o seguinte exemplo de cláusula de exceção em casos conflituosos entre normas regras: “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção pija o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, ref 46, p. 85)

⁵⁷ Sobre a temática, o autor Diego Brito Cardoso, conta sobre o desenvolvimento e exemplifica a técnica de sopesamento: “A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso Lüth²⁵⁷, para resolver um conflito entre direitos fundamentais. (CARDOSO, Diego



regras, não seria a partir de uma cláusula de exceção ou invalidação e sim um princípio sob o outro, sendo necessário que um deles ceda, ocorrendo uma “procedência condicionada” a àquele caso concreto (ou seja, aquele princípio que cedeu não perde sua eficácia de forma ampla, apenas conferindo lugar a aplicação de outro princípio que se mostre mais pertinente no caso concreto, ambos permanecendo com sua importância no ordenamento jurídico)⁵⁸.

Dessa monta, é possível vislumbrar uma importante característica dos direitos fundamentais, acerca de sua relatividade no que tange aos princípios, demonstrando a possibilidade de juristas discutirem acerca da colisão do direito à vida com o direito a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Portanto, outro assunto se mostra pertinente de ser abordado. De acordo com o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, os direitos fundamentais podem assumir a forma de princípios (no que tange ao direito à vida, a liberdade, a dignidade, igualdade) e também de regras (anterioridade tributária, irretroatividade da lei penal)⁵⁹.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO RELATIVOS?

Tratando-se desta temática, mostra-se necessário a abordagem breve acerca de algumas características dos direitos fundamentais. O sujeito ativo dos direitos fundamentais já foi citado como sendo todos indivíduos, puramente por sua condição de caráter humano. Tal afirmação faz referência a característica da universalidade, dessa forma, a favor de todos os indivíduos⁶⁰.

Os direitos fundamentais são: indivisíveis, não podendo haver uma divisão entre eles já que constituem do mesmo gênero de direitos ainda que separados por dimensões, eles se completam e complementam entre si⁶¹; inalienáveis e

Brito. *Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy*. Revista Constituição e garantia de direitos fundamentais. 2016, 137–155, p. 145)

⁵⁸ MORAIS NETO, Orlando. Colisão de princípios em tempos da pandemia do covid-19 - Migalhas. *Migalhas é o maior e mais importante veículo jurídico do Brasil*. [em linha]. 5 jun 2020 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328472/colisao-de-principios-em-tempos-da-pandemia-do-covid-19>

⁵⁹ BARROSO, ref 32, p. 13.

⁶⁰ DIAS, Cinthia Gomes. *Características dos direitos fundamentais*. Anais do EVINCI [em linha]. 2015, 1(1) [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/574>

⁶¹ CAMIN, Gustavo Vinícius; FACHIN, Zulmar. *Teoria dos direitos fundamentais: primeiras reflexões*. Revista Jurídica Cesumar [em linha]. 2015, 15(1), 41–54 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3887/>

inegociáveis, não podendo ser negociados, dados, trocados ou vendidos de um alguém para outrem; imprescritíveis, pois não incidem prescrição; vinculativos, tendo em vista que são direitos dotados de normatividade, como anteriormente citado, incidindo diretamente nas relações jurídicas⁶²; e por fim, a doutrina majoritária entende que são relativos⁶³.

Em uma leitura superficial dos direitos fundamentais, talvez um não jurista entenderia que os direitos fundamentais são absolutos, tendo em vista se tratarem de direitos básicos para qualquer ser humano, sendo um pilar de um Estado Democrático de Direito. Contudo, na realidade esse conceito se mostra oposto, afinal, como demonstrado anteriormente, existe a possibilidade de colisão entre os direitos fundamentais. Há de se indagar, como haveria de algo ser absoluto, sendo que existe a possibilidade de algo de igual importância contrariar? De certo que a opinião presente nesse trabalho é em concordância com a corrente majoritária, os direitos fundamentais são relativos.

Na prática jurídica, utilizar o fundamento absoluto como abordagem se parece muito mais complicado, se não impossível, afinal, em diversas situações é possível encontrar uma barreira entre direitos. Sendo assim, todos os direitos fundamentais esbarram na relatividade, para que possam coexistir entre si. Sejam eles individuais ou coletivos, a barreira existe em virtude da existência de uma identidade pluralista na sociedade⁶⁴.

De modo a exemplificar o citado acima, fugindo da esfera penal, de forma a demonstrar a gama dessa coexistência e enriquecer o debate: no direito administrativo/constitucional brasileiro, o direito da propriedade está previsto no

⁶² CAMIN; FACHIN, ref 61, *online*.

⁶³ Mister se faz salientar, que a doutrina minoritária aponta o direito de não se submeter a tortura como absoluto. (FONTELES, Samuel Sales. *Direitos fundamentais* [em linha]. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 27 [consult. 6 nov 2021]. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/704d1ff16f6cee3d18892fb9141bef0d.pdf>)

⁶⁴ “A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a autoidentificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista”. (GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. 1999, 36(143), 191–210, p. 205).

rol de direitos fundamentais presentes na Constituição⁶⁵, e de forma simplista, garante a uma pessoa poder usar, gozar e dispor um bem⁶⁶.

Contudo, a própria Carta Magna traz limitações a esse direito, já que a propriedade deve cumprir uma função social⁶⁷. Também, dentre outras formas, existe o instituto da desapropriação, que de maneira simples, consiste na transferência obrigatória, dentro dos limites da lei, da propriedade particular para o poder público. Tal instituto tem como objetivo resguardar o interesse público (exemplo: a construção de um metrô) e ocorre por indenização justa e prévia⁶⁸.

Sendo assim, ainda que o direito da propriedade seja garantia fundamental, está sujeito a limitações, como no exemplo citado, havendo colisão com o interesse público, ou seja, há a colisão neste caso de um direito individual (propriedade) com um direito coletivo (desenvolvimento) e em virtude disso, pode ocorrer a perda dessa propriedade, porém, havendo indenização para resguardar o direito do (ex) proprietário. Em resumo, no caso em tela, o interesse individual deve ceder seus privilégios ante aos interesses coletivos⁶⁹.

Outra forma exemplificativa de elucidar o exposto, pode ser vista em uma situação contemporânea, da qual ainda se sente os efeitos: a restrição de locomoção das pessoas, seja em isolamento ou quarentena, para conter a infecção pela covid-19.

A exemplo do caso português, o direito de deslocação está previsto como aquele que se insere no conjunto de direitos, liberdades e garantias previsto na CRP⁷⁰. Contudo, ainda que tenha a necessidade de ser assegurada a sua proteção, por outro lado, pela sua relatividade, existem possibilidades fáticas (ainda que não previstas) que se aceita a sua restrição. É o caso do Decreto do Presidente da República n.º 6-B/2021, de Portugal, que renovou a declaração do

⁶⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**. (...)” (grifo nosso) (BRASIL, ref 6, *online*)

⁶⁶ O artigo 1228 do código civil brasileiro preceitua a proprietária, através dos atributos da propriedade (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. [consult. 05 nov. 2021]. Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)

⁶⁷ “Art. 5º (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;” (BRASIL, ref 6, *online*)

⁶⁸ “Art. 182. (...) § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.” (BRASIL, ref 6, *online*)

⁶⁹ BRASIL, ref 6, *online*

⁷⁰ “Artigo 44.º Direito de deslocação e de emigração 1. A todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional. 2. A todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar.” (PORTUGAL, ref 7, *online*)

estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública e estabeleceu que o exercício do direito da deslocação estava parcialmente suspenso⁷¹, a fim de reduzir o risco de contágio de uma doença com alto nível de transmissibilidade e que matou mais de 4 milhões de pessoas no mundo todo⁷².

Em se tratando da temática mais parecida com a abordada no presente estudo, o direito à vida, que é um dos princípios que norteiam a sociedade e que se demonstra como inviolável, encontra exceções na legítima defesa⁷³ — e também na questão por crime de guerra, a exemplo do código militar brasileiro⁷⁵ — e atualmente se discute a despenalização da eutanásia em Portugal⁷⁶.

Portanto, não cabe na realidade encarar os direitos como absolutos tendo em vista que, diante da colisão de direitos ou interesses coletivos, estes serão relativizados a fim de se garantir a máxima efetividade ao caso concreto⁷⁷. Dessa

⁷¹ PORTUGAL. *Decreto do Presidente da República* [em linha]. n.º 6-B/2021 de 13 jan 2021 [consult. 11 jan 2022]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-presidente-republica/6-b-2021-153917314>

⁷² SAMPAIO, Lucas. *Mundo passa de 4 milhões de mortes por Covid, mas número 'subestima o total de vítimas', diz OMS*. G1 [em linha]. 7 jul 2021 [consult. 10 jan 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/07/07/mundo-passa-de-4-milhoes-de-mortes-por-covid-mas-numero-subestima-o-total-de-vitimas-diz-oms.ghtml>

⁷³ “Exclusão de ilicitude – Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) II - em legítima defesa;” (BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848 de 7 dez 1940. *Código Penal*. [consult. 18 ago 2021]. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-atualizada-pe.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-1940-1949-decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-atualizada-pe.html))

⁷⁴ “Artigo 31.º Exclusão da ilicitude (...) 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; Artigo 32.º Legítima defesa. Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros.” (PORTUGAL. Decreto Lei n.º 48, de 15 de março de 1982. *Código Penal Português*. Lisboa, [consult. 05 nov. 2020]. Disponível na Internet em: http://www.pgdlisboa.pt/lisboa/leis/leis_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0134&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&secao_miolo=&nversao=#artigo.)

⁷⁵ “Art. 55. As penas principais são: a) morte; código militar” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 1001 de 21 out 1969* [consult. 19 nov 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)

⁷⁶ LOPES, Maria. *Partidos já clarificaram conceitos da eutanásia para contornar chumbo do Constitucional*. Público [em linha]. 9 set 2021 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/09/09/politica/noticia/partidos-ja-clarificaram-conceitos-eutanasia-contornar-chumbo-constitucional-1976772>

⁷⁷ A autora Carolina Lobato Goes de Araújo destaca de forma acertada que: “Absoluta é a necessidade de preservação e concretização dos direitos de caráter fundamental, o que não quer dizer que é absoluto ou imutável o rol de direitos essenciais elencados ao longo da história da humanidade. Estes, como já dito, podem variar no tempo e no espaço conforme as necessidades materiais e morais dos indivíduos se alterem”. (ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. *Direitos Humanos - direitos absolutos ou relativos?* Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Home [em linha]. 12 dez 2006 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/656-direitos-humanos-direitos-absolutos-ou-relativos-08794476304943185>).

relatividade citada, cria-se o já demonstrado, fenômeno da colisão dos direitos fundamentais⁷⁸.

Claro que a temática está longe de ser esgotada, meras formas exemplificativas foram demonstradas acima, porém, uma delas merece mais atenção.

2.3 (IN)VIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é alvo de pesquisas, e existem divergências sobre o seu início, em questões como o aborto e o seu fim, em questões como a eutanásia. Este assunto desperta calorosos debates há décadas. A notoriedade é tanta que, do direito à vida, destacado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 5º, caput)⁷⁹ e na Constituição da República Portuguesa (art. 24,1)⁸⁰ derivam diversos direitos, sendo sua fonte primária⁸¹.

O tema merece uma abordagem específica no presente trabalho científico, dado a importância dele para a discussão sobre o aborto. Afinal, o bem jurídico que se visa tutelar com o crime de aborto é a vida intrauterina⁸².

⁷⁸ “Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre, então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos”. (CARDOSO, ref 57, p. 269).

⁷⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, (...)” (BRASIL, ref 6, *online*)

⁸⁰ “Artigo 24.º Direito à vida 1. A vida humana é inviolável.” (PORTUGAL, ref 7, *online*).

⁸¹ “Como acentua Alexandre De Moraes, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos”. (ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Scientia Iuris [em linha]. 2004, 7, 340. ISSN 2178-8189, p. 344 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138/9865>)

⁸² BOLAS, Beatriz Rosa Marques. *Aborto por negligência possível tipificação no ordenamento jurídico-penal português*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2020.



Logo, a criminalização do aborto no Brasil ocorre no contexto dos “crimes contra a vida”⁸³ e em Portugal — ainda que havendo possibilidades permissivas — dos “crimes contra a vida intrauterina”⁸⁴.

Dessa forma, mister se faz salientar quanto a discussão acerca de sua característica de inviolabilidade e posteriormente acerca das teorias que determinam o início da investidura do nascituro na personalidade civil.

Neste ínterim, os aludidos ordenamentos jurídicos contemplam o direito à vida como fundamental e inviolável (sendo redundante, aquilo que não se pode violar). Não obstante, existem discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de relativizar sua inviolabilidade.

A vida é o bem jurídico mais valioso do ser humano, sendo o objeto de maior proteção jurídica. Afinal, não há o que se falar em liberdade, segurança ou qualquer outro bem jurídico objeto de tutela legal, sem vida. Por isso, se diz que a existência humana constitui requisito para as demais liberdades e direitos previstos na Constituição⁸⁵. Assim, seja no contexto português, seja no brasileiro, o direito à vida é protegido como um direito supremo, desde as primeiras declarações e cartas de direito modernas⁸⁶.

Tal direito não se trata apenas sobre estar vivo biologicamente (direito à integridade psíquica e física) e sim, está essencialmente ligado à dignidade da pessoa humana, portanto, protege da mesma forma a vida digna no seu sentido mais amplo⁸⁷.

⁸³ “CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A VIDA (...) Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.” (BRASIL, ref 73, *online*)

⁸⁴ “CAPÍTULO II - Dos crimes contra a vida intrauterina. Artigo 140.º Aborto 1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos. 3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.” (PORTUGAL, ref 74, *online*)

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255;

⁸⁶ IACOMINI, Vanessa. L. JUNIOR, Dalmir. *Bioética e Biodireito: fim da vida*. Curitiba: Juruá, 2015, p.10

⁸⁷ LOPES, Antônio Carlos. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018, p.47.



Por conseguinte, além de elencado na CRFB⁸⁸ e na CRP⁸⁹, é possível observar o direito à vida resguardado em diplomas internacionais.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional que tem o propósito de consolidar entre os países americanos o respeito aos direitos humanos essenciais. A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados e convenções que tratavam sobre matéria de direitos humanos foram equiparadas as normas constitucionais brasileiras⁹⁰, contudo, a CADH foi ratificada antes da promulgação e o STF votou no sentido de dar a esses tratados anteriores a promulgação, o caráter supralegal (ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das demais normas). Porém, tal posicionamento é contrário à boa parte da doutrina brasileira, que sustenta o status de norma constitucional aos tratados sobre direitos humanos⁹¹.

Por conseguinte, a Convenção, em seu artigo 4, número 1, traz a seguinte redação: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral, desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”⁹².

Destaca-se do trecho acima, em um primeiro momento, por conta da ressalva a concepção, autores, como o jurista Rafael Sutter, defendem que a convenção vem complementar o texto constitucional que consagra a inviolabilidade do direito à vida, com uma extensão também aos nascituros, tendo em vista não estar expresso na Constituição dessa maneira. Portanto, entendem que qualquer espécie de hipótese permissiva do aborto estaria em desacordo e em violação da CADH⁹³.

Não obstante, essa não é a única corrente defendida, o doutor em Antropologia Social e Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, Roberto Arriada Lorea, adota a tese que isso se trata de um mito. O autor defende que a historicidade da CADH deslegitima tal afirmação, tendo em vista que no caso 2141 contra os Estados Unidos da América (igualmente signatário), apreciado

⁸⁸ BRASIL, ref 6, *online*

⁸⁹ PORTUGAL, ref 7, *online*

⁹⁰ CAMPOS, Álisson Thiago; ANDRADE, Assis e Gleydson Ferreira. *A força normativa do pacto de San Jose de Costa Rica frente ao ordenamento jurídico brasileiro*. ATHENAS [em linha]. 2018, 1(7), 20-33, p. 21 [consult. 24 nov 2021]. Disponível em: https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_vol1_2018_artigo02.pdf

⁹¹ CAMPOS; ANDRADE, ref 90, p. 22

⁹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. [sem data] [consult. 16 jan 2022]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

⁹³ SUTTER, ref 4, p. 51



pelo órgão competente (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), foi decidido que o direito ao aborto não viola o artigo 4º, Inciso I da CADH⁹⁴.

Além disto, a própria literalidade aponta um caminho não tão exato, o texto do artigo traz a cláusula “em geral” que aponta justamente quanto a possibilidade de uma relativização casuística⁹⁵.

Em outra órbita, Portugal é signatário da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), também chamada de Convenção Europeia de Direitos do Homem, que é um tratado internacional destinado a proteger os direitos humanos na Europa. A CEDH peculiarmente, se divergindo da americana, não faz qualquer menção a uma definição científica e jurídica sobre o início da vida. Neste aspecto a Convenção é silente⁹⁶.

Por não haver na CEDH uma definição sobre o início da vida, ocorre uma margem de apreciação que é deixada aos Estados membros, sendo eles os melhores intérpretes de suas próprias leis nacionais, portanto, são os Estados membros os responsáveis pela definição de quando começa a vida e o tribunal se limita a aceitar e a partir dessa indicação averiguar se é cabível ou não o julgado de violação ao direito à vida⁹⁷.

Destarte, fora demonstrado a fundamentalidade do direito à vida em ambos ordenamentos jurídicos, inclusive a nível internacional. Porém, ainda que se tenha como regra característica a inviolabilidade, cabem exceções.

Como citado anteriormente, ambos ordenamentos jurídicos flexionam o direito à vida em algumas hipóteses. Será visto posteriormente que até no que tange ao aborto (crime caracterizado como um atentado a vida ou a vida intrauterina) existem flexibilizações e interpretações. Contudo, nesse momento, serão abordadas as outras hipóteses.

⁹⁴ LOREA, Roberto Arriada. *Aborto e direitos humanos na américa latina: desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção*. CLAM - Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos [em linha]. 2005 [consult. 14 dez 2021]. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/abortolorea.pdf>

⁹⁵ IBCCRIM. *A descriminalização do aborto no Brasil violaria o sistema interamericano de Direitos Humanos?* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM [em linha]. 2020 [consult. 8 jan 2022]. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/1062>

⁹⁶ Vide art. 2 – número 1. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Org.). *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 1950. Concil of Europe. [consult. 20 out. 2021] Disponível na Internet e m: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Ed.). *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights*. 2019. [consult. 20 out. 2021] Disponível na Internet em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf



Como assinalado anteriormente, existem em ambos ordenamentos a figura da legítima defesa, se enquadrando em causa excludentes de ilicitude, sendo que os dois são caracterizados na própria literalidade da lei (Art. 25, *caput* do Código Penal Brasileiro⁹⁸ e Art. 32.º do Código Penal Português⁹⁹). Dessa forma, ainda que haja uma ação lesiva contra a vida, essa é justificada pelo instituto citado, não sendo seu agente penalizado (desconsiderando a hipótese de excessos), ou seja, afastando o termo da inviolabilidade da vida, se mostrando uma flexibilização e relativização da matéria.

Nesse ínterim, no seio da Constituição Brasileira, está previsto a inviolabilidade da vida e a vedação expressa da pena de morte, contudo, dentro dos próprios limites dessa é feita uma ressalva quanto aqueles cometidos em caso de guerra declarada¹⁰⁰ (sendo seus preceitos normatizados no Código Militar Brasileiro)¹⁰¹. Tal previsão não tem o mesmo tratamento no Código de Justiça Militar Português¹⁰².

Enfim, ao falar sobre tais flexibilizações importa a citação de outro tema que atualmente suscita debates em Portugal quanto a sua despenalização: a eutanásia.¹⁰³ O termo faz menção a conduta de abreviar a vida de alguém, que esteja em profundo sofrimento e em estado de incurabilidade, a fim de agir com compaixão a esse, lhe proporcionando uma “boa morte”¹⁰⁴. Desse modo, a prática da eutanásia atinge o bem jurídico vida, porém, considera o outro entendimento ligado a esse conceito, o direito de se viver com dignidade.

Atualmente, os países objetos desse estudo, Brasil e Portugal, não tem a eutanásia expressamente tipificada como ilegal, porém a figura dela pode ser presumida em outros institutos. No caso brasileiro, a eutanásia pode ser

⁹⁸ “Legítima defesa Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, ref 73, *online*)

⁹⁹ “Artigo 32.º Legítima defesa constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros.” (PORTUGAL, ref 74, *online*)

¹⁰⁰ “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” (BRASIL, ref 6, *online*)

¹⁰¹ “Pena de morte Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.” (BRASIL, ref 75, *online*)

¹⁰² PORTUGAL. *Código de Justiça Militar* [em linha]. Lei n.º 100 de 15 nov 2003 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2003-34499475>

¹⁰³ LOPES, ref 76, *online*.

¹⁰⁴ LOPES, ref 87, p.79.

subsumida na figura do homicídio privilegiado que é causa de diminuição de pena, vide art. 121 do Código Penal¹⁰⁵.

Em contrapartida, na legislação penal portuguesa, segundo a doutrina dominante, a eutanásia pode ser integrada¹⁰⁶ em duas figuras: igualmente como o caso brasileiro no homicídio privilegiado e no instituto particular português do homicídio a pedido da vítima, dependendo da situação dessa¹⁰⁷.

Porém, atualmente o tema está sendo debatido em Portugal no sentido de despenalizar a prática. Em janeiro de 2021, o Parlamento Português aprovou a medida de despenalização da morte medicamente assistida, contudo, em março do mesmo ano o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade, tendo em vista a existência de conceitos excessivamente indeterminados, sendo a lei vetada pelo chefe de Estado e devolvida ao Parlamento, que poderia reformá-la, excluindo o conteúdo julgado inconstitucional ou confirmá-lo por maioria de dois terços¹⁰⁸. Ao final de novembro de 2021, foi noticiado que o Presidente da República vetou a lei, devolvendo a matéria a Assembleia da República, de maneira que a decisão seria adiada a próxima legislatura¹⁰⁹.

Destarte, sendo o instituto acima de fato despenalizado, este estaria diante de uma nova flexibilização da inviolabilidade do direito à vida ou ao menos atuaria fora do termo que se refere a vida biológica, porém ainda respeitando o sentido de se viver com dignidade.

Além das hipóteses citadas, sem fins de ainda explicar de forma extensa o tema, tanto no direito português quanto no direito brasileiro, as leis

¹⁰⁵ “Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, (...)” (BRASIL, ref 73, *online*)

¹⁰⁶ PARDAL, Cristiana Sofia de Oliveira. *Eutanásia – representações sociais*. Dissertação de mestrado, INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO, 2016 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29037/1/Eutan%C3%A1sia%20-%20Representa%C3%A7oes%20Sociais.pdf>

¹⁰⁷ “Artigo 133.º Homicídio privilegiado. Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuem sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Artigo 134.º Homicídio a pedido da vítima 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expreso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.” (PORTUGAL, ref 74, *online*).

¹⁰⁸ LUSA. *Marcelo Rebelo de Sousa veta lei da eutanásia*. Euronews [em linha]. 15 mar 2021 [consult. 5 jan 2022]. Disponível em: <https://pt.euronews.com/2021/03/15/marcelo-rebelo-de-sousa-veta-lei-da-eutanasia>

¹⁰⁹ LUSA. *Marcelo veta a lei da eutanásia e faz adiar decisão para a próxima legislatura*. DN [em linha]. 29 nov 2021 [consult. 13 abr 2022]. Disponível em: <https://www.dn.pt/politica/marcelo-veta-a-lei-da-eutanasia-e-faz-adiar-decisao-para-a-proxima-legislatura-14365571.html>



infraconstitucionais tomam posicionamento quanto a elencar o crime do aborto como um crime contra a vida/vida intrauterina.

Nessa ótica, estariam os diplomas penalistas adotando uma teoria concepcionista? Afinal, não há de se falar em crime contra a vida, sem vida e a palavra contra remete ao sujeito nascituro, pois é o sujeito passivo do crime do aborto (desconsiderando em um primeiro momento as gestantes que possam vir a falecer por conta da prática ou aquelas que sofrem aborto sem consentimento).

Considerando puramente os diplomas penalistas, se o aborto é um crime contra a vida, então o nascituro tem vida e se ele tem vida e há hipóteses de aborto legal, isso prejudicaria a palavra inviolável da Constituição, tanto brasileira, quanto portuguesa, atestando a relatividade do direito à vida e flexibilização dessa.

Porém, antes de debater quanto a essa afirmação, alguns conceitos merecem uma pormenorização, a fim de buscar uma resposta à pergunta acima.



3 AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

O capítulo anterior teve a missão de conceituar os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito no contexto deste trabalho acadêmico, em que se busca uma — recorrente e necessária — discussão em torno da temática do aborto.

Ao final do capítulo, o direito à vida foi abordado, tendo em vista seu caráter fundamental não apenas nos ordenamentos jurídicos citados, como também na temática proposta. Afinal, não há de se falar de crime contra a vida (aborto), sem falar do principal direito fundamental por trás dessa norma punitiva.

Contudo, as divergências não se resumem aos direitos fundamentais protegidos ou desprotegidos com a criminalização da prática. Conforme exposto alhures, a vida é um tema polêmico, sendo objeto de calorosos debates e que suscita controvérsias acerca de inúmeras questões, envolvendo não apenas questões de ordem jurídica interdisciplinar, mas também relativas à ética, moral, religião e a medicina.

Por conseguinte, outra polêmica se mostra necessária a ser estudada para entender a linha de argumentação acerca do tema: aquela que versa quanto a situação jurídica do nascituro.

Conforme mencionado, o sujeito dos direitos fundamentais são todos os indivíduos, porém, surge uma dúvida acerca do *timing* para definição de todos os direitos existentes em um ordenamento jurídico.

Os diplomas civilistas de ambos ordenamentos jurídicos por ora analisados, trazem na parte geral, em seus artigos (Art. 2º do Código Civil brasileiro¹¹⁰ e Art 66.º do Código Civil Português¹¹¹) o momento em que se inicia a personalidade

¹¹⁰ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, ref 66, *online*)

¹¹¹ “Artigo 66.º (Começo da personalidade) 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento. (PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 47344 de 25 nov 1966. Código Civil* [em linha]. [consult. 5 dez 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis





jurídica. Tal temática tem de veras importância, afinal, a partir dessa atribuição de personalidade, o indivíduo é um sujeito de direitos e deveres¹¹².

Contudo, o diploma português é mais certo em sua definição, já que prevê uma condição para essa aquisição: o nascimento, dessa forma, considerando a literalidade da lei, adota uma teoria natalista¹¹³.

Em outra órbita, o brasileiro traz uma redação dualista, já que em um primeiro momento condiciona da mesma forma que o português, porém traz ressalvas aos direitos do nascituro desde sua concepção¹¹⁴.

Antes de adentrar na conceituação das correntes que procuram justificar a situação do nascituro, o termo merece uma breve definição.

3.1 O NASCITURO E SUA EVENTUAL PERSONALIDADE JURÍDICA

A definição da situação do nascituro na discussão em torno de sua personalidade jurídica, se manifesta como uma das questões centrais na temática do aborto, pois entendê-lo como um ser dotado de personalidade jurídica o caracteriza como detentor de direitos — como o direito à vida, que trata de um dos norteadores acerca da criminalização do aborto. Dentre aqueles que baseiam seu ideal na teoria concepcionista, estes defendem a inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção¹¹⁵.

Dessa forma, primeiramente no que tange a definição de nascituro, este pode até ser conceituado de maneiras diferentes, porém, concorda-se que é aquele já concebido, mas ainda não nascido¹¹⁶. Mister se faz salientar que o

¹¹² PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN Beatris Francisca. *Direitos civis do nascituro*. Revista Destaques Acadêmicos. 2014, 6(2), 103–117, p. 107.

¹¹³ CUNHA, Guilherme Gratão. *Direitos de personalidade: violação ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Dissertação de mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, 2019, p. 21

¹¹⁴ BRASIL, ref 66, *online*

¹¹⁵ “A maioria dos constitucionalistas defensores do direito à vida, desde a concepção, alicerçam seus argumentos na compreensão de que a inviolabilidade da vida se aplica a todos as formas em que se possa apresentar a vida humana...” (PIRES, ref 5, p. 271).

¹¹⁶ GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Somos Educação, 2020, p. 83.

termo não deve ser confundido com o concepturo, sendo esse último sequer concebido¹¹⁷.

O ex-ministro do STF Ayres Britto, em sede brasileira de Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 3.510 de 2008 — quando se discutia a existência de violação do direito à vida em pesquisas com células tronco, no que tange o art. 5 da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança) sendo inclusive, o entendimento do STF quanto a inexistência de violação —, utilizando as palavras do civilista Silvio Rodrigues, conceituou o nascituro como “um ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”. Ademais, no mesmo documento, o ex-ministro diferenciou embrião, feto e pessoa humana¹¹⁸.

Acerca da diferenciação acima: ainda que semelhantes, os termos não são equivalentes. A embriologia entende que o termo embrião faz referência ao ser que está entre a segunda e a oitava semana de gestação, a partir desse segundo até o nascimento, tem a nomenclatura de feto¹¹⁹.

Mister se faz salientar que o termo empregado como embrião no parágrafo anterior remete a aquele que é resultado direto natural (*in útero*) e não aquele fecundado em laboratórios, como nos casos da fertilização *in vitro*.

Dessa forma, o nascituro remete aos embriões já fecundados e aos fetos¹²⁰. Sendo assim, finalizando a conceituação da matéria e acerca da expressão nascituro, De Plácido e Silva designa: “o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”¹²¹.

A afirmação acima traz à tona a discussão acerca do início de vida como pessoa, ou seja, versa sobre a capacidade de uma pessoa ser destinatária de

¹¹⁷ GOMES, ref 116, p. 83.

¹¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade. 29 maio 2008, 3510 [consult. 9 nov 2021]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

¹¹⁹ DWYER, Susan. *Entendendo o Problema do Aborto*. In: ROSENFELD, Denis et al. *Filosofia Política: nova série 2*, Porto Alegre, p. 124-150, 1998 *apud* HOGEMANN, Edna Raquel. *Bioética, alteridade e o embrião humano* [em linha]. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015. Disponível em: https://portal.estacio.br/docs/mestrado/bioetica_alteridade_oembriao_humano_edna_raque_l_hogemann.pdf

¹²⁰ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. *Parecer nº 16/2018*. 2018 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PE/2018/16_2018.pdf

¹²¹ TARTUCE, Flávio. *Situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. 2007.



deveres e direitos, sendo essa, qualidade necessária para ser sujeito de direito, pois trata-se da personalidade jurídica¹²².

3.2 ASPECTOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O ser humano é o centro do sistema¹²³, não à toa que os direitos fundamentais, como direito à vida e a dignidade da pessoa humana, têm o intuito de resguardar esse sujeito. Por conseguinte, é senso comum — especialmente no que tange a legislação civilista luso brasileira — que a partir do nascimento com vida, o ser humano torna-se pessoa, adquirindo dessa forma a personalidade jurídica plena¹²⁴.

Destarte, a personalidade se porta como um conceito fulcral da ordem jurídica, que trata de forma universal, ou seja, sobre todas as pessoas, como seres capazes de deter direitos e deveres (assim como prevê o art. 1º do CC/2002)¹²⁵. É a qualidade jurídica que se apresenta como uma premissa preliminar dos deveres e direitos¹²⁶.

O autor Flávio Tartuce preceitua a personalidade como: “a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social”¹²⁷.

A título de complementação, historicamente falando, nem sempre a universalidade era o elemento central. Destaca-se que essa atenção voltada a todos os seres humanos foi uma conquista da civilização jurídica¹²⁸, em virtude da força do princípio da dignidade humana, em contrapartida a históricos momentos, exemplificando: o escravo ocupava uma natureza de objeto e não de sujeito¹²⁹.

¹²² GOMES, ref 116, p. 82.

¹²³ GOMES, ref 116, p. 120.

¹²⁴ Ainda que existam adeptos da teoria concepcionista que entendem que o nascituro é pessoa desde a sua concepção, o senso comum citado faz referência ao fato que após o nascimento, ambas correntes concordam com a atribuição de personalidade.

¹²⁵ “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, ref 66, *online*)

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – volume 1: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 36.

¹²⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.120.

¹²⁸ GONÇALVES, ref 128, p. 36.

¹²⁹ GONÇALVES, ref 128, p. 36.



O direito por ora analisado também reconhece personalidade jurídica a entidades, denominadas no direito português como pessoas coletivas¹³⁰ e no brasileiro como pessoas jurídicas, essas são constituídas de pessoas naturais que se agrupam e se associam com algum objetivo, seja ele social ou econômico¹³¹.

Dando seguimento, a personalidade jurídica se adquire com a vida e se extingue com a morte, tal afirmação está corroborada pelos diplomas civilistas por ora analisados. Contudo, uma barreira doutrinária se apresenta ao considerar o início dessa aptidão genérica para ser titular de direitos e sujeito a deveres¹³².

3.3 TEORIAS DO SURGIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O marco inicial da vida humana, para fins de determinação da fundação da personalidade jurídica, se revela como extremamente importante na temática em questão. Afinal, a consideração do nascituro como aquele agraciado pelos direitos advindos dessa personalidade, tem grande relação com a existência de uma norma punitiva contra aqueles que atentarem contra a vida desse¹³³.

Nesse cenário, algumas são as correntes doutrinárias acerca do início da vida, pela relevância interdisciplinar da temática, não apenas correntes jurídicas estão em pauta, ainda que mais centralizadas no presente artigo acadêmico.

¹³⁰ PORTUGAL. Personalidade jurídica. [sem data] [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/personalidade-juridica>

¹³¹ GONÇALVES, ref 128, p. 36.

¹³² A jurista civilista Maria Helena Diniz define a personalidade jurídica, com a ideia de que: “Ligase à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamento de pessoas) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade” (*apud* CUNHA, ref 113, p. 18)

¹³³ GUIMARÃES, Fernanda Manteca. *O aborto legal por impossibilidade psicológica da mulher*. Revista de artigos científicos dos Alunos da EMERJ [em linha]. 2018, 10(1), 428–444, p. 429 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/tomos/tomol/versao_digital/428/#zoom=z

3.4 TEORIAS CIENTÍFICAS

As teorias mais presentes na discussão doutrinária acerca do início da vida são aquelas encontradas em diversos manuais civilistas, sendo essas identificadas como teoria natalista, concepcionista e da personalidade condicional¹³⁴. Contudo, a fim de enriquecer o debate, outras teorias também merecem um certo destaque.

Sem a pretensão de esgotar o tema, do ponto de vista neurológico, a corrente majoritária condiciona como o marco inicial da vida a apresentação de atividade cerebral no feto. Uma vez que a morte cerebral é compreendida como fim da vida humana, por simetria, a apresentação da atividade cerebral marcaria o seu princípio¹³⁵.

Contudo, essa corrente também é alvo de discussões, uma vez que falta consenso¹³⁶ na ciência para determinar o momento da existência desses sinais cerebrais. Por um lado, cientistas creditam essa inicialização a oitava semana, por outro na vigésima semana¹³⁷.

Ao analisar o contexto brasileiro, se a teoria neurológica acima fosse de grande aceitação no meio jurídico, a interrupção voluntária da gravidez encontraria respaldo, podendo ser permitida durante as primeiras semanas de gestação¹³⁸.

Em outra órbita, a teoria majoritária no que concerne a genética, entende que o início da vida ocorre na fertilização, quando ocorre uma combinação de genes a partir do encontro do espermatozoide com óvulo, formando assim um

¹³⁴ Como nos livros que expõe a parte geral do código civil: TARTUCE, ref 127; e GONÇALVES, ref 128.

¹³⁵ ANDRADE, Liliene Lopes. A determinação do início da vida: ciência versus direito. *Tempus – Actas De Saúde Coletiva* [em linha]. 2013, 7(1), 115–131, p. 120 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: <https://tempus.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279/1116>

¹³⁶ Não somente acerca da definição de período se tem essa discussão, a autora Liliene Lopes Andrade acrescenta sobre uma pesquisa realizada no Canadá: “(...) em recente pesquisa realizada por uma equipe de pesquisadores da McGill University, no Canadá, foi descoberto que mesmo o cérebro estando acordado ele apresenta padrões de funcionamento de um cérebro adormecido em alguns momentos. Entretanto, a alternância entre esses dois estados ocorre somente nos 20% finais da vida embrionária. Pois, durante os primeiros 80% da vida embrionária, o cérebro fica em um estado comparável ao de uma pessoa em coma ou sob efeito de anestesia. (...)” (ANDRADE, ref 135, p. 120)

¹³⁷ ANDRADE, ref 135, p. 120.

¹³⁸ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2 maio 2018, PAe 0004410-65.2018.4.01.8000 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/176760/1/SEI_0004410_65.2018.4.01.8000_RelVoto.pdf

indivíduo com um conjunto genético único¹³⁹. Todavia, além de outras problemáticas que inviabilizam a certeza da teoria supramencionada¹⁴⁰, uma delas merece destaque.

Aproximadamente 12 dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a dois ou mais, trazendo à tona a próxima visão: a perspectiva embriológica entende que a vida se inicia por volta da terceira semana de gestação, com 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 embrião¹⁴¹. Nesse ponto, o embrião é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas.

A perspectiva supramencionada traz à tona outra divergência: aqueles que entendem ser o embrião dotado de vida condenam a legalidade da pílula do dia seguinte, afirmando que ao invés de método contraceptivo, se trata de um método abortivo¹⁴².

As duas últimas teorias no campo da ciência são a visão ecológica e a metabólica, a primeira entende que a capacidade de sobreviver fora do útero é que determina o início da vida, em virtude de sua independência. Por outro lado, a teoria metabólica prevê que não existe um momento específico em que se mostra o princípio da vida, posto que espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa, portanto entendem ser uma discussão irrelevante¹⁴³.

Isto posto, nem a própria ciência biológica viabiliza uma solução exclusiva ao problema do início da vida. Acrescenta-se, demonstrando a particularidade interdisciplinar da matéria, a existência de teorias no contexto da religiosidade, em que cada religião tem sua própria resposta acerca da iniciação da vida¹⁴⁴.

¹³⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética no início da vida*. Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor. 2010, 2(1), 41–55.

¹⁴⁰ A autora Liliane Lopes Andrade exemplifica a existência de pelo menos cinco argumentos que inviabilizam o senso absoluto quanto a teoria que afirma que desde a fecundação há pessoa humana em sua obra. (ANDRADE, ref 135, p. 119)

¹⁴¹ ANDRADE, ref 135, p. 119.

¹⁴² SUTTER, ref 4, p. 99.

¹⁴³ ANDRADE, ref 135, p. 121, 122.

¹⁴⁴ A obra bioética no início da vida, do doutor Christian de Paul de Barchifontaine traz essa diferenciação religiosa: “1. Catolicismo: a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado, formando um ser humano. (...) 2. Judaísmo: “A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana”, diz o Rabino Shamai de São Paulo. “Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio”. Dessa forma, o judaísmo permite (...) o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro. 3. Islamismo: o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca



Conforme exposto alhures, a discussão acerca do início da vida não é exclusiva das ciências biológicas, havendo três correntes jurídicas que justificam a situação do nascituro, especialmente no que tange a sua personalidade.

Como um tema recorrente, que há muito suscita indagações, desde os tempos do direito romano já haviam definições acerca da personalidade jurídica do nascituro. Naqueles idos, o nascimento era condicionante para a aquisição da personalidade jurídica, antes disso, o nascituro era uma parte da genitora, contudo, haviam documentos dualistas desde então¹⁴⁵.

Apesar de não considerar o nascituro como pessoa e do entendimento desse como parte da genitora ou de suas vísceras, alguns documentos determinavam que aquele que se espera nascer é considerado como tendo nascido, entretanto isso só é verdadeiro se tratar do direito dele próprio, aos outros não aproveita, a não ser que tenha nascido¹⁴⁶. Dessa forma, ainda que não sendo uma pessoa, ao nascituro era garantido algumas proteções jurídicas — como atinentes aos direitos sucessórios, alimentos e direto à vida¹⁴⁷.

3.4.1 Outros aspectos relevantes de teorias doutrinárias - Portugal

Preliminarmente, antes de adentrar na especificação de algumas teorias doutrinárias acerca do início da personalidade jurídica, outras visões acerca do tema merecem atenção.

Tanto a doutrina portuguesa, como a brasileira, possuem correntes divergentes acerca do início da personalidade jurídica. Porém, talvez, não sejam

de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática, principalmente quando há risco para a vida da mãe. (...) 4. Budismo: a vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em tudo o que existe (...) Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões. 5. Hinduísmo: alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe". (BARCHIFONTAINE, ref 139, p. 44, 45).

¹⁴⁵ ESMERALDO, Jéssica Souza. *Os direitos do nascituro frente às problemáticas contemporâneas*. Monografia, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, 2013, p. 15 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35611/31.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁴⁶ ESMERALDO, ref 145, p. 15.

¹⁴⁷ ESMERALDO, ref 145, p. 15.



designadas da mesma maneira. O presente trabalho utilizará os termos mais conhecidos no Brasil, sem porém, escusar conceitos portugueses.

Primeiramente, de maneira introdutória, a doutrina portuguesa afirma que há autores (embora minoritários) que entendam a existência de direitos sem sujeitos. Essa tese é defendida em situações em que há um direito, porém ainda não existe um titular ativo. A título exemplificativo utilizam o instituto da doação para nascituro, uma vez que, ao considerar a letra da lei civilista portuguesa, esse nascituro só seria dotado de personalidade jurídica e seria um sujeito de direitos após o nascimento com vida¹⁴⁸.

A corrente acima seria uma maneira de elucidar parte das questões problemáticas encontradas na teoria natalista, em especial no que tange ao fato que essa esbarra em outros dispositivos do diploma civilista em relação ao nascituro, essa teoria será melhor analisada a seguir.

Por outro lado, outros afirmam categoricamente a inexistência de direitos sem sujeitos, uma vez que “todo o poder implica necessariamente um titular; todo o dever pressupõe um suporte”. Ou seja, nessa diferente teoria há um “estado de vinculação”, em que o objeto não estaria presente necessariamente em uma relação jurídica, porém, igualmente não estaria livre, pois seria tutelado em um provável futuro. Se equiparando a uma espécie de defesa a expectativa de direitos¹⁴⁹.

Finalmente, outra tese de extrema valia se manifesta no âmbito jurisprudencial. Conforme será ostensivamente citado ao longo do trabalho, o Tribunal Constitucional do país em mais de uma decisão diferencia o nascituro do nascido com vida, afirmando que a vida intrauterina é um “bem constitucionalmente protegido” e dessa maneira tem um valor constitucional objetivo, porém não pode gozar dos mesmos direitos conferidos aos nascidos – como o direito à vida, em virtude da sua falta de personalidade jurídica¹⁵⁰.

3.4.2 Teoria natalista

Uma importante teoria acerca da iniciação da vida a nível jurídico é a natalista. Essa defende que o início da personalidade se dá a partir do

¹⁴⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Manual Teoria Geral de Direito Civil*. 4:ª Edição, p. 196

¹⁴⁹ MOTA PINTO, ref 149, p. 197

¹⁵⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Processos nº 733/07 e 1186/07, Tribunal Constitucional, 26 mar 2010, n.º 75/2010



nascimento com vida e se aplica diretamente a personalidade jurídica. Portanto, de acordo com essa teoria, o nascituro não pode ser considerado pessoa nos moldes da personalidade civil, gerando um estado potencial nos direitos, como prevê o civilista brasileiro adepto da corrente Caio Mario da Silva Pereira¹⁵¹. O autor Flávio Tartuce, adepto da teoria concepcionista, define como uma mera expectativa de direitos¹⁵².

O renomado civilista brasileiro Carlos Roberto Gonçalves afirma que o nascimento é definido como a separação da criança do ventre materno, independentemente da maneira que ocorre (seja por parto normal, intervenção cirúrgica ou afins). É necessário a constituição de dois corpos com vida orgânica singular, sendo assim, ocorrendo o desfazimento da unidade biológica, ainda que não tenha sido cortado o cordão umbilical¹⁵³.

Nesse sentido, quanto a segunda parte da expressão de nascimento com vida, a vida se demonstra pela respiração, ou seja, se respirou, viveu. Essa definição é importante para fins sucessórios¹⁵⁴.

As normas civilistas dos países irmãos são os diplomas que determinam o início da personalidade jurídica, certo que ainda que alvo de críticas e dualidade, ambos os ordenamentos em algum ponto estão em conformidade com a presente teoria natalista.

No tocante a análise de legislação brasileira, a primeira parte do art. 2º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) prevê que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, dessa forma em conformidade com a teoria supracitada. Contudo, na segunda parte do artigo traz a ressalva dos direitos de o nascituro serem salvos desde a concepção¹⁵⁵.

A doutrina não é uníssonas a respeito, ainda que a doutrina tradicional se filie a essa ideia¹⁵⁶, a literalidade da lei traz um pensamento dualista da gênese da personalidade. Considerando o lado em conformidade com a presente teoria, o jurista Caio Mario da Silva Pereira explica que a segunda parte do artigo faz

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 183.

¹⁵² TARTUCE, ref 127, p. 121.

¹⁵³ GONÇALVES, ref 128, p. 38.

¹⁵⁴ GONÇALVES, ref 128, p. 38.

¹⁵⁵ BRASIL, ref 66, *online*

¹⁵⁶ GONÇALVES, ref 128, p. 38.



referência a um estado potencial de direito, dessa forma, ao nascer se adquire personalidade¹⁵⁷.

Nesse íterim, ele exemplifica a motivação para creditar a falta de personalidade ao nascituro: “[...]se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido”, sendo assim, não havendo o nascimento, se evidencia a não existência desse no mundo jurídico¹⁵⁸.

Antagonicamente, o doutrinador Flávio Tartuce questiona a eficácia dessa teoria atentando quanto a problemática da coisificação do nascituro, não sendo entendido como pessoa. Além do mais, ele afirma que essa ideia esbarra em outros dispositivos do diploma civilista relacionados a personalidade do nascituro, como o direito dos alimentos¹⁵⁹.

Tendo em vista os esclarecimentos supramencionados, é de suma importância destacar que o contexto legal português, diferentemente do brasileiro, deslumbra-se uma redação mais expressa, o art. 66.º do Decreto - Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro (Código Civil) preceitua: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”¹⁶⁰.

Dessa forma, considerando a literalidade da lei civilista, o direito lusitano consagra o início dessa personalidade a partir do nascimento completo e com vida, adotando a teoria natalista. Inclusive, António Menezes Cordeiro, Carlos Alberto da Mota Pinto, Antunes Varela e Carvalho Fernandes são alguns doutrinadores portugueses que são adeptos dessa¹⁶¹.

Contudo, não se trata de um tema pacificado em Portugal. Em 2014, em decisão pioneira (Acórdão nº 436/07.6TBVRL.P1. S1.), o Supremo Tribunal de Justiça português julgou no sentido de que o artigo 66.º n.º 1, do Código Civil deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica, porquanto, o reconhecimento da personalidade de

¹⁵⁷ PEREIRA, ref 151, p. 184.

¹⁵⁸ PEREIRA, ref 151, p. 184.

¹⁵⁹ TARTUCE, ref 127, p. 122.

¹⁶⁰ PORTUGAL, ref 111, *online*.

¹⁶¹ CUNHA, ref 113, p. 24, 25

seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional¹⁶².

O caso em tela tratava-se de indenização por responsabilidade civil por morte do progenitor, em favor de um nascituro e um já nascido. Na situação, dois irmãos, que sofriam a perda do mesmo progenitor haviam tido tratamento jurídico diferenciado, pela circunstância de um deles não estar nascido anteriormente ao tal acontecimento fatídico¹⁶³.

Outrossim, o autor Anderson Eurico da Costa Fernandes, na Revista Jurídica Luso-Brasileira traz outra problematização. Ele atenta quanto a existência da contradição do art. 66.º com o próprio diploma inserido, exemplificando o art. 952.º que admite a doação a nascituros, onde não se espera o nascimento completo e com vida¹⁶⁴. Tal contradição também é apontada por Tartuce no contexto brasileiro¹⁶⁵.

Dessa forma, ainda que palco de divergências, essa teoria é vista de alguma maneira em ambos ordenamentos aludidos.

Uma eventual aceitação completa dessa teoria como norte, traz à tona a discussão da legalidade existente na norma que criminaliza o aborto, sendo a portuguesa mais permissiva que a brasileira, ainda assim, em ambas é visto a figura do crime contra a vida no aborto¹⁶⁶.

Afinal, parafraseando o autor Flávio Tartuce, do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro a personalidade e assim os direitos que advém dela, como o direito à vida¹⁶⁷.

Importante, nesse contexto, citar que a opinião dominante vencedora nos acórdãos do Tribunal Constitucional português perfilha posição semelhante. Pois, apesar de considerar o nascituro, especialmente no início da gestação, merecedor da proteção constitucional por conta do seu caráter humanístico, ele

¹⁶² CAMPOS, Mónica Martínez De; COSTA, Eva Dias. *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa*. Cadernos de Dereito Actual [em linha]. 2015, 1(3), 117–135 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1385/1/38-144-2-PB.pdf> p. 129.

¹⁶³ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3 abr 2014, 436/07.6TBVRL.P1.S1. [consult. 10 jan 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>

¹⁶⁴ FERNANDES, Anderson Eurico da Costa. *O início da personalidade jurídica*. Revista jurídica luso-brasileira [em linha]. 2021, 7(3), 181–200, p. 183 [consult. 21 nov 2021]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_0181_0200.pdf

¹⁶⁵ TARTUCE, ref 127, p. 122.

¹⁶⁶ Vide diplomas penalistas de ambos os países.

¹⁶⁷ TARTUCE, ref 127, p. 122.

ainda não é pessoa, o que propicia que em determinadas situações ao estar em colisão com os direitos fundamentais da gestante, sejam esses últimos colocados em primeiro lugar¹⁶⁸.

3.4.3 Teoria da personalidade condicional

A teoria da personalidade condicional é considerada por alguns autores como uma continuação da teoria natalista, pois parte do mesmo pressuposto identificado na teoria supracitada, de condicionar a personalidade ao nascimento com vida¹⁶⁹.

Dessa forma, a teoria define que ainda que há um conceito de personalidade pré-existente, essa apenas começa com o nascimento com vida. Isto posto, os direitos do nascituro estão subordinados a uma condição suspensiva, caracterizado como direitos eventuais¹⁷⁰.

A condição suspensiva é uma figura vista no estudo dos negócios jurídicos, e se trata de uma cláusula que subordina sua eficácia a um evento futuro e incerto¹⁷¹. Desse modo, por analogia, esse evento seria o nascimento com vida¹⁷².

Portanto, essa teoria no campo efetivamente teórico, atribui ao nascituro personalidade desde a concepção, contudo, no campo prático, apenas os efetiva pela condicionante do nascimento com vida.

Porém, essa teoria mais reflete nos direitos patrimoniais do nascituro. A crítica presente na doutrina é exatamente no que tange a questão que essa teoria não responde aos direitos de personalidade do nascituro — aqueles atinentes a defesa da individualidade da pessoa — e que esses não poderiam estar sujeitos a uma condição, e que não há um reconhecimento de direitos, apenas uma mera expectativa desses¹⁷³.

¹⁶⁸ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

¹⁶⁹ TARTUCE, ref 127, p. 123.

¹⁷⁰ TARTUCE, ref 127, p. 122.

¹⁷¹ Como exemplos da existência desses direitos eventuais na legislação: Art. 130 do Código Civil Brasileiro e Art. 270.º do Código Civil Português. (BRASIL, ref 66, *online*; PORTUGAL, ref 111, *online*

¹⁷² TARTUCE, ref 127, p. 121.

¹⁷³ TARTUCE, ref 127, p. 121.



Como admiradores dessa corrente, cita-se os brasileiros Miguel Maria de Serpa Lopes, Arnaldo Rizzardo e Washington de Barros Monteiro¹⁷⁴.

Ao considerar o direito lusitano, Capelo de Sousa, em semelhança a teoria da personalidade condicional, entende haver uma parcialidade na personalidade do nascituro, em que há uma consideração do nascituro como pessoa, todavia, existe o condicionamento dos direitos ao nascimento com vida.¹⁷⁵

3.4.4 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista é aquela que patrocina a ideia que o nascituro tem personalidade jurídica desde a sua concepção, ou seja, desde a fecundação¹⁷⁶. Se trata da corrente que seguramente resguarda os direitos do nascituro como pessoa jurídica¹⁷⁷.

Uma das principais defensoras da teoria concepcionista no Brasil, Silmara J. Chinellato, enumera algumas espécies existentes no Código Civil brasileiro em que o nascituro é titular de direitos, como o direito a alimentos gravídicos existente na Lei n. 11.804, de 05.11.2008, doação (art. 542 CC/02) e herança (art. 1.799 CC/02)¹⁷⁸.

O nascimento com vida apenas assenta o direito patrimonial. O nascimento de um natimorto funciona como uma condição resolutiva¹⁷⁹. Em reforço, para essa teoria, o nascimento com vida não é o marco inicial para alcance dos direitos patrimoniais, porém o consolida. Não obstante, os direitos de personalidade, como o direito à vida, seriam atributos do nascituro desde a sua concepção¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Transcrevendo as palavras do jurista Washington de Barros Monteiro: “discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. a lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”. (MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: parte geral 1*. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82.

¹⁷⁵ BERTONCELLI, Géssica Karime. A condição jurídica do nascituro e a vexata quaestio do início da sua personalidade: uma perspectiva luso-brasileira. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2017, p.57.

¹⁷⁶ CUNHA, ref 113, p. 25.

¹⁷⁷ TARTUCE, ref 127, p. 123.

¹⁷⁸ MORATO, Antônio Carlos. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 12ª ed. Barueri: Manole, 2019, p. 111.

¹⁷⁹ MORATO, ref 178, p. 111.

¹⁸⁰ MORATO, ref 178, p. 111.



É merecida uma observação do direito à vida. No que tange a teoria concepcionista, a discussão constitucionalista, de que a inviolabilidade prevista da Constituição se aplica a todas as formas em que se possa apresentar a vida humana vem à tona. Inclusive, ao embrião é dado o tratamento de ser humano e não apenas daquele em potencial, sendo esse o entendimento do jurista Paulo Gustavo Branco, que também os equipara as pessoas nascidas no que concerne a tutela do direito à vida¹⁸¹.

Nesse ponto, cita-se a jurista Fernanda Manteca Guimarães, que traz a ideia de que a proteção ao nascituro não deve ocorrer de forma uniforme durante toda a gestação; ela deve ser crescente em acordo com a evolução da mesma. A autora discorda da afirmação de equiparar o nascituro da pessoa nascida, ela entende que a tutela da vida do nascituro deve ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento¹⁸².

Em continuidade a pormenorização da teoria concepcionista, a autora supramencionada, Chinellato, entende que a previsão expressa de direitos e status ao nascituro evidencia que o Código Civil brasileiro é adepto da corrente concepcionista¹⁸³.

Em adição, a civilista Maria Helena Diniz diferencia os direitos patrimoniais, classificando esses na “personalidade jurídica material” e aqueles relacionados com os direitos de personalidade como “personalidade jurídica formal”¹⁸⁴.

Ao analisar o contexto brasileiro, ainda que muitos autores considerem que a teoria natalista é a adotada pelo Código Civil¹⁸⁵, atualmente vem crescendo a quantidade de doutrinadores e julgados que defendem a teoria concepcionista¹⁸⁶.

¹⁸¹ PIRES, ref 5, p. 273

¹⁸² GUIMARÃES, ref 133, p. 433.

¹⁸³ MORATO, ref 178, p. 111.

¹⁸⁴ A autora evidencia sua filiação a teoria concepcionista na seguinte passagem: “O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os 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. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido”. (*apud* TARTUCE, ref 127, p. 124).

¹⁸⁵ CUNHA, ref 113, p. 26

¹⁸⁶ O autor Flávio Tartuce além de elencar nesse rol, também inclui: Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaja, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Renan Lotufo, Maria Helena Diniz e outros. (TARTUCE, ref 127, p. 123.)



Como já demonstrado, a redação do artigo brasileiro pertinente a personalidade jurídica (Art. 2 CC/02) é dualista, em um primeiro momento parece adotar a teoria natalista e em um segundo momento a concepcionista.

Prova dessa dualidade é vista em arestos recentes da justiça brasileira, exemplificando: Em 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de apelação, julgou no sentido de reconhecer o direito a indenização do seguro DPVAT (Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres)¹⁸⁷ aos herdeiros legais, em virtude de um acidente automobilístico envolvendo mulher grávida que acarretou a morte do feto¹⁸⁸.

O apelante havia sustentando quanto a impossibilidade jurídica do pedido, pois, o nascituro não poderia ser considerado vítima de acidente de trânsito para fins estritos de indenização do seguro obrigatório, contudo, seu recurso foi desprovido e na própria ementa está presente a “Adoção da Teoria Concepcionista”¹⁸⁹.

A dualidade, no entanto, está presente na jurisprudência usada no relatório para sustentar a decisão. Fora usado um precedente do Superior Tribunal de Justiça, do REsp 1.120.676, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, em que o resultado fora parecido com o do caso supramencionado. Contudo, nas razões do voto condutor desse julgado, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino conceituou da seguinte forma: “O Código Civil Brasileiro, no art. 2º, concebe como necessário à aquisição da personalidade civil, o nascimento com vida (teoria natalista), resguardando, todavia, desde a concepção, os direitos do nascituro (teoria concepcionista)”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ O DPVAT no Brasil: “É o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou Não (Seguro DPVAT), criado pela Lei nº 6.194/74, com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, não importando de quem seja a culpa dos acidentes.” (SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *DPVAT*. [sem data] [consult. 8 dez 2021]. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/dpvat>)

¹⁸⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC: 70084873231 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 31/03/2021, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 17/06/2021

¹⁸⁹ “Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. DPVAT. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO. MORTE DE NASCITURO. NEXO CAUSAL COMPROVADO. 1. Acidente automobilístico envolvendo mulher grávida que acarreta a morte de feto. Reconhecimento do direito à indenização do seguro DPVAT aos herdeiros legais. **Adoção da Teoria Concepcionista.** (...)” (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ref 188, *online*) (Grifo nosso)

¹⁹⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ref 188, *online*



Nota-se que, o posicionamento final do referido ministro fora no sentido de defesa da teoria concepcionista, a dubiedade demonstrada foi **apenas** no sentido de citar duas teorias para se referir ao mesmo artigo.

Em continuação, o aludido ministro, no REsp 1.120.676 preceitua que a legislação brasileira civilista resguardou aos nascituros: direito aos alimentos gravídicos, penalização do aborto, direito à assistência pré-natal e outros direitos patrimoniais, como: doação; posse em nome do nascituro; percepção de herança ou legado¹⁹¹.

Dessa forma, trazendo à tona a questão da penalização do aborto, essa ocorre pelo diploma penalista adotar teoria concepcionista, assim como prevê indiretamente o aludido ministro.

Mister se faz salientar que a doutrina portuguesa também apresenta alguns defensores da teoria concepcionista. Ao analisar o julgado já mencionado (Acórdão nº 436/07.6TBVRL.P1. S1.), demonstra-se que essa decisão se embasou em alguns pareceres de doutrinadores simpatizantes a essa, além do supra indicado entendimento do art. 66.º, n.º 1, do CC, como se referindo à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica, vide entendimento do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos. O também citado na decisão, Prof. Diogo Leite Campos, reconhece que todo o ser humano é pessoa desde a sua concepção até a morte¹⁹².

Por conseguinte, se confere que a teoria concepcionista tem estado em relevante pauta na sociedade jurídica moderna, sendo alvo de entendimentos jurisprudências, como apontado.

Dessarte, assim como a discussão biológica acerca da gênese da vida não encontra uma absoluta definição, a doutrina da iniciação da personalidade jurídica igualmente não se encontra delineada.

Acerca do posicionamento adotado na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional que o Brasil é signatário e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, do qual Portugal se manifesta na mesma posição. Relembra-se que a doutrina também não é uníssona no que tange ao

¹⁹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.120.676/SC*, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07/12/2010, DJe 04.02.2011

¹⁹² PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3 abr 2014, *436/07.6TBVRL.P1. S1*. [consult. 10 jan 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>



primeiro, englobando doutrinadores defensores de ambas teorias (natalista e concepcionista), e no que concerne a segunda, ela se mantém silente e fornece uma margem de apreciação deixada aos Estados membros.

Conforme exposto alhures, os aludidos Ordenamentos Jurídicos contemplam o direito à vida como fundamental e inviolável. Dessa forma, mostrou se imperioso o destaque das definições do início da vida para fins de obtenção de personalidade jurídica.

O debate dessas teorias influencia diretamente em questões que tratem sobre o aborto. Por conta do caráter constitucional da vida, se busca a delimitação do início dessa. Nessa ótica, todos os ramos dos direitos devem ser interpretados segundo os ditames constitucionais. Afinal, a partir da norma pátria, se irradia os diversos ramos do direito¹⁹³. Não obstante, ao considerar a norma penalista, essa tem o objetivo de punir os delitos criminais que infrinjam as normas estabelecidas na Carta Magna.

Não ao acaso, que crimes contra a vida¹⁹⁴ ou que tem como resultante a morte tenham geralmente penas maiores, já que esses violam o direito à vida, esse em caráter fundamental na norma pátria.

Contudo, ainda que a Constituição dos aludidos ordenamentos proteja a vida, não define o princípio dessa a nível de personalidade jurídica¹⁹⁵. Essa tarefa é incumbida a norma infraconstitucional civilista¹⁹⁶. Porém, nota-se a falta de exatidão dessa, quando considerando a norma brasileira, existe uma dualidade expressa na literalidade da lei, e ao considerar a norma portuguesa, existem julgados e críticas quando a absoluta interpretação dessa.

¹⁹³ SUTTER, ref 4, p. 133.

¹⁹⁴ Ao considerar ambas normas penalistas, um dos crimes com pena mais rígida é o homicídio qualificado, sendo no Brasil com uma pena de até trinta anos e em Portugal até vinte e cinco anos. (BRASIL, ref 73, *online*; PORTUGAL, ref 74, *online*)

¹⁹⁵ Acerca da temática, o ministro Ayres Britto respondendo a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, levanta o aspecto de não constar na Constituição Brasileira o momento do início da vida humana: “numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do Homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ref 118, *online*)

¹⁹⁶ CAMPOS; COSTA, ref 162, p. 121.



Outrossim, os códigos penais de ambos ordenamentos em uma vista superficial adotam a teoria concepcionista, afinal, eles elencam o aborto como crime contra a vida (vida intrauterina, no exemplo português). Ainda que exista uma diferenciação na nomenclatura do rol, o que indaga alguns questionamentos e interpretações, ambos estão elencados no título dos crimes contra a pessoa.

Nesse momento, considerando tal afirmação, ao trazer hipóteses permissivas não estaria dessa forma o Código Penal em colisão ao preceituado pela Constituição, ou até em contradição ao próprio ao elencar o aborto como crime contra a vida - intrauterina, no título de crimes contra a pessoa?

Essa norma penalista é analisada em outra oportunidade nesse mesmo trabalho acadêmico, contudo antes dessa, se deve conferenciar a figura do aborto.



4 ASPECTOS RELEVANTES NA TEMÁTICA DO ABORTO

O capítulo anterior teve a missão de conceituar as teorias acerca do início da vida, tendo um maior destaque no direito civil do nascituro, fazendo uma referência ao princípio da personalidade jurídica desse. Tal explanação muito tem relação com o tratamento que o nascituro recebe na sociedade jurídica.

A falta de pacificação na matéria é algo notório, vários doutrinadores se manifestam de maneiras diferentes acerca da matéria, o que é resultado de muitos fatores que englobam a temática. O enfrentamento da discussão em torno do aborto nunca fora uma tarefa fácil, dessa maneira, se mostra necessário uma pormenorização de aspectos relevantes do instituto.

O presente capítulo tem o objetivo de explicar os aspectos históricos que muito enriqueceram os debates contemporâneos, com uma demonstração do tratamento do aborto nos tempos primórdios, que divergem de uma civilização a outra, não só nas noções morais, como até mesmo nos sujeitos.

Ademais, este trabalho tem o objetivo de conceituar o aborto, especialmente no que tange o enquadramento jurídico da matéria nos ordenamentos jurídicos analisados. O tratamento divergente citado acima é visto até os dias atuais, considerando as legislações discrepantes sobre a temática, conforme será demonstrado a seguir.

4.1 PANORAMA HISTÓRICO DO ABORTO

Desde os primórdios da história, a temática do aborto se apresenta como multifária e dificultosa. Consequentemente, ostenta uma gama distinta de tratamentos, legislações e penas para quem o praticava.

As atitudes em relação ao aborto eram e são influenciadas por questões interdisciplinares, como: crenças religiosas, costumes sociais e atitudes em relação às mulheres e à família. A evolução da sociedade contemporânea, veio



a diversificar por várias vezes esse cenário, o que ensejou em uma alternância na extensão da culpabilidade da prática¹⁹⁷.

A historicidade demonstra a antiguidade da temática, que foi praticada desde muito cedo, porém, conforme exposto alhures, ao longo dos tempos, o aborto teve um tratamento diferenciado¹⁹⁸.

A presente abordagem não tem o intuito de esgotar a matéria. O importante apontamento do panorama histórico, ainda que em síntese, se demonstra no sentido de visualizar que as convicções do passado em muito herdaram os conceitos que se viram ao longo da história, inclusive nos dias atuais, a ponto de que muitos ordenamentos ainda constam com rígidas legislações em torno da matéria.

4.1.1 Aspectos do direito romano

Ao adentrar no estudo da historicidade, em um primeiro momento, faz-se mister uma breve e específica análise do Direito Romano em virtude de sua larga importância e influência na gênese do direito de vários países, como os dos ordenamentos aqui investigados, Brasil¹⁹⁹ e Portugal²⁰⁰. Assim como, por conta de uma particularidade desse aspecto.

No capítulo anterior, ao tratar sobre as teorias da personalidade jurídica, uma dualidade fora demonstrada acerca dos documentos referentes ao direito romano. A partir de uma breve análise de diversos autores contemporâneos, se esbarra em uma particularidade, uma contradição.

Diversos são aqueles que destacam quanto ao fato de o direito romano não estabelecer personalidade ao nascituro, elencando-o apenas como uma parte da genitora, o que, transcrevendo suas palavras, não caracterizaria o aborto

¹⁹⁷ VARA, Inês Antunes. *O aborto e a criação de uma lei internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Lusíada de Lisboa, 2015, p. 7 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: http://repositorio.ulsiada.pt/bitstream/11067/2275/1/md_ines_vara_dissertacao.pdf

¹⁹⁸ VARA, ref 197, p.7

¹⁹⁹ CARDOSO, Regis de Andrade; MACHI, Andreza Cristina; SILVA, Danilo Ferraz Nunes da. *A herança do direito romano no direito brasileiro*. Revista Científic@ [em linha]. 2014, 2(1), 36–44, p.38 [consult. 6 nov 2021]. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/860/806>

²⁰⁰ FACULDADE DE DIREITO DE PORTO. *História do direito português/romano*. 2005 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/ucurr_geral.ficha_uc_view?pv_ocorrencia_id=141509



como uma conduta passível de punição, não ao menos o que tange a um direito próprio do nascituro²⁰¹.

Não obstante, doutrinadores como Silmara J. Chinellato destacam haver uma errônea afirmação de que no Direito Romano, o nascituro não era uma pessoa. A autora fazendo referência ao professor italiano Pierangelo Catalano, informa acerca da existência de uma paridade entre nascido e nascituro no direito romano²⁰².

Outrossim, afirma que os documentos que fazem referência ao condicionamento do nascituro como vísceras da genitora seriam meramente acerca da condição fisiológica desse e não da jurídica²⁰³.

Exemplificando a contradição existente nos documentos, Clóvis Beviláqua, em seu Projeto do Código Civil (brasileiro) e nos respectivos Comentários ao Código Civil de 1916, aponta quanto a existência de textos diversos no direito romano.²⁰⁴

O jurista brasileiro o faz apresentando trechos representativos acerca da contradição. Para uma melhor visualização, se demonstra alguns: [...] *partus antequam edatur mulieris portio est, vel visceram*²⁰⁵; “(Antes del parto, el feto es una parte de la mujer o de las vísceras)”²⁰⁶ e “*qui in utero est perinde ae si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus queritur*”²⁰⁷; “(Quien esta en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo)”²⁰⁸.

No entanto, o jurista elaborou um projeto no sentido de tratar a personalidade civil como existente desde a concepção, justificando inclusive,

²⁰¹ BALBINOT, Rachele A. A. *O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas*. Revista Sequência [em linha]. 2003, 1(46), 93-119, p. 97 [consult. 7 nov 2021]. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15293/13896>.

²⁰² ALMEIDA, Silmara Chinellato E. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. [sem data] [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/13/revista13%20\(11\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/13/revista13%20(11).pdf)

²⁰³ ALMEIDA, ref 203, *online*.

²⁰⁴ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL; BARROSO JUNIOR, SABINO. *Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional [em linha]. 1902 [consult. 12 nov 2021]. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>

²⁰⁵ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS.COMISSÃO ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL; BARROSO JUNIOR, SABINO, ref 204, *online*.

²⁰⁶ COLÍN, Alfredo Islas. *El aborto en el derecho romano*. [sem data] [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/625>

²⁰⁷ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS.COMISSÃO ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL; BARROSO JUNIOR, SABINO, ref 204, *online*.

²⁰⁸ COLÍN, ref. 206, *online*.



dentre outras, com a tipificação das leis penais do aborto como crime²⁰⁹. Dessa monta, se torna difícil a missão de apontar de forma absoluta um posicionamento relativamente ao direito romano e a condição do nascituro.

No que tange ao direito romano, ainda que há a existência dessa controvérsia acerca da condição do nascituro, o tratamento do aborto era diferente. Em um primeiro momento, as leis não tratavam da matéria²¹⁰ e geralmente, ao ser praticado o aborto, o agente ficava livre de punição quando essa ação não acarretasse óbito da mulher ou uma agressão à sua saúde²¹¹. Haviam até casos de autoaborto em nome de referenciais estéticos²¹².

Todavia, a partir do governo de Septímio Severo, o aborto passou a ser elencado como crime, porém, tal penalização tinha um cunho patriarcal, pois a vítima era o homem. O homem era considerado o principal interessado no produto da concepção, estando o aborto não permitido por ele em desacordo com o seu direito a ter descendentes²¹³.

4.1.2 Outros enquadramentos históricos

O Código de Hamurabi (1700 a.c) se demonstra como um dos mais antigos registros documentais jurídicos que citam a prática do aborto como ilícita, com penas que variavam de cunho pecuniário a morte²¹⁴. Essa criminalização ocorria no intuito de proteger os interesses do pai (e marido) e da saúde da mulher, e não existe qualquer menção ao resguardo do nascituro em virtude de um direito próprio²¹⁵.

Inobstante, a prática do aborto, pode ser encontrada em diversos trechos de documentos ainda mais antigos, como em um texto médico escrito pelo

²⁰⁹ CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa: o reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2012, p. 82. [consult. 18 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10198/1/TEXT0%20FINAL.pdf>

²¹⁰ BALBINOT, ref 201, p. 98.

²¹¹ BALBINOT, ref 201, p. 98.

²¹² MIKAEL-SILVA, Thiago; MARTINS, Alberto Mesaque. *A legalização do aborto no Brasil ao longo da história: avanços e desafios*. Revista venezolana de estudios de la mujer [em linha]. 2015, 20(44), 197-214.

²¹³ BALBINOT, ref 201, p. 98.

²¹⁴ SOUZA, Valdomiro José de. *O aborto no Brasil: um resgate das concepções morais católicas em contraposição aos grupos pró-aborto*. Revista Brasileira de História das Religiões [em linha]. 2009, 1(3), 1-13, p. 4. [consult. 18 nov 2021]. Disponível em: http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/rb/hr/o_aborto_no_brasil.pdf

²¹⁵ SOUZA, ref 214, p. 4.



imperador chinês Shen Nung entre 2737 e 2696 a.c, no qual havia uma menção a uma receita de um abortífero oral²¹⁶; e também em registros datados de 1850 a 155 a.c de papiros egípcios, que tratavam sobre uma gama de técnicas anticoncepcionais, que deixavam a ideia que uma vez falhando essas, o aborto ocorria²¹⁷.

A autora do livro *História do Aborto*, Giulia Galeotti afirma que até meados do século XVIII, o aborto era uma coisa de mulheres e geralmente entre mulheres, pois com o entendimento romano — há controvérsias, como as citadas anteriormente — do nascituro como uma parte do corpo da mãe, a gravidez era entendida como uma alteração momentânea no corpo feminino²¹⁸.

Além do que, geralmente, apenas outras mulheres faziam parte de todo o procedimento, fosse no âmbito dos conselhos, do parto ou do auxílio ao aborto²¹⁹. Outrossim, na falta de avanços tecnológicos, era a própria mulher em um estado já avançado, que descobria acerca da gravidez através de sinais, principalmente o movimento dentro da barriga²²⁰.

O entendimento do aborto como uma questão feminina tinha grande relação ao fato cultural que naqueles idos à maternidade era a principal missão das mulheres, inclusive seu valor era determinado pela sua fertilidade²²¹.

Na Grécia antiga, as opiniões acerca do aborto eram diversas pelos principais pensadores da época. Sócrates preconizava às parteiras que o aborto seria facilitado nas mulheres que assim desejassem²²². Por sua vez, Platão adotava o posicionamento eugênico de que o aborto deveria ser necessário para as mulheres com mais de 40 anos que procriassem. Aristóteles, discípulo de Platão, preconizava o aborto como um método de planejamento familiar, para manter estáveis as populações²²³, esse ocorrendo antes da obtenção de alma²²⁴.

²¹⁶ SOUZA, ref 214, p. 4.

²¹⁷ SOUZA, ref 214, p. 4.

²¹⁸ GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Portugal: 70, 2007, p. 26.

²¹⁹ GALEOTTI, ref 218, p. 29.

²²⁰ GALEOTTI, ref 218, p. 30.

²²¹ GALEOTTI, ref 218, p. 26.

²²² SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum. [em linha]. 1994, 4(2), 12–17 [consult. 5 nov 2021]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/38134/40867>, p. 19.

²²³ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 19.

²²⁴ BORGES, Indiana Velho. *O aborto e o direito constitucional à vida*. Monografia, Universidade de Caxias do Sul, 2020, p. 15. [consult. 5 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/x>



Em outra órbita, Hipócrates²²⁵, considerado o pai da medicina moderna, em seu juramento que tradicionalmente é usado pelos médicos no momento da formatura, prevê: “Mesmo instado, não darei droga mortífera nem a aconselharei; também não darei pessário abortivo às mulheres”²²⁶. Dessa forma, Hipócrates, se manifesta contrário a prática do médico fornecer a mulher um instrumento abortivo.

Mais uma vez diante de um ideal patriarcal, os Gauleses entendiam o aborto como um direito natural do pai, que teria o livre arbítrio e autoridade para decidir coisas referentes a sua família, como a vida ou a morte de seus filhos, fossem eles nascidos ou não²²⁷. Em Esparta, uma sociedade guerreira, considerava os interesses bélicos para motivar a proibição do aborto²²⁸.

Dentre os povos hebreus, o livro do Êxodo (capítulo V, versículo 21:22), em virtude de uma alta consideração religiosa a fertilidade, há uma previsão de multa pecuniária ao homem que fizesse uma mulher grávida se ferir e ocasionando na destruição do fruto de seu ventre, o marido dessa deveria receber uma indenização. Mas, se como resultado dessa violência a mulher viesse a morrer, o culpado responderia com a sua vida²²⁹.

Outros povos, como os assírios, tinham penalizações implacáveis a quem praticasse o aborto, fosse um terceiro ou uma mulher sem a permissão do marido. Esse primeiro era punido com a morte se a mulher que abortou não tivesse outros filhos e essa segunda, recebia como pena a empalação, que resultava em morte igualmente²³⁰. Por outro lado, alguns povos antigos como pertencentes a Índia, China ou Pérsia, admitiam a prática do aborto²³¹.

Mister se faz salientar, que até esse instante, os momentos mencionados acima puniam o aborto por motivos coletivos, por ofensa aos direitos do chefe da família ou por falecimento da gestante. Ainda que havendo menções a alma

mlui/bitstream/handle/11338/6383/TCC%20Indiana%20Velho%20Borges.pdf?sequence=1∓isAllowed=y,

²²⁵ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 19.

²²⁶ ORDEM DOS MÉDICOS PORTUCALENSES. *Juramento de Hipócrates*. [sem data] [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.pdf

²²⁷ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 19.

²²⁸ SOUZA, ref 214, p. 4.

²²⁹ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 19.

²³⁰ BAYER, Georgeana Darius Avila. *O aborto eugênico e a possível previsão legal*. Monografia, UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, 2010, p. 15 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6327/1/101417_Georgeana.pdf

²³¹ MARTINHO, Priscilla de Almeida. *Interrupção voluntária da gravidez: um direito da mulher e uma questão de saúde pública*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2018, p. 7

do nascituro, não haviam proibições expressas no sentido de resguardar a vida desse²³².

Posto que, a questão religiosa e tecnológica veio a mudar esse panorama. Em um primeiro momento, o desenvolvimento do cristianismo modificou o entendimento quanto ao aborto e esse passou a ser uma ofensa ética e um ato condenável diretamente contra a vida do feto, o fruto da obra divina²³³.

Ainda que não unânime durante todo o período histórico, a corrente majoritária entre os cristãos entende que a vida começa na concepção (tal posicionamento perdura até os dias atuais). Essa falta de unanimidade citada decorria em virtude da existência de teorias acerca da animação tardia do nascituro²³⁴.

A teoria de animação consistia na crença que o nascituro não tinha alma até um dado momento (quarenta dias para meninos e oitenta para meninas). A priori, era moralmente condenado o aborto a partir dessa fase²³⁵, pois afinal, a destruição do nascituro neste interregno gravídico ensejava em um pecado contra a semente que iria perpetuar a vida²³⁶.

No entanto, aos defensores dessa tese, ao considerar a fase incipiente, o aborto não era punido a semelhança ao homicídio, somente após a infusão da alma. Tal tese tinha o embasamento de São Tomás de Aquino, um teólogo medieval de enorme influência²³⁷.

A partir da aceitação do ideal cristão, as legislações penais passaram a tratar o aborto em convergência ao pensamento da Igreja. O aborto criminalizado considerando aspectos do nascituro estava presente na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, legislação alemã que em semelhança aos preceitos religiosos, fazia uma distinção baseada na teoria da animação tardia e diferenciava as espécies penais²³⁸.

No caso do nascituro inanimado, as penas eram atenuadas e o castigo casuístico arbitrado. Por outro lado, considerando o nascituro animado, a pena poderia ser até de morte²³⁹.

²³² BALBINOT, ref 201, p. 96.

²³³ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 20.

²³⁴ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 20.

²³⁵ BALBINOT, ref 201, p. 99.

²³⁶ GALEOTTI, ref 218, p. 63.

²³⁷ SCHOR; ALVARENGA, ref 222, p. 20.

²³⁸ GALEOTTI, ref 218, p. 22.

²³⁹ GALEOTTI, ref 218, p. 22.



Além do mais, a legislação trazia uma diferenciação do crime a ser realizado por terceiros ou pela mulher — distinção essa que perdura nos dias atuais nas legislações — assim como, nos métodos abortivos e nas possibilidades atenuantes nas motivações do aborto²⁴⁰.

Em suma, especialmente considerando a questão religiosa, as repercussões foram notórias e as legislações equiparam o aborto ao homicídio²⁴¹.

Em um primeiro momento a legislação civil não tinha uma referência autônoma da questão e seguia os preceitos religiosos, ou seja, conforme exposto alhures, havia a questão da animação do nascituro como apaziguadora para abortos realizados em um dado momento²⁴².

Não obstante o cristianismo nascente considerar o aborto como uma espécie de homicídio, foi com os progressos científicos que fora efetivamente visualizada a individualidade do nascituro. A gravidez passou a ser vista como a existência de duas entidades autônomas, o nascituro e a gestante²⁴³.

Acrescenta-se o fato que durante o período do iluminismo, até por conta dos avanços tecnológicos ocorridos no mesmo século, houve uma valência pública e um novo protagonismo foi deslumbrado. A mulher grávida deixa de ser apenas a esposa do cidadão, mas também uma propriedade do Estado, tendo em vista sua importância no crescimento numéricos de cidadãos, que podem vir a ser soldados, contribuintes e trabalhadores, tutelando o nascituro como um valorativo político²⁴⁴.

Na obra *História do Aborto*, a autora afirma que a partir do Código Penal francês de 1810, houve a identificação da maioria dos códigos no sentido de elencar o aborto como um crime contra vida. No entanto, o Código Penal sardo italiano de 1859 englobava-o em um diferente rol, o de crimes contra a ordem da família²⁴⁵.

²⁴⁰ GALEOTTI, ref 218, p. 90.

²⁴¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Interrupção da gravidez: uma questão de direitos humanos*. Revista da EMERJ [em linha]. 2010, 13(50), 191–219, p. 195 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_191.pdf

²⁴² GALEOTTI, ref 218, p. 90.

²⁴³ GALEOTTI, ref 218, p. 90.

²⁴⁴ GALEOTTI, ref 218, p. 95.

²⁴⁵ GALEOTTI, ref 218, p. 108.



A autora aponta as teorias doutrinárias acerca desse tipo penal, apontando as duas mais importantes para explicar o bem que as normas pretendiam tutelar, são essas: o aborto como um ato lesivo contra a vida do nascituro e aborto como uma investida ao interesse da coletividade, sem alusão alguma a pessoa²⁴⁶.

Acerca da segunda, alguns consideravam o alto nível de letalidade da mulher durante o aborto, outros consideravam o interesse na ordem da família e por fim, uns creditavam essa teoria como uma referência e legítima expectativa da sociedade um cidadão novo²⁴⁷.

Em suma, nesse período o aborto era um ato atentatório contra o Estado no que tange o seu desenvolvimento, não só o aborto, como também medidas contraceptivas. Afinal, entendiam que o crescimento demográfico como um indicativo de desenvolvimento²⁴⁸.

Uma política um pouco após esse período que se distinguia em parte desse ideal, se demonstra no governo nazista na época da Segunda Guerra Mundial, pois apesar de a priori haver uma condenação a aqueles que praticassem o aborto, já que havia uma política encorajando a natalidade de descendentes puramente arianos, por outro lado havia o entendimento de encorajar o aborto naquelas que eram consideradas de raça inferior. Havendo, inclusive uma perversa esterilização eugênica forçada para esse fim²⁴⁹.

Naqueles idos, a França que havia introduzido normas mais duras contra a prática, afirma que o aborto além de crime contra a pessoa, seria também um atentado ao povo francês. Usando isso como justificativa, a parteira Marie-Louise Giraud após efetuar 26 abortos, teve a pena de morte de ser guilhotinada²⁵⁰ e depois desse acontecimento a pena de morte fora substituída por outras penas²⁵¹.

Ainda que proibido, os abortos clandestinos continuaram a acontecer e muitas mulheres morriam das intervenções realizadas por si próprias ou por parteiras²⁵².

²⁴⁶ GALEOTTI, ref 218, p. 108.

²⁴⁷ GALEOTTI, ref 218, p. 108.

²⁴⁸ GALEOTTI, ref 218, p. 110.

²⁴⁹ GALEOTTI, ref 218, p. 112.

²⁵⁰ GALEOTTI, ref 218, p. 113.

²⁵¹ CARVALHO, Marilza Simonetti de; POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. *O direito à liberdade feminina na decisão pelo aborto: uma análise circular da n. 46/2013 do Conselho Federal de Medicina à luz dos direitos da personalidade*. [sem data] [consult. 14 out 2021]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d060abe1e38ab17>

²⁵² GALEOTTI, ref 218, p. 118.



Após esse contexto e até o final do século XX, o Estado tutelava cada vez mais os direitos do nascituro. Todavia, a partir dos anos 70 o aborto passou a ser abordado com menor rigor punitivo, assim como, passaram a tutelar os direitos das mulheres, o que aconteceu em grande parte por mudanças no campo social, como o conceito feminista da autodeterminação das mulheres²⁵³.

Mister se faz salientar que antes dos anos 70, já haviam casos de discussão de descriminalização. Inclusive, uma das primeiras referências da época ocorreu nos anos 20 na União Soviética, que despenalizou a prática até o primeiro trimestre da gravidez, no entanto, essa política fora interrompida em 1936 em virtude da política de natalidade. Ademais, alguns países escandinavos também foram mais receptivos a despenalização²⁵⁴.

No entanto, foi a partir das décadas de 1960 e 1970 até os dias de hoje, que também pelos motivos sociais já citados anteriormente, houve um alargamento de nações legalizando a prática, cada uma com seus próprios preceitos. Exemplificando o citado: a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973 em sede do caso *Roe versus Wade* e em nome do direito à privacidade, “proferiu a decisão que declarou inconstitucional qualquer lei que proibisse a interrupção voluntária da gravidez até o segundo trimestre de gestação”²⁵⁵.

Hodiernamente, de acordo com a *Center for Reproductive Rights* (organização global de defesa legal que busca promover os direitos reprodutivos), 24 países se enquadram na categoria da proibição do aborto em qualquer circunstância, até quando a vida ou a saúde física/mental da mulher estiver em risco²⁵⁶.

Ademais, nos lugares em que espécies do aborto são descriminalizadas ou despenalizadas, há divergência no que tange ao grau de permissibilidade. Ilustrando o exposto, ao considerar a América do Sul, cinco lugares tem o aborto voluntário permitido por solicitação, no entanto, cada um respeita um limite gestacional²⁵⁷.

²⁵³ GALEOTTI, ref 218, p. 23.

²⁵⁴ CARVALHO; POMIN, ref 251, *online*.

²⁵⁵ MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. *Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais*. Universitas Jus [em linha]. 2007, 1(18), 1-79 [consult. 11 set 2021].

²⁵⁶ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws - center for reproductive rights*. Center for Reproductive Rights [em linha]. [sem data] [consult. 10 abr 2022]. Disponível em: <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>

²⁵⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, ref 256, *online*.



Conforme expresso, cinco nações do continente sulamericano respeitam um modelo de prazos diferente. Colômbia, no início de 2022 teve uma decisão da corte constitucional do país no sentido de permitir a interrupção até a 24^a semana; Argentina que teve grandes mudanças legislativas em 2021, permite a interrupção até a 14^a semana; Uruguai até a 12^a, assim como a Guiana Francesa e por fim, na Guiana é permitida até a 8^a semana²⁵⁸.

No Brasil, conforme pormenorizado em breve, o aborto só é permitido em casos de estupro ou quando a vida da mãe estiver em risco iminente, além da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo²⁵⁹.

Sob outra perspectiva, Portugal desde 2007, permite o aborto voluntário em qualquer circunstância da escolha da mulher, respeitando o limite legislado em 10 semanas de gravidez²⁶⁰.

Assim sendo, conforme explanado na primeira parte do presente capítulo, o aborto tem um largo e vasto conteúdo histórico, muitas foram as formas que esse foi tratado ao longo dos séculos.

Em um dado momento, a mulher decidia naturalmente por se tratar de uma questão feminina, já que seu dever era a maternidade. Em outros momentos, várias foram as ressalvas, fossem as considerando o controle da natalidade a fim de crescimento demográfico, fossem as com cunho religioso de proteção da vida divina ou fossem as para a proteção do homem, a nível patriarcal. O que demonstrou a diversidade de noções acerca da temática²⁶¹.

Como evidenciam a atualidade, a temática ainda deve ser estudada e esmiuçada, afinal, conforme supracitado, recentemente a Argentina e a Colômbia mudaram seus preceitos que em muito se assemelhavam aos do Brasil²⁶², para um contexto mais liberal que Portugal, por exemplo, ordenamentos esses que ainda serão estudados.

²⁵⁸ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, ref 256, *online*.

²⁵⁹ BRASIL, ref 73, *online*.

²⁶⁰ PORTUGAL, ref 74, *online*

²⁶¹ GALEOTTI, ref 218.

²⁶² LUSA. *Senado da Argentina aprova projeto-lei sobre interrupção voluntária da gravidez*. DN [em linha]. 30 dez 2020 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://www.dn.pt/internacional/senado-da-argentina-aprova-projeto-lei-sobre-interruptcao-voluntaria-da-gravidez-13182169.html>

4.2 PANORAMA CONCEITUAL DO ABORTO

Antes de adentrar os méritos dos aspectos normativos dos ordenamentos supracitados, necessário uma conceituação da matéria, a fim de um melhor entendimento.

A palavra aborto tem origem no latim, vem da palavra *abortus*, ou seja, no sentido etimológico advém da privação e afastamento do nascimento²⁶³. Aponta-se que na doutrina é possível vislumbrar uma diferenciação técnica entre os termos do aborto e abortamento, ainda que costumeiramente sejam utilizados como sinônimo²⁶⁴.

Enquanto o abortamento tem um sentido técnico, que aponta a ação de abortar, o termo aborto seria o resultado desse ato, ou seja, o fruto da concepção interrompida. No entanto, não só na doutrina, como nas legislações, dicionários e em conversas usuais, ambos acabam sendo utilizados como sinônimos, em virtude de um vício de linguagem elencá-las no mesmo sentido²⁶⁵. Importante mencionar que no presente, o termo aborto é utilizado nesse entendimento amplo de utilizá-los como sinônimos.

Nesse diapasão, aqui se referindo, o aborto é a interrupção da gravidez, resultando em uma terminação do fruto da concepção (ovo, embrião ou feto)²⁶⁶. E pode se dividir em espécies: espontâneo/natural, acidental, provocado criminoso e voluntário legal ou permitido²⁶⁷. Ainda que no presente estudo acadêmico os últimos dois tenham uma maior relevância, a fim de enriquecer o debate, se explica todos.

4.2.1 Espécies de aborto

O aborto espontâneo ou natural consiste na interrupção não provocada por fatos externos, geralmente ocorrem em virtude da saúde da mulher ou do nascituro e não tem relevância jurídica no âmbito criminal. Em semelhança ocorre com o aborto acidental, quando por atos alheios a vontade da gestante

²⁶³ JESUS, ref 1, p. 151

²⁶⁴ JESUS, ref 1, p. 151

²⁶⁵ BACELAR, Simônides. *Questões de linguagem médica: aborto ou abortamento?* 2009 [consult. 9 set 2021]. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/27467>

²⁶⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Judicialização do aborto: o direito em caminhos tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020, p. 92.

²⁶⁷ JESUS, ref 1, p. 151



ou de terceiros, ocorre o abortamento, vide uma queda da gestante ou um acidente de carro²⁶⁸.

Um curioso fato acompanha essa segunda espécie supracitada. O crime do aborto, no que tange os ordenamentos do Brasil²⁶⁹ e Portugal²⁷⁰, não admite a modalidade culposa, ou seja, mesmo em se tratando de uma conduta advinda de negligência, imperícia ou imprudência (como em um acidente de carro por alta velocidade), esse não será tipificado nessa figura. Dessa forma, é necessário o dolo para se caracterizar o crime.

Essa peculiaridade se manifesta na diferenciação do aborto para o homicídio, afinal, embora ambas figuras versem sobre a proteção do mesmo bem jurídico, em estágios diferentes, elas têm tratamentos muito diferenciados nas legislações²⁷¹.

Como exposto, o homicídio prevê a modalidade culposa e o aborto não. Dessa monta, o aborto acidental, bem como o espontâneo, não tem relevância jurídico-criminal, podendo esse primeiro apenas dar origem a compensações na esfera da responsabilidade civil²⁷².

Em outra órbita, o aborto provocado criminoso, o próprio nome identifica a sua tipificação, isto posto, trata-se quando provocado intencionalmente por alguém, seja ele um terceiro ou a própria gestante e que consta na normal penal como conduta típica²⁷³.

Essa figura, de grande relevância jurídica e aqui presente, deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, como o da inviolabilidade do direito à vida. Especialmente, pois conforme exposto alhures nas legislações aqui estudadas, o sujeito do crime do aborto é o nascituro, ao passo que está elencado no rol de crimes contra a vida ou vida intrauterina (ainda que a gestante também fosse figurar, quando não for um aborto consentido) e no título de crimes contra a pessoa²⁷⁴.

²⁶⁸ JESUS, ref 1, p. 151

²⁶⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. *Do relativismo ético e jurídico do aborto quando da realização da redução embrionária*. Revista Jurídica Cesumar. 2012, 12(2), 553–578, p. 562

²⁷⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. 15 maio 2013, 1053/10.9T3AVR.C1. [consult. 14 ago 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4696950e98c6d72a80257ba4004c1970?OpenDocument>

²⁷¹ BOLAS, ref 82, p. 16

²⁷² BOLAS, ref 82, p. 16

²⁷³ CABETTE, ref 266, p. 92.

²⁷⁴ CABETTE, ref 266, p. 94.

Apesar de existirem entendimentos de que o nascituro seria um mero objeto do crime e o sujeito seria apenas o Estado ou a gestante, quando assim não consentir, esta tese se trata de uma corrente minoritária²⁷⁵.

Importante mencionar, que tanto a doutrina portuguesa²⁷⁶ quanto a brasileira, identifica o entendimento majoritário que o nascituro só pode ser vítima do crime do aborto²⁷⁷. Ainda que existam entendimentos diversos, não está ele sujeito ao crime da lesão corporal, por exemplo. Considerando a interpretação da norma penal a luz dos preceitos constitucionais, se demonstra necessário uma explanação. A função do direito penal se manifesta no sentido de proteger os bem jurídicos que advém da norma magna²⁷⁸. Isto posto, a tipificação do aborto ocorre no intuito de proteger um bem jurídico, sendo conforme interpretação das normais penais por ora analisadas, a vida.

Por conseguinte, a norma penal será apontada de maneira mais teórica no próximo capítulo, no entanto se antecipa que a lei é um instrumento para garantir o funcionamento da sociedade, favorecendo os mais rudimentares direitos e liberdades²⁷⁹. Dessa maneira, gera o questionamento do paradigma existente na figura do aborto criminoso, afinal, se esse é elencado como um crime contra a vida, no título dos crimes contra a pessoa, sendo um bem jurídico tutelado nas constituições — ainda que nem a brasileira ou portuguesa faça referência da gênese da vida — como podem existir hipóteses permissivas no mesmo diploma?

Tal abordagem traz a margem a última espécie do aborto, o voluntário legal ou permitido, esse sendo subdivido em algumas subespécies. Essa figura corresponde aos permissivos legais para a interrupção da gravidez. Essa que traz a discussão da descriminalização/despenalização da prática.

Preliminarmente antes da pormenorização da figura proposta, dois conceitos semelhantes (descriminalização e despenalização), muitas vezes aplicados em uma mesma acepção, devem ser esclarecidos. Embora utilizados

²⁷⁵ CABETTE, ref 266, p. 94.

²⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *Aqueles que nasceram: breve excuroso sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais*. Organizado por Manuel da Costa ANDRADE et al. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1070.

²⁷⁷ CABETTE, ref 266, p. 94.

²⁷⁸ AMORIM, José de Campos. *Contributos para uma reflexão em torno do conceito de estado de direito*. IPP/ISCAP [em linha]. 2017, p. 4 [consult. 4 set 2021]. Disponível em: https://www.iscap.pt/cei/e-rei/n5/artigos/Jose-Amorim_Estado-de-Direito.pdf

²⁷⁹ AMORIM, ref 278, p. 4.

como sinônimos, é possível encontrar uma distinção desses termos na doutrina brasileira.

Dessa forma, ao considerar a semântica, descriminalização consiste em retirar o caráter criminoso de alguma conduta²⁸⁰, por sua vez, a despenalização consiste em uma exclusão de pena²⁸¹, inclusive a doutrina brasileira entende a segunda como uma substituição da pena privativa de liberdade por de outra natureza²⁸².

A fim de elucidar o exposto, o STF em 2007, em sede de recurso extraordinário com o fim de estabelecer a natureza jurídica do porte de substância entorpecente para uso próprio, que a época acabara de ser legislada pela nova lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), afirmou que o art. 28 da referenciada lei “despenalizava” a prática por conta da exclusão das penas privativas de liberdade, todavia, não ocorria o *abolitio criminis*²⁸³.

A explanação do assunto mereceu um certo destaque, pois ao considerar as hipóteses permissivas dentro do aborto, muito se esbarra em ambos os termos. Contudo, considerando as duas legislações destaque do presente estudo, deve se ressaltar que a expressão usual “descriminalizar ou despenalizar o aborto” talvez esteja equivocada, uma vez que ambos ordenamentos, o aborto como gênero — ou seja, de forma amplificada — não deixou de ser crime por completo ou isento de penas, havendo um limite para esse.

Ao considerar a legislação brasileira, apenas as espécies necessária e sentimental são permitidas, assim como, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo²⁸⁴. Em contrapartida, a legislação portuguesa conta com hipóteses mais liberais, a gestante pode interromper sua gestação por uma escolha pessoal, no entanto, está atrelada aos limites gestacionais impostos na lei, o que está dentro do chamado modelo de prazos (10 semanas)²⁸⁵.

Dessa maneira, um exemplo de uma legislação que efetivamente descriminalizou a prática em sua amplitude se demonstra o Canadá. A Suprema

²⁸⁰ DICIO. Descriminalização. *Dicio* [em linha]. [sem data] [consult. 10 out 2021]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/descriminalizacao/>

²⁸¹ DICIO. Despenalizar. *Dicio* [em linha]. [sem data] [consult. 10 out 2021]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/despenalizar/>

²⁸² AMORIM, Flávio Alexandre. *Lei de drogas: despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e o princípio da dignidade humana*. Monografia, UniEvangélica, 2019, p. f

²⁸³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 13 fev 2007, 430.105-9. [consult. 15 set 2021].

²⁸⁴ BRASIL, ref 73, *online*.

²⁸⁵ PORTUGAL, ref 74, *online*



Corte do país decidiu em 1988 por julgar inconstitucional a norma que proibia a prática. Dessa maneira, o aborto não encontra limitações para ser realizado, não existe sequer um modelo de prazos. No entanto, os mecanismos de regulação variam, ou seja, nem toda província tem a mesma gama de acesso, possibilidades ou custos²⁸⁶.

Mister se faz salientar que para considerar a semântica dos termos supracitados, o correto talvez seria — ainda que os utilizando como sinônimos — fazer uma especificação. Nesse diapasão, se mostra mais explicativo utilizar como aconteceu na pergunta realizada no referendo ocorrido em Portugal em 2007: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”²⁸⁷.

No entanto, entende-se que o senso comum utiliza essa terminologia usualmente com o fim de não necessariamente explanar acerca da extinção por completo da figura do aborto na norma penal e sim, das possibilidades permissivas existentes. Dessa forma, nesse trabalho será utilizada esse senso comum de utilizá-las como sinônimos, assim como, de utilizar para se referenciar a hipóteses mais permissivas e não necessariamente na exclusão por completo do instituto na norma penal.

Uma vez explanado o supracitado e em regresso a proposta primária, a espécie referente ao aborto voluntário ou legal tem subespécies diferenciadas, não só nos ordenamentos analisados, mas também ao longo do globo²⁸⁸.

Ao considerar a norma penalista brasileira e portuguesa, o aborto necessário não é criminalizado. Esse formato, também chamado de terapêutico, tem como objetivo o resguardado da saúde da gestante. Diante disso, no Brasil ele é empregado apenas em situações de risco iminente de vida, se manifestando como a única forma de salvar a gestante²⁸⁹.

Em Portugal, ele é empregado na mesma circunstância, todavia, considera-se também o perigo de irreversível lesão a saúde da mulher. Assim como quando

²⁸⁶ SHAW, Dorothy; NORMAN, Wendy V. *When there are no abortion laws: A case study of Canada*. Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology [em linha]. 2020, **62**, 49–62. ISSN 1521-6934 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em:

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31281015/>

²⁸⁷ SANTOS, Bs et al. *Cometi um crime? Representações sobre a (i)legalidade do aborto*. Ciência & Saúde Coletiva [em linha]. 2012, **17**(7), 1923–1932, p. 1923 [consult. 13 out 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/dqvs8smPzYnHxykJK74m8qc/?format=pdf&lang=pt>

²⁸⁸ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, ref 256, *online*.

²⁸⁹ JESUS, ref 1, p. 151



houver uma mera indicação (e não necessariamente for o único meio) de ambos, no entanto estando esse último atrelado ao limite gestacional de 12 semanas²⁹⁰.

O aborto necessário traz à tona a discussão citada anteriormente acerca da colisão dos direitos fundamentais, à medida que, por um lado está o direito à vida da mulher e em outro o direito à vida do nascituro, caso esse último seja entendido como vida jurídica.

Os ordenamentos jurídicos que escolhem por descriminalizar essa espécie e que entendem o nascituro como vida, indiretamente afirmam que ainda que se trate do mesmo bem jurídico, o nascido e o não nascido não tem a mesma valoração, o que demonstra a relatividade da matéria²⁹¹.

Frisa-se, por oportuno, que a relatividade citada no parágrafo anterior tem íntima ligação com a forma que as normas penalistas por ora analisadas catalogam o crime do aborto. As normas referenciadas elencam o aborto como um atentado ao direito à vida/vida intrauterina.

Diante dessa afirmação, se extrai que essas concedem uma vasta proteção a vida intrauterina. Porém, há uma diferenciação importante, uma vez que a norma portuguesa faz uma distinção, havendo dessa maneira uma autonomia a tutela da vida intrauterina, o que inclusive é uma tese defendida pelo Tribunal Constitucional do país.²⁹²

Porém, apesar dessa diferenciação, uma outra importante similaridade é encontrada na norma penal, de forma a apontar quanto a adoção de uma teoria concepcionista, ou seja, defendendo o nascituro como detentor de direitos, o título em que as normas estão capituladas, inseridas e rotuladas é “dos crimes contra a pessoa”.

Em prosseguimento, o aborto necessário segundo a doutrina brasileira se manifesta como um estado de necessidade (art. 23, I e 24 do Código Penal), visto que advém de uma prática delitativa que se revela necessária a fim de

²⁹⁰ “Artigo 142.º Interrupção da gravidez não punível. 1 - 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:

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;” (PORTUGAL, ref 74, *online*)

²⁹¹ BOLAS, ref 82, p. 17

²⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal, parte especial, tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 224



resguardar um bem jurídico, ainda que afetando outro. Logo, se enquadrando em uma espécie de excludente de ilicitude²⁹³.

Outra espécie de aborto legal comum entre Portugal²⁹⁴ e Brasil²⁹⁵ se manifesta na figura do aborto sentimental, dotado de caráter humanitário. Consiste em uma hipótese permissiva quando a gravidez for resultante de um crime bárbaro de teor sexual, vide crimes contra a liberdade sexual, como o estupro²⁹⁶.

Essa previsão supracitada vislumbra a uma primeira vista uma proteção de outro direito fundamental de máxima proteção que assim como o direito à vida, se trata de um dos alicerces de um Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana.

No entanto, ainda que a afirmação acima seja verdadeira, outro direito costuma ser negligenciado quando se discute acerca dessa figura. Conforme exposto alhures, o direito à vida não trata apenas sobre o sentido biológico físico, mas também o psíquico. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, ainda que se manifestem de maneiras individuais, são na verdade um conjunto.

Os crimes de natureza sexual, não são condenáveis apenas pelo teor físico violento, mas também o psíquico. A dignidade da pessoa humana, considerando a temática, contém os atributos do respeito ao indivíduo em sua autonomia de vontade e a reserva da sua integridade física e moral. Esses são desrespeitados quando a dignidade sexual é violada²⁹⁷.

Isto posto, a legalidade do aborto sentimental ocorre para limitar a extensibilidade do dano no qual a mulher já fora inserida em virtude da violência

²⁹³ MAMELUQUE, Leopoldo. *Do estado de necessidade no direito penal brasileiro e no direito penal comparado*. Dissertação de mestrado, UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2011, p. 129 [consult. 19 out 2021]. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/B_UOS-8MQGNK/1/disserta__o_leopoldo_mameluque.pdf

²⁹⁴ "Artigo 142.º Interrupção da gravidez não punível. 1 – (...) quando:

d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas." (PORTUGAL, ref 74, *online*)

²⁹⁵ "Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal". (BRASIL, ref 73, *online*)

²⁹⁶ JESUS, ref 1, p. 152

²⁹⁷ ALMEIDA, Sávio Silva de. Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito* [em linha]. 2017, 2(6), p. 197, 198 [consult. 27 out 2021]. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/27925/18380>

que sofreu, ou seja, além do atento sexual em si, senão houvesse essa hipótese permissiva, ainda teria de passar no mínimo os próximos meses com o fruto dessa violência. Dessa maneira, essa figura tem o condão de preservar a saúde mental (o direito à vida no que tange o estado psíquico), a dignidade da mulher e também sua liberdade²⁹⁸.

No entanto, existem vozes que se manifestam como críticas a legalidade dessa, esses considerando a teoria concepcionista afirmam que o nascituro não deve ser condenado por algo que não deu causa. Esses juristas entendem que essa legalidade deva ser afastada em nome da proteção do direito à vida do nascituro²⁹⁹.

Frisa-se, por oportuno, que ainda que em posição minoritária, também há teorias no sentido de criticar a existência do já citado aborto necessário, com o mesmo fundamento de defesa da inviolabilidade do direito à vida³⁰⁰.

Em continuação as espécies do aborto, uma delas não tem o mesmo tratamento em ambas legislações. O polêmico aborto eugênico é aquele praticado em virtude da condição de saúde do nascituro e ocorre devido a previsão de condições graves que acometeriam àquele. Algumas são as correntes doutrinárias acerca desse último³⁰¹.

A primeira polêmica sobre a espécie supracitada se manifesta com a força datada pela sua nomenclatura, tendo em vista que o termo eugenia faz alusão a ideologia nazista que prezava pelo extermínio em massa, em busca de uma raça supostamente superior. Dessarte, há uma mudança no sentido de retirar o termo eugenia, substituindo-o por seletivo ou terapêutico³⁰².

A outra questão se manifesta no campo ético, além da possível aproximação com o termo antes citado, através de uma seleção de indivíduos com melhores características. Há também no sentido de trazer uma carga

²⁹⁸ COSTA, Raphael Mendonça. *Tipos de aborto legal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 2017, 12(1), 243–264, p. 255.

²⁹⁹ SUTTER, ref 4, p. 121

³⁰⁰ SUTTER, ref 4, p. 120

³⁰¹ CANÁRIO, Catarina; FIGUEIREDO, Bárbara; RICO, Miguel. *Abortamento: enquadramento legal, deontológico e perspectiva ética*. Acta Med Port [em linha]. 2011, 24(4), 791–798, p. 795 [consult. 17 jan 2022]. Disponível em: [http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/270/2/2020%20Canário%20Figueiredo%20%20Rico%20\(2011\)%20Acta%20Médica%20Portuguesa.pdf](http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/270/2/2020%20Canário%20Figueiredo%20%20Rico%20(2011)%20Acta%20Médica%20Portuguesa.pdf)

³⁰² TORTOLA, Renata Sales; PESSOA JÚNIOR, Jeferson dos Reis. O direito fundamental à vida do nascituro com microcefalia e sua relação com o aborto eugênico. 2021, p. 7 [consult. 23 out 2021]. Disponível em: <http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/754/745>



negativa aos doentes e/ou pessoas com deficiência já nascidos, intensificando a questão discriminatória e entrelinhas declarando o não valor desses para a sociedade³⁰³.

Ademais, há correntes doutrinárias no sentido de colocar no mesmo patamar o aborto eugênico e a antecipação terapêutica do parto (em virtude de fetos inviáveis)³⁰⁴. No entanto, acerca do tema, se pode encontrar diferença em ambos ordenamentos.

A legislação portuguesa faz uma diferenciação ao considerar a permissibilidade da prática. O artigo 142.º, n.º 1, c do Código Penal português preceitua que uma vez que haja motivos seguros de previsão de grave doença ou malformação no nascituro, essa interrupção pode ocorrer respeitando o limite gestacional de 24 semanas, todavia, a mesma redação atesta que ao se tratar de fetos inviáveis, a interrupção pode ocorrer sem limites³⁰⁵.

Dessa forma, a legislação portuguesa faz uma distinção entre o aborto eugênico e a interrupção de fetos inviáveis. No que tange ao ordenamento brasileiro, essa distinção fora defendida em sede da ADPF nº 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) pelo então advogado Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF. Em sua petição inicial, havia uma diferenciação expressa de não equiparar o aborto a interrupção da gestação de feto anencéfalo³⁰⁶.

O jurista afirmou que em virtude da inviabilidade do feto, não havia de se falar em aborto, uma vez que nesse último é necessário que a morte do feto tenha em causa o próprio procedimento. Ao passo que ao tratar sobre fetos

³⁰³ BARROS, Alessandra. Limites à condenação do aborto seletivo: a deficiência em contextos de países periféricos. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva* [em linha]. 2003, 13(2), 35–48, p. 36 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/sk7pXk8CmhdCp6QPvtNZwdD/?format=pdf&lang=pt>

³⁰⁴ O autor Eduardo Luiz Santos Cabette ao explicar as modalidades do aborto explana que uma das maiores discussões acerca do aborto eugênico trata o paradigma dos fetos anencéfalos: “A maior discussão acerca do aborto eugênico versa sobre a questão da anencefalia, tendo em vista inclusive a alegação de inexistência de bem jurídico a ser tutelado nesses casos, considerando a determinação da morte tendo como marco a cessação da atividade cerebral”. (CABETTE, ref 266, p. 108).

³⁰⁵ “Artigo 142.º Interrupção da gravidez não punível 1 - 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:) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;” (PORTUGAL, ref 74, *online*)

³⁰⁶ PIRES, ref 5, p. 363



anencéfalos, em virtude da inexistência de possibilidade de vida, se tratava na verdade de uma antecipação terapêutica do parto³⁰⁷.

Mister se faz salientar, para fins de complementação, a ADPF é uma modalidade brasileira de ação de controle concentrado que visa garantir a segurança das relações jurídicas que não podem ser fundadas em desrespeito aos preceitos fundamentais da Constituição³⁰⁸.

Em prosseguimento, o STF julgou procedente a ADPF nº 54 de 2012 por maioria dos votos, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação que entendia que a interrupção da gravidez, em casos de anencefalia, se enquadraria nas hipóteses de aborto criminoso, sendo assim, a prática deixou de ser ilícita.

Considerando o termo médico empregado nos parágrafos anteriores, faz-se necessário uma explanação da anencefalia. Isto posto, a Neurocirurgiã Cleopatra Gringauz assinala que o termo supracitado corresponde a “uma malformação no encéfalo, decorrente da falta total ou parcial do cérebro, da calota craniana e do couro cabeludo, de forma que os fetos que alcançam o estágio final da gravidez sobrevivem apenas poucas horas ou dias”. Conseqüentemente, ao tratar da temática, fala-se na incompatibilidade com a vida extrauterina³⁰⁹.

Dessarte, conforme preconizado anteriormente, a figura do aborto eugênico encontra oposto tratamento em ambas legislações. Ainda que exista a hipótese de antecipação terapêutica do parto no Brasil, havendo uma certa seletividade (conforme previsto na definição da espécie eugênica supracitada), essa ocorre somente no que tange aos fetos anencéfalos, que conforme preconizado, se enquadra em fetos inviáveis. Enquanto em Portugal, além dessa, há uma hipótese considerando outras graves malformações que não necessariamente tratam diretamente sobre uma inviabilidade.

Em continuação as espécies do aborto, mais algumas são apontadas pela doutrina, mas que encontram menos ou nenhum amparo na letra da lei nas legislações supracitadas, podendo, no entanto, serem presumidas. Uma delas

³⁰⁷ PIRES, ref 5, p. 363

³⁰⁸ DIAS, Silvia Nayara De Almeida. *A impossibilidade da descriminalização do aborto nos casos de microcefalia*. Monografia, FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, 2017, p. 27 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/319/1/Silvia%20Nayara.pdf>

³⁰⁹ GRINGAUZ, Dafna de Oliveira; FREIRE, Luíza Trindade. *O direito à vida e sua (in)violabilidade: uma análise crítica do acórdão brasileiro do TJRS nº 70081056442 (nº CNJ 0077553-55.2019.8.21.7000)*. Fevereiro 2020. Porto.



se manifesta no aborto econômico ou social, em Portugal, considerando a hipótese do aborto legal e livre até a 10^a semana, sendo que essa pode ser subsumida, todavia, não há uma previsão direta expressa sobre³¹⁰.

O aborto econômico, conforme o nome preconiza, é aquele que considera as condições financeiras da gestante e ocorre de forma a não agravar a sua situação social³¹¹. De acordo com um banco de dados pertencente ao Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, em 2017, apenas 37% dos países permitiam o aborto por razões econômicas ou sociais. Essa noção varia ao considerar que alguns países fazem essa distinção expressamente, enquanto outros deixam de maneira subentendida³¹².

Outra espécie de aborto se manifesta como *honoris causa*, aquele que ocorre para ocultar desonra própria, tendo em vista que a gestação ocorreu devido a uma relação extraconjugal³¹³. De forma a elucidar o disposto, a legislação israelense traz dentre as suas hipóteses permissivas para requerer o aborto legal, aquela referente à quando a gravidez for resultado de uma relação extramatrimonial³¹⁴.

Além disto, a legislação mencionada no parágrafo anterior faz menção a outras espécies de aborto legal. Acerca das espécies/critérios, um deles faz menção a faixa etária, dessa forma, mulheres com menos de 18 anos ou acima de 40 podem requerer; outro se refere nas hipóteses que a gravidez for resultante de uma conduta criminalizada ou incestuosa (além da extramatrimonial já citada); há também da hipótese se o nascituro ter uma deficiência física ou mental e por fim se a continuação da gravidez ter grandes chances de trazer lesões físicas ou psíquicas a mulher³¹⁵.

Em Israel, para conseguir o aborto legal, a mulher deve conseguir permissão de um comitê de três pessoas, dois médicos e um assistente social

³¹⁰ PORTUGAL, ref 74, *online*.

³¹¹ JESUS, ref 1, p. 151

³¹² UNITED NATIONS. *World population policies*. 2017, p. 8 [consult. 29 dez 2021]. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa_pd_2020_world_population_policies_highlights.pdf

³¹³ CABETTE, ref 266, p. 110.

³¹⁴ STEINFELD, Rebecca. *Wars of the wombs: struggles over abortion policies in Israel*. Israel Studies [em linha]. 2015, 20(2), 1-26 [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/10.2979/israelstudies.20.2.1.pdf?refreqid=excelsior:7ec2d57a88a1cff2a0c68ba6f3e5d7de>, p. 2.

³¹⁵ STEINFELD, ref 314, p. 2.



(uma delas deve ser mulher) e deve cumprir pelo menos um dos critérios existentes da lei, citados acima³¹⁶.

Por conseguinte, muitas são as espécies doutrinárias acerca do aborto, estando algumas contidas nos diplomas alvo desse presente estudo acadêmico, enquanto outras estão subentendidas ou previstas em outras legislações ao longo do globo.

Duas das espécies citadas tem maior relevância na presente discussão, são essas: aborto criminoso e aborto legal. Conforme exposto alhures, a própria literalidade da lei penal do Brasil e de Portugal, demonstra que a existência do aborto criminoso se manifesta no rol de crimes contra a vida, conforme inúmeras vezes repetido nesta pesquisa.

Nesse viés se manifesta uma das questões mais impositivas no presente artigo acadêmico, ao passo que as normas penalistas ao catalogarem o crime do aborto nos atos atentatórios a vida, no título sobre as pessoas, estão em conformidade com a teoria concepcionista e como não há nem na Constituição e nem na norma civil algo absoluto sobre o início da vida, realmente é um campo que suscita indagações.

Convém ressaltar, que o presente artigo não tem o escopo de se demonstrar desfavorável as hipóteses permissivas ao aborto já existentes na legalização brasileira ou portuguesa, não obstante, demonstra-se a colisão da existência delas, quando o crime do aborto está dotado de caráter concepcionista, demonstrando que adotar um posicionamento não é uma conduta absoluta e facilitada, tendo em vista que o próprio ordenamento consta com controvérsias.

Ao explanar essas controvérsias, mais um estudo merece um destaque, o tratamento histórico normativo a respeito da temática no Brasil e em Portugal, a fim de chegar à contemporaneidade da prática e seus elementos.

³¹⁶ STEINFELD, ref 314, p. 2.



4.3 PANORAMA HISTÓRICO NORMATIVO – BRASIL E PORTUGAL

O Brasil dispõe de uma das legislações mais restritivas em matéria de hipóteses permissivas para a realização do aborto. Conforme exposto, apenas o aborto necessário (única forma de salvar a gestante) e o aborto sentimental (quando a gravidez foi resultante de um estupro) são permitidos no país. Ademais, existente também a hipótese de antecipação terapêutica do parto quando se tratar de fetos anencéfalos. A proibição do aborto se manifesta no diploma penalista de 1940, sendo esse foi publicado de acordo com os preceitos da época, e por isso, ao longo dos anos passou por mudanças e atualizações.

Em contrapartida se demonstra Portugal, que além de prever as mesmas hipóteses do exemplo brasileiro, também permite o aborto seletivo (chamado de eugênico, permitido em casos de malformação grave) e em opção livre, respeitando o limite gestacional de 10 semanas. Esse atual tratamento, fora resultado de muitos debates, propostas e dois referendos, o que será demonstrado no presente subcapítulo.

4.3.1 O exemplo brasileiro

Ao considerar a temática do aborto, demonstra-se na história uma constante e modificativa existência de dados. Conforme exposto alhures, as noções adquiridas com o estudo do passado, em muito contribuíram para a contemporaneidade da matéria.

O tema fora e ainda é abordado com alterações, não apenas temporais, mas também locais. As noções morais e jurídicas em muito se diferem de um país para o outro. Ainda que se tratem até de países geograficamente próximos, há uma vasta diferenciação de uma legislação a outra.

Um exemplo do citado acima se demonstra na já elencada modificação legislativa argentina, anteriormente detinha um tratamento mais restritivo a prática, o que se assemelhava ao país sul-americano vizinho, o Brasil. No entanto, recentemente passou a abordar o assunto de maneira mais liberal.

No entanto, o próprio Brasil foi alvo de modificações não só legislativas, como morais ao longo da história. Onde a temática encontrou diversos tratamentos, assim como aconteceu no exemplo mundial.



No panorama brasileiro a conduta do aborto provocado é retratada desde o período colonial. Ao considerar as mulheres indígenas, havia o rotineiro hábito dessas provocarem o abortamento ao apertar suas barrigas e beberem substâncias para esse fim. Ademais, existia o senso cultural das famílias indígenas abortarem a partir do terceiro filho, a fim de uma proteção em caso de guerra³¹⁷.

Ao considerar os ordenamentos jurídicos de matéria penal no cenário brasileiro, três são os diplomas que trataram sobre a temática do aborto. Acrescenta-se, no entanto, que atendendo ao período que se denominou Ordenações Filipinas (1603-1830) ainda que não houvesse uma proibição expressa, o aborto encontrava uma certa desaprovação social³¹⁸.

A existência dessa desaprovação pode ser explicada por três possibilidades da época: primeiramente no que trata a influência religiosa advinda de Portugal, que adotava a corrente que a vida começava na concepção. A segunda também tinha um viés religioso, além de social, já que havia uma certa crença que o aborto era um indicativo de uma desonra própria, ou seja, uma gravidez resultante de um adultério e por último havia uma interferência do Estado português em virtude da preocupação com o controle demográfico³¹⁹.

Inclusive, as Ordenações Filipinas estabeleciam que os quadrilheiros, uma espécie de polícia de costumes, deveriam trazer a público se uma mulher deixasse de estar grávida ou se estivesse ocultando gravidez resultante de adultério. A hostilidade não era necessariamente direcionada a interrupção da gravidez em si, porém da motivação para essa³²⁰.

Ainda considerando esse período, havia uma espécie de proteção ao fruto da concepção. Uma ressalva legislativa da execução da pena de morte para mulheres grávidas, respeitando o limite dessa só ocorrer 40 dias após o parto³²¹.

O aborto passou a ter uma vedação expressa somente a partir do Código Criminal do Império do Brasil de 1830. O crime estava elencado no rol de crimes

³¹⁷ MIKAEL-SILVA; MARTINS, ref 212.

³¹⁸ MIKAEL-SILVA; MARTINS, ref 212.

³¹⁹ EVANGELISTA, Marcela Boni; COUTINHO, Aline Beatriz. *Direito e reprodução: entrelaçamentos sobre aborto e autonomia nos oitocentos*. Projeto História [em linha]. 2021, 72(1), 161-181, p. 169 [consult. 22 out 2021]. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/55124/38334>

³²⁰ MIKAEL-SILVA; MARTINS, ref 212.

³²¹ MELO, Ezilda. *Maternidade e direito* [em linha]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 56 [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1596895765.pdf#page=54>



contra a segurança da pessoa e vida e na mesma seção do infanticídio, criminalizava somente a ação de terceiro que com ou sem o consentimento da gestante realizava o aborto, dessa forma, não era imputado o crime a gestante. Ademais, os atos preparatórios também eram penalizados, mesmo que não resultassem no abortamento³²².

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, primeiro do regime republicano, mudou o panorama ao incluir a gestante como um possível sujeito ativo do crime do aborto, outrossim, trazia a hipótese de redução da pena caso o crime fosse cometido em nome de ocultar desonra própria (adultério)³²³. Acrescenta-se o fato que houve uma elevação da existência de possíveis sujeitos ativos e também do grau de penalização, pois havia uma necessidade de proteção da configuração da família³²⁴.

Acerca do Código Penal de 1890, destaca-se que esse foi vanguardista sobre a existência da figura do aborto necessário, dessa forma, o agente só era penalizado se ao praticar o aborto legal, houvesse o resultado morte na gestante³²⁵.

O terceiro diploma brasileiro que tipificou o crime do aborto foi o Código Penal promulgado em 1940. Mister se faz salientar que esse é o código que atualmente vigora em território brasileiro. O aborto está elencado na parte especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no título I que trata sobre os crimes contra a pessoa e está tipificado no capítulo que trata sobre os crimes contra a vida³²⁶.

Como igualmente exposto anteriormente, apenas o aborto necessário, o sentimental e a interrupção de gravidez de feto anencéfalo encontram respaldo e conseqüentemente autorização na legislação brasileira. Ademais, a honra deixou de constituir como uma justificação aceita para fins de atenuar a pena³²⁷.

O artigo 124 do Código Penal de 1940 estipula duas situações que a gestante figura como sujeito ativo do crime do aborto: o autoaborto ou o aborto feito por terceiros com o seu consentimento. O artigo 125 e o 126 tratam sobre o crime do aborto praticado por terceiros, sem e com consentimento da gestante,

³²² BENTO, Verônica Santos. *Aborto eugênico*. Monografia, UniFMU, 2006, p. 25.

³²³ MELO, ref 321, p. 58.

³²⁴ EVANGELISTA; COUTINHO, ref 319, p. 174.

³²⁵ BRASIL. *Decreto n.º 847 de 11 out 1890* [consult. 16 dez 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm

³²⁶ BRASIL, ref 73, *online*.

³²⁷ MIKAEL-SILVA; MARTINS, ref 212.



respectivamente. O artigo 127 trata sobre a forma qualificadora do crime e por fim, o 128 prevê as já citadas espécies de aborto legal.³²⁸

Destaca-se que no que tange ao aborto sentimental, o Código Penal não exige um documento legal para a permissibilidade do abortamento. Sendo a palavra da vítima dotada com presunção de veracidade, necessitando apenas do consentimento dessa³²⁹.

Cabe ressaltar que de acordo com Código de Ética Médica ao médico é garantido o direito de objeção de consciência, ou seja, podendo se recusar de realizar o abortamento em casos de gravidez resultante de crime sexual em nome de preceitos próprios. No entanto, essa objeção não é ilimitada, dessa maneira, na ausência de outro profissional que o faça, em casos de urgência — como por consequência de aborto inseguro, risco de morte da gestante ou em casos que a mulher pode sofrer danos — está ele atrelado ao dever de prestar socorro³³⁰.

Todavia, ainda que o aborto sentimental esteja permitido e que não necessite de grandes burocracias, o acesso não é tão facilitado como deveria, tendo em vista a quantidade pífia de procedimentos do aborto legal no país³³¹.

Em prosseguimento da temática, importante mencionar que o Código Penal está vigente desde 1940, sendo assim, critérios morais, médicos e até jurídicos atualizados a época, acabaram por se modificar na medida que a sociedade fora se atualizando. Outro ponto chave, o Código Penal que atualmente vigora no país é mais antigo que a Constituição brasileira de 1988.

No entanto, a carta constitucional ainda que ateste quanto a proteção fundamental e a inviolabilidade do direito à vida, não traz uma definição do momento inaugural dessa, cabendo essa interpretação a ser feita não apenas pelas leis infraconstitucionais, mas também pela sociedade jurídica.

³²⁸ BRASIL, ref 73, *online*.

³²⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes* [em linha]. Brasília: Editora MS, 2012 [consult. 22 nov 2021]. Disponível em: <https://abortion-policies.srhr.org/documents/countries/02-Brazil-MoH-Tech-Guidance-Care-of-Women-Adolescents-who-suffer-sexual-violence-2012.pdf#page=79>

³³⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. MINISTÉRIO DA SAÚDE, ref 329, *online*.

³³¹ ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. *SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020*. G1 [em linha]. 20 ago 2020 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>



Adianta-se e repete-se o ponto já abordado que as normas fundamentais devem ser utilizadas com uma certa formalidade, porém, igualmente importante está o elemento casuístico. Dessa maneira, os direitos presentes na Carta Magna, devem ser ponderados entre si, assim como, entendidos como uma complementação, a fim de que o direito à vida deva ser atrelado a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e afins³³².

No decurso da sociedade brasileira, gradativamente os códigos acabam por sofrer os reflexos oriundos das mudanças sociais, dessa maneira, ajustes e legislações paralelas surgem para dar a norma uma conformidade temporal. Inclusive, alterações foram feitas para que as normas estivessem em conformidade com o exposto na Constituição.

Exemplificando o exposto: a Lei nº 12.015/09 trouxe alterações relevantes ao ordenamento penal brasileiro, sem adentrar no mérito da reforma, se evidencia a diferenciação da denominação conferida ao título VI do Código Penal, substituindo a antiga expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”³³³.

A antiga expressão fazia referência aos comportamentos sexuais de um povo em um determinado momento histórico. Dessa maneira, a forma que estava denominada visava mais a proteção da ordem pública, do que efetivamente da vítima. Tal tratamento não estava em conformidade com o estipulado na Constituição de 1988, em que foram consagrados o direito à igualdade e a dignidade³³⁴.

Outra importante modificação legislativa no Código Penal se demonstra na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, criada com o intuito de refrear e reprimir a violência doméstica³³⁵.

³³² BISPO, Ingrid. *O aborto e suas multifacetadas no estado brasileiro*. Revista CEJ [em linha]. 2017, 21(72), 54-67, p. 55 [consult. 10 set 2021]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.72.06.pdf

³³³ CAVICHIOLI, Anderson. *Lei nº 12.015/09: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro*. Revista Jurídica da Presidência [em linha]. 2011, 13(101), 657-685, p. 663 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/162/155>.

³³⁴ AZEREDO, Jéferson Luis de; SERAFIM, Jhonata Goulart. *Relações de gêneros: (des)construindo conceitos a partir dos códigos penais de 1890 e 1940*. Rev. Técnico Científica (IFSC). 2012, 3(1), 432-446, p. 441

³³⁵ MELO, ref 321, p. 63.

Desse monta, se demonstra a importância das normas não apenas estarem em conformidade com a Constituição, como também com a contemporaneidade. Afinal, a sociedade se encontra em permanente modificação.

Ainda que tenham tido diversas tentativas de uma modificação emblemática do Código Penal no que tange a questões polêmicas que versam sobre o direito à vida (como o aborto e também a eutanásia), essas até o momento se encontraram geralmente infrutíferas³³⁶.

Em matéria com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a ADPF 54 mudou o paradigma da legislação penal ao declarar inconstitucional a interpretação que a proibição do aborto igualmente abarcava como impeditivo a antecipação terapêutica do parto em fetos anencéfalos. Ademais, ao longo dos últimos anos, o assunto aborto esteve em pauta não apenas em discussões doutrinárias, como também fora alvo de diversas proposições legislativas e de cunho judiciário³³⁷.

Importante mencionar que essas proposições legislativas não se tratam apenas tentativas de reformas com cunho mais liberais, ou seja, favoráveis a descriminalização de espécies do aborto, como também contrárias e mais restritivas. Inclusive há um movimento para acrescentar na Constituição uma definição categórica acerca da inauguração da vida desde a concepção³³⁸.

Além das propostas legislativas e dos exemplos já citados, o aborto esteve em evidência no julgamento do Habeas Corpus 124.306 que ocorreu no final de 2016. A 1ª Turma do STF na época decidiu que a interrupção da gestação até o terceiro mês não configurava crime, o colegiado entendeu que os artigos atualmente vigentes no Código Penal são inconstitucionais³³⁹.

A decisão tinha como base o entendimento que a criminalização restritiva do aborto estaria violando diversos direitos e valores constitucionais³⁴⁰. O

³³⁶ FERNANDES, Maíra et al. *Os crimes contra a vida na reforma do código penal: uma visão médico-jurista*. Ciência e Cultura [em linha]. 2012, 64(2), 46–48 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a19v64n2.pdf>

³³⁷ AMES, Maria Clara Figueiredo Dalla Costa et al. *Dinâmicas da agenda do aborto no Senado Federal: de 1988 a outubro de 2020*. Cad. EBAPE.BR [em linha]. 2021, 19(1), 656–674 [consult. 30 out 2021]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/84339/79903>

³³⁸ AMES, ref 337, *online*.

³³⁹ RIBEIRO, Viviana Mendes. *O controle da reprodução está no coração da Organização Sócio-Política. A discussão sobre a descriminalização da prática da interrupção da gravidez voluntária no Brasil*. Revista da Defensoria Pública da União [em linha]. 2021, (15), 231–250. ISSN 2448-4555, p. 240 [consult. 30 abr 2022]. Disponível em: [doi:10.46901/revistadadpu.i15](https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i15)

³⁴⁰ “Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA

ministro Luís Roberto Barroso votou no sentido que tal criminalização atentava quanto aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, assim como uma violação a autonomia, a integridade física, psíquica e a igualdade³⁴¹.

Ademais, o aludido ministro entende que a medida não modifica a quantidade de abortos praticados no país, apenas impede que esses sejam realizados de uma maneira segura. Apesar do exposto, entende que deve existir um limite gestacional de três meses, quando o nascituro não possui córtex cerebral. Insta observar que a decisão não é vinculante, dessa maneira tratava apenas *inter partes*³⁴².

Ainda sobre a temática abordada anteriormente, em março de 2007 o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou no STF a ADPF nº 442, a presente consiste em requerer a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela CRFB/88³⁴³.

GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal - que tipificam o crime de aborto –para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não 3 produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. (...)” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 124306. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso)

³⁴¹ RIBEIRO, ref 339, *online*.

³⁴² RIBEIRO, ref 339, *online*.

³⁴³ MARTINS, Nathalia Batschauer D’Avila; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. ADPF Nº 442: A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação pelo STF e a iminente violação ao princípio da separação de poderes. Saberes da Amazônia [em linha]. 2018, 03(07), 190–215,

Conforme mencionado anteriormente, o Código Penal vigente é mais antigo que a Constituição, dessa maneira, o partido sustenta que as razões jurídicas presentes na criminalização não mais se sustentam da mesma maneira e estão em desconformidade com os valores constitucionais, como a autonomia, o direito à vida, a liberdade, dignidade da pessoa humana, direitos sexuais reprodutivos, entre outros ³⁴⁴.

Uma ênfase a defesa do direito à vida, uma vez que o partido defende que a criminalização do aborto nos atuais moldes, fere a inviolabilidade da vida da mulher, tendo em vista a extensibilidade de mulheres que morrem ou gravemente se lesionam em virtude de abortos clandestinos³⁴⁵.

A particularidade dessa constatação decorre da contrariedade com os grupos desfavoráveis a descriminalização de qualquer espécie do aborto, uma vez que a maioria desses entende que o aborto é um atentado ao direito à vida do nascituro³⁴⁶.

Mister se faz salientar que a tese defendida é de uma não recepção parcial, tendo em vista o limite gestacional imposto em 12 (doze) semanas. Destaca-se que a ADPF de nº 442 está pendente de julgamento³⁴⁷.

Em outra órbita, as hipóteses permissivas do aborto encontram uma barreira no grupo dos que se manifestam desfavoráveis a prática. Elucidando o exposto, o Projeto de Lei nº 5.364, de 2005 prevê a revogação do inciso II do artigo 128 do Código Penal, ou seja, objetivando a penalização do chamado aborto sentimental. Atualmente esse projeto se encontra arquivado³⁴⁸.

O PL nº 2893/2019 propõe revogar todo o art. 128 do referido código, o que, note-se, teria o efeito de não apenas criminalizar o aborto sentimental, como também o aborto necessário. O projeto de lei atualmente aguarda parecer³⁴⁹.

p. 195 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: <http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/322/269>

³⁴⁴ MARTINS; BONISSONI, ref 343, p. 195.

³⁴⁵ NUNES, Amanda Luize. *Uso de evidências no debate constitucional sobre aborto: o conceito de direito à vida nos amici curiae da ADPF 442*. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília [em linha]. 2020, 18(1), 46-83, p. 48 [consult. 19 nov 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783/27959>

³⁴⁶ NUNES, ref 345, p. 48.

³⁴⁷ MARTINS; BONISSONI, ref 343, p. 195.

³⁴⁸ BRASIL. *Projeto de Lei n.º 5364 de 2 jun 2005* [consult. 9 dez 2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288053>

³⁴⁹ BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2893 de 15 maio 2019* [consult. 9 dez 2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2203415>



Atualmente, o campo de debate da matéria no Brasil encontra-se fervoroso. Nota-se a presença desse tanto em discussões doutrinárias, como na política, na mídia, no Judiciário, na sociedade civil e também na esfera pública. Os campos são severamente polarizados, onde não apenas questões biológicas jurídicas são colocadas a prova, como também as que concernem sobre a moral e a religiosidade.

Há de se destacar a peculiaridade da temática, uma vez que o ordenamento se encontra em uma confusão subjetiva, em que a margem está deveras aberta. O exposto trata sobre a falta de pacificação da inauguração da vida e também da ponderação dos valores constitucionais.

Conforme exposto, a Constituição brasileira é silente acerca da inauguração da vida. Por outro lado, a norma civilista traz uma redação dualista e por fim o Código Penal elenca o aborto como crime contra a vida, mas traz hipóteses permissivas.

As indagações acerca da temática ainda que por vezes encontrem argumentações peculiares, se manifestam com um certo fundamento à medida que a legislação não tem um consenso, cabendo as pessoas e não ao documento, encontrarem respostas para essas dúvidas.

O aborto no Brasil ainda que encontre uma legislação bem restritiva, encontra um certo abandono pelo Ministério Público e pelo sistema judiciário³⁵⁰. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN de junho de 2017, apenas 31 homens e 11 mulheres em todo território nacional, constavam como pessoas privadas de liberdade que haviam sido condenadas ou aguardavam julgamento³⁵¹.

No entanto, de acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto, em 2015 aproximadamente 416 mil mulheres realizaram um aborto. A pesquisa atesta que tendo em vista que a maioria desses fora ilegal, foram feitos a margem de um

³⁵⁰ ANTONIO, Carolina Calzolari; RI, Luciene Dal. *Aborto voluntário sob a perspectiva dos direitos fundamentais da constituição federal do Brasil de 1988*. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas. 2017, 82–100, p. 85

³⁵¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA: *Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias atualização - junho de 2017*. 2017, p. 44 [consult. 18 nov 2021]. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sis-depen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>



sistema seguro de saúde. O que evidencia que a temática do aborto no Brasil é um tema de saúde pública³⁵².

O Ministério da Saúde afirma que o aborto é inseguro quando realizado em condições precárias e inadequadas. Nesses casos, o abortamento remete-se as taxas elevadas de mortalidade, com cerca de 13% das mortes relacionadas maternas. O aborto inseguro igualmente ocasiona na possibilidade de comprometimento da saúde reprodutiva da mulher³⁵³.

Declara-se que ao considerar a realidade brasileira, a maioria das mortes por aborto ocorre em mulheres pretas ou denominadas pardas, com baixo cuidados humanizados e acesso a informações. Além disso, é grande o número de mulheres com nível de escolaridade baixa que realizam o aborto em situações precárias, atestando ao fato que é necessária uma maior atenção as informações acerca da educação sexual e do planejamento familiar³⁵⁴.

Conforme elucidado em outro momento, apesar do aborto ser uma conduta tipificada como crime, o aborto clandestino é amplamente praticado no país. E muitas mulheres sofrem consequências, ainda que não jurídicas, em virtude desses procedimentos. Também, uma quantidade elevada de mulheres procura o serviço público para finalizar o aborto³⁵⁵.

Em consequência do exposto “em 2020, o sistema de saúde brasileiro já gastou 30 vezes mais com procedimentos pós-abortos incompletos (R\$ 14,29 milhões) do que com abortos legais (R\$ 454 mil)”. Ainda que seja dificultosa a missão de precisar quantos desses abortos incompletos foram em virtude de abortos clandestinos e não espontâneos, especialistas creditam a maioria desses aos clandestinos³⁵⁶.

Cumprindo obtemperar, de forma opinativa, os números encontrados são categóricos no sentido de demonstrar que atualmente a legislação não cumpre a sua função, havendo que ser revista. Essa afirmação encontra respaldo nos dois lados da questão, primeiramente no que concerne a hipótese permissiva, o

³⁵² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa nacional de aborto 2016*. Ciência & Saúde Coletiva [em linha]. 2017, 22(2), 653–660 [consult. 19 nov 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>

³⁵³ MINISTÉRIO DA SAÚDE, ref 329, p. 76.

³⁵⁴ BOMFIM, Vitoria Vilas Boas da Silva et al. *Mortalidade por aborto no Brasil: perfil e evolução de 2000 a 2020*. Research, Society and Development [em linha]. 2021, 10(7), 1–8 [consult. 11 jan 2022]. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/16866/15054>

³⁵⁵ ACAYABA; FIGUEIREDO, ref 331, *online*.

³⁵⁶ ACAYABA; FIGUEIREDO, ref 331, *online*.

aborto sentimental – que é permitido no Brasil – encontra mais dificuldades do que se deveria para sua aplicação, o que se demonstrou pela baixa quantidade de procedimentos seguros a serem realizados no país.

Por outro prisma, a criminalização amplificada não tem se demonstrado na manifestação de proteção de nenhuma vida, seja do nascituro, seja da gestante. Uma vez que os abortamentos continuam ocorrendo, porém, a margem do sistema de saúde. Nítido que mais do que a discussão entorno da temática penalista, se mostra necessária a discussão quanto ao planejamento familiar, a educação e a educação sexual.

Assinala-se, ainda, que na legislação penalista a figura do nascituro encontra uma clara definição de pessoa jurídica, uma vez que o aborto está presente no título de crimes contra a pessoa, o que está em parte em contradição a norma civilista – que é dúbia – há em virtude disto, outra necessidade de revisão.

Mister se faz salientar que a elevada existência de abortos inseguros não é uma condição exclusiva brasileira, uma vez que a OMS em dados compilados de 2010 a 2014, asseverou que em todo mundo e anualmente, cerca de 25 milhões de abortos inseguros são realizados, representando 45% de todos os abortos³⁵⁷.

Ademais, a maioria desses ocorre em países em desenvolvimento. Ásia, América Latina e a África são os continentes que lideram as ocorrências de abortos inseguros. A OMS relaciona esses com o elevado grau de leis restritivas nesses locais³⁵⁸.

Em contrapartida, a Europa ocidental se manifesta com uma das áreas com menor incidência de abortos inseguros, o que está em conformidade com a existência de legislações mais brandas acerca da criminalização do aborto, um dos exemplos é o outro país objeto desse estudo: Portugal³⁵⁹.

³⁵⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Abortion*. 25 nov 2021 [consult. 3 dez 2021]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion>

³⁵⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, ref 357, *online*.

³⁵⁹ GUEVANE, Eleutério. *OMS diz que 25 milhões de abortos inseguros são praticados por ano*. 28 set 2017 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/09/159598>
1-oms-diz-que-25-milhoes-de-abortos-inseguros-sao-praticados-por-ano

4.3.2 O exemplo português

Hodiernamente, ao realizar uma análise comparativa entre Brasil e Portugal, o país europeu consta com uma legislação mais liberal em matéria de permissibilidade da interrupção voluntária da gravidez. No entanto, o atual tratamento fora resultado de diversos debates e tratamentos até alcançar os preceitos atuais.

Ao considerar os ordenamentos jurídicos de matéria penal no cenário português, o Livro V das Ordenações Filipinas constituiu até o primeiro Código Penal, uma fonte essencial em matéria de direito penal³⁶⁰. Destaca-se que esse período já fora citado anteriormente ao tratar das normas penais brasileiras. Acontece que, as ordenações vigoraram no Brasil no período que esse era colônia de Portugal³⁶¹.

Dessa forma, aqui repete-se o que foi elencado anteriormente de o aborto não encontrar uma vedação expressa, ainda que não fosse socialmente completamente ignorado pelos motivos já elencados.

Em prosseguimento, o primeiro Código Penal português datado em 1852 também foi a primeira vez que o crime do aborto fora tipificado em terras portuguesas. O crime estava elencado no art. 358.º no título IV dos crimes contra as pessoas, no capítulo III dos crimes contra a segurança das pessoas³⁶². Destaca-se que tanto o autoaborto, como o aborto sem/com consentimento da gestante constavam como figuras tipificadas³⁶³.

O Código Penal de 1852 fora substituído pelo de 1886³⁶⁴, no entanto, no que concerne a figura do aborto não houveram mudanças significativas, na realidade, as mudanças foram a nível das finalidades das penas³⁶⁵.

No ano de 1982 houve a promulgação de um novo Código Penal e embora não sejam notáveis mudanças significativas no caráter restritivo da norma em

³⁶⁰ MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *A codificação penal portuguesa no século XIX*. 7 mar 2016, p. 36 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <http://julgar.pt/a-codificacao-penal-portuguesa-no-seculo-xix/>

³⁶¹ VASCONCELOS, Karina Nogueira; OLIVEIRA, Rodrigo Teles de. *Penalidade e colônia: da liberdade punitiva às ordenações filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco*. Revista Brasileira de História do Direito. 2016, 2(1), 261–283, p. 264

³⁶² COUTO, Diana Ferreira. *A justiça penal relativamente ao bem jurídico “vida humana”*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. 2016, 8(8), 179–201, p. 184

³⁶³ PORTUGAL. *Código penal de 1852*. 10 dez 1852 [consult. 21 set 2021]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

³⁶⁴ MARTINS, ref 360, p. 36

³⁶⁵ PORTUGAL. *Código Penal Português de 1886*. 16 set 1886 [consult. 18 set 2021]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

relação aos códigos anteriores, houveram mudanças na redação, nas penas e no título/capítulo que o crime estava inserido. Nesse diapasão, o crime do aborto passou a elencar o Título I dos crimes contra as pessoas e no capítulo II referente aos crimes contra a vida intrauterina³⁶⁶.

Na realidade a discussão entorno de reivindicações do aborto livre e gratuito surgiram alguns anos antes, em 1974 e tiveram algumas iniciativas civis feministas antes da Constituição de 1976 entrar em vigor³⁶⁷. Importante destacar que essa Constituição surgiu após um longo período ditatorial no país e veio, dentre outras questões, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, como a igualdade³⁶⁸.

Todavia, estas reivindicações direcionadas no discurso dos direitos das mulheres, não tiveram nesse momento uma repercussão no âmbito político-institucional, uma vez que a Constituição de 1976 não incluiu o direito de interromper a gravidez³⁶⁹. Destaca-se que ainda que a inviolabilidade da vida esteja elencada como um direito constitucional, assim como no exemplo brasileiro ela é silente quanto ao momento inaugural dessa³⁷⁰.

Há, contudo, um forte entendimento corroborado inclusive pelo Tribunal Constitucional do país em julgamentos entorno da temática, que ainda que à vida intrauterina é conferida vida através de uma valorização constitucional objetiva, não se pode afirmar que essa disponha da mesma proteção constitucional do direito à vida, uma vez que essa só cabe a pessoas (juridicamente falando, as nascidas).³⁷¹

Na década de 80 o tema do aborto e dos direitos das mulheres entrou na agenda política nacional e em 1984, em virtude da Lei n.º 6/84, de 11 de maio de autoria do Partido Socialista (PS), hipóteses mais permissivas passaram a vigorar em território português. A lei que passou a vigorar trazia as hipóteses referentes a não punibilidade quando o aborto for realizado “quando exista perigo

³⁶⁶ PORTUGAL. DL n.º 400/82, de 23 de setembro de 1982. *Código Penal de 1982 versão anterior a 1995*. [sem data] [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=leis&so_miolo=

³⁶⁷ ALVES, Magda et al. *A despenalização do aborto em Portugal discursos, dinâmicas e acção colectiva: os referendos de 1998 e 2007*. 2009.

³⁶⁸ SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resend. *A transição para a democracia em Portugal e sua importância nos direitos fundamentais*. [sem data], p. 3 [consult. 16 out 2021]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/1605/artigo%20de%20li vro%20de%20homenagem%20a%20Esther.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁶⁹ ALVES, ref 367.

³⁷⁰ Vide Art. 24.º (PORTUGAL, ref 7, *online*)

³⁷¹ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

de vida para a mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, quando existe malformação fetal ou quando a gravidez resultou de violação”³⁷².

Ainda que ativistas pela causa não tenham ficado plenamente satisfeitas com a nova legislação, as reivindicações públicas diminuíram. Na década de 90 os debates novamente se intensificaram e conseqüentemente, passaram novamente a ter uma maior visibilidade por diversos motivos, destaca-se que por iniciativa dos partidos políticos, da sociedade civil e também o atestado que a questão se tratava de saúde pública, uma vez que havia sido divulgada uma estimativa elevada da prática de abortos clandestinos³⁷³.

Insta salientar que não apenas movimentos pró-aborto estavam em evidencia na época, uma vez que haviam grupos ligados à Igreja Católica com uma agenda contrária, o que instaurou uma polarização. Elucidando o exposto, o movimento “Juntos pela vida”, criado na época, se manifestava como contrário a despenalização do aborto³⁷⁴.

Destaca-se que houveram alguns projetos de lei que objetivavam a alteração das normas referentes à interrupção voluntária da gravidez. Inclusive, aquelas que tentavam a despenalização do aborto com modelo de prazos foram chumbadas. Todavia, na mesma época o projeto de lei n.º 235/VII fora aprovado, o que originou na Lei n.º 90/97, de 30 de julho, essa responsável por alterar os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez³⁷⁵.

Em 1998 uma proposta da Juventude Socialista (JS) conseguiu passar no parlamento, no entanto, os dois líderes dos principais partidos de Portugal, ambos ligados à Igreja Católica e contrários a despenalização da prática acordaram quanto a realização de um referendo sobre o tema³⁷⁶.

Dessa forma, um referendo nacional consultou os portugueses sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher e respeitando o limite gestacional de 10 semanas, igualmente prevendo a

³⁷² KUAN, Ngai In. *A interrupção da gravidez: motivação da república portuguesa e da república popular da china*. Dissertação de mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014, p. 23 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/736>

³⁷³ ALVES, ref 367, p 4.

³⁷⁴ ALVES, ref 367.

³⁷⁵ Houve uma alteração dos prazos estipulados para a prática do aborto seletivo, esse passando de 16 para 24 semanas e do aborto sentimental, passando de 12 para 16 semanas (ALVES, ref 367, p. 4).

³⁷⁶ ALVES, ref 367, p. 4



necessidade desse procedimento ocorrer em estabelecimento de saúde legalmente autorizado³⁷⁷.

Aqueles movimentos que eram contrários as despenalizações se apoiavam no ideal de proteção da vida (intrauterina) e tinham grande apoio da Igreja Católica, inclusive, detinham de uma maior capacidade financeira e estrutural na campanha pelos seus preceitos. A Igreja Católica foi uma das principais influenciadoras pelo “não”³⁷⁸.

Enquanto a campanha pelo “não” se apoiava no conceito de defesa a vida, os pelo “sim” evidenciavam a existência da questão de saúde pública, em virtude da elevada realidade do aborto clandestino, prezavam pela autodeterminação da mulher em nome de sua saúde física e psíquica³⁷⁹.

O resultado do referendo não foi vinculativo, uma vez que participaram menos de 50% dos eleitores, mas votaram “Não” 50,9% e “Sim” 49,1%. Ainda que não vinculativo, a votação do público foi respeitada e a legislação permaneceu inalterada³⁸⁰.

O período pós-referendo ficou marcado pela existência de mega julgamentos a fim de que a legislação fosse cumprida e também da campanha Fazer Ondas (2004), campanha que tinha como principal objetivo “a promoção dos direitos humanos das mulheres através da prestação de serviços gratuitos de saúde sexual e reprodutiva”³⁸¹.

Essa campanha conseguiu novamente deixar em destaque o tema da despenalização do aborto e além de outros feitos, também foi causa do surgimento da associação dos Médicos pela Escolha, esse sendo o movimento constituído por profissionais de saúde que tinham objetivo semelhante ao movimento anterior citado³⁸².

Após um período conturbado, um novo referendo com os mesmos preceitos foi convocado em 2007 e uma das principais diferenças fora no âmbito do aparecimento de três movimentos pró-escolha, o já referenciado Médicos pela Escolha, os Jovens pelo Sim — formado por associações juvenis e membros de juventudes partidárias e o Movimento Voto Sim — formado, na sua grande

³⁷⁷ ALVES, ref 367, p. 4

³⁷⁸ ALVES, ref 367, p. 4

³⁷⁹ ALVES, ref 367, p. 12

³⁸⁰ ALVES, ref 367, p. 12

³⁸¹ ALVES, ref 367, p. 20

³⁸² ALVES, ref 367, p. 20



maioria, por deputados/as e artistas nacionais. A sua importância ocorreu no melhor direcionamento pluralizado, ao contrário do acontecido em 1998³⁸³.

Uma outra diferença significativa fora no âmbito de maior participação efetiva política e também pela possível crença pública que a norma não impedia os abortos, mas tinha efeitos negativos nas mulheres³⁸⁴.

Apesar dos esforços do movimento pelo não, o movimento “Pelo sim” saiu vencedor, com 59,25%, enquanto o “não” levou 40,75%, ainda que mais uma vez as abstenções foram superiores a metade dos eleitores, o que novamente resultou na ausência de vinculação do referendo³⁸⁵.

Sem embargo, mais uma vez a vontade da maioria da população votante fora respeitada e em resultado disso foi promulgada a Lei nº 16/2007 de 17 de abril, responsável por legitimar o aborto por decisão da mulher quando realizado respeitando o limite gestacional de 10 semanas e em unidades oficiais ou oficialmente reconhecidas.

A promulgação da lei não fora recebida sem tentativas dos membros conservadores do Parlamento português de sua derrubada, tendo em vista que no mesmo ano pediram ao Tribunal Constitucional do país a sua inconstitucionalidade, em virtude principalmente do atento a inviolabilidade do direito à vida e que o aconselhamento obrigatório não remediava essa questão, já que ele era meramente informativo e não dissuasivo.³⁸⁶

O Tribunal Constitucional decidiu, em sede do acórdão 75/10, que ainda que o direito à vida previsto na Constituição compreenda também uma dimensão objetiva, ou seja, o que acaba por enquadrar a fase do desenvolvimento intrauterino, isso não equipara o nascituro ao ser humano já nascido, já que esse primeiro passaria a ter interesses progressivamente ao longo da gestação. O cerne da questão era a coadunação entre os direitos fundamentais da mulher e a proteção ao direito do nascituro.³⁸⁷

³⁸³ ALVES, ref 367, p. 22

³⁸⁴ TAVARES, Silvana Beline. *A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e Brasil*. Tese de doutorado, Universidade Estadual Paulista, 2020, p. 100 [consult. 11 nov 2021]. Disponível em: https://agendapos.fclar.unesp.br/agenda-pos/ciencias_sociais/1415.pdf

³⁸⁵ ALVES, ref 367, p. 34

³⁸⁶ RUBIO-MARÍN, Ruth. *Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu*. Revista Direito GV [em linha]. 2017, 13(1), 356–379, p. 370. ISSN 1808-2432 [consult. 30 abr 2022]. Disponível em: doi:10.1590/2317-6172201714

³⁸⁷ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.



Mister se faz salientar, que ao longo da discussão, o tribunal português trouxe à tona um termo oriundo do Tribunal Constitucional Alemão: “dualidade na unidade”, que entre outras palavras, significa que ainda que a questão verse sobre dois seres distintos, um deles sustenta o outro, assim como acontece durante a gravidez.³⁸⁸

O Comentário Conimbricense do Código Penal, uma importante obra portuguesa que comenta o referido, prevê a dinamicidade no conceito citado acima. Em suma, explica que na fase inicial da gestação – anteriormente a passagem do embrião ao feto – há uma predominância de “unidade” e a decisão caberia a grávida, ao passo que após essa passagem, se está diante da “dualidade” e o feto passa a ser detentor de interesses, que devem ser protegidos de maneira mais enérgica nessa fase.³⁸⁹

Dessa maneira, o posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional foi que ao ponderar os interesses em causa, a solução mais cabível seria a consideração ao tempo da gestação, de forma que o papel do Estado de proteger o nascituro deva ser diferente em fases distintas da gestação, em virtude da atenção aos direitos fundamentais da mulher grávida³⁹⁰.

Em prosseguimento, a referida Lei nº 16/2007 além de trazer as hipóteses já mencionadas, também impôs um período de reflexão de no mínimo três dias para a gestante que optar pelo aborto, com o intuito de assegurar que seja uma decisão ponderada e também a disponibilidade obrigatória de acompanhamento psicológico e de serviço social. Ademais, atentou quanto ao Serviço Nacional de Saúde dever se organizar com o fim de que a interrupção voluntária da gravidez nos moldes previstos esteja possibilitada³⁹¹.

Outra particularidade da lei se manifesta no asseguramento aos profissionais de saúde a objeção de consciência. A objeção de consciência consiste em um direito de recusa ao cumprimento de atos que afrontem com valores individuais, sejam eles de cunho religioso, moral, humanístico, filosófico

³⁸⁸ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

³⁸⁹ DIAS, ref 292, p. 255

³⁹⁰ DIAS, ref 292, p. 256

³⁹¹ PORTUGAL. *Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Interrupção voluntária da gravidez* [em linha]. 2007 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=913A0008&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=



ou ético, inclusive está previsto na Constituição da República Portuguesa no art. 41.º, 6.³⁹²

Dessa forma, o artigo 6.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril prevê aos profissionais de saúde a recusa de qualquer ato respeitantes à interrupção voluntária da gravidez. No entanto, de acordo com o art. 37.º, 3 do Código Deontológico dos Médicos, em casos de urgência e que não houver outro médico disponível, essa objeção não pode ser invocada³⁹³.

A temática esteve em pauta recentemente quando em junho de 2021 o Parlamento Europeu aprovou uma recomendação de uma limitação a objeção de consciência, uma vez que de acordo com esse relatório, o aborto se trata de um direito humano e a objeção seria um impeditivo ao direito a saúde das mulheres. Todavia, a recomendação não tem efeito vinculativo³⁹⁴.

Em prosseguimento, salienta-se que a lei da interrupção voluntária da gravidez (Lei n.º 16/2007, de 17 de abril) encontra-se como o diploma vigente em território português acerca da temática. No entanto, conforme demonstrado acima no que tange a objeção de consciência, há também outras críticas e debates.

As críticas concernem principalmente quanto ao período gestacional limite para a realização da IVG (Interrupção Voluntária da Gravidez) e também quanto ao período de reflexão, estando esse último atrelado a uma contribuição para o estigma entorno da prática.

Elucidando o exposto, em setembro de 2021 a deputada não inscrita Joacine Katar Moreira entregou o Projeto de Lei n.º 953/XIV/3ª pelo alargamento do prazo legal de acesso à interrupção voluntária da gravidez e pelo fim do

³⁹² PAMPLONA, Raquel; CARDOSO, Soraia. *Os novos contornos do direito de objeção de consciência: Os fundamentos e a evolução do direito à objeção de consciência no direito constitucional português. análise de um direito em permanente evolução e presente em diferentes realidades*. Direito, Estado e Religião. 2015, (3), p. 4.

³⁹³ PORTUGAL. *Código deontológico dos médicos. Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro* [em linha]. 2009 [consult. 3 out 2021]. Disponível em: https://www.pgdisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tabela=leis&so_miolo=#:~:text=%3A%3A%3A%20Regulamento%20n.%C2%BA%2014%2F2009%2C%20de%2013%20de%20Janeiro&text=Um%20C%C3%B3digo%20Deontol%C3%B3gico%20destinado%20a,no%20decorso%20do%20exerc%C3%ADcio%20profissional

³⁹⁴ MESQUITA, Henrique Pinto De. *Parlamento Europeu quer fim de objeção de consciência no aborto*. 27 jun 2021 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: <https://ionline.sapo.pt/artigo/738961/parlamento-europeu-quer-fim-de-objecao-de-consci-ncia-no-aborto?seccao=Portugal>

período de reflexão. A deputada propõe que esse prazo seja estendido para 14 semanas³⁹⁵.

Em outra órbita, há movimentos que prezam pela proteção da vida, defendendo que essa merece atenção e proteção desde a concepção até a morte natural. Evidenciando que a promulgação da lei não extinguiu a polarização, está na Caminhada pela Vida que ocorreu em outubro de 2021, demonstrando a contemporaneidade do debate³⁹⁶.

Ao falar sobre números, a obra “Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional” afirma que a legislação mais permissiva não se traduziu em um número maior de abortamentos. Ao longo dos anos não se ultrapassou o valor estimado do período anterior a despenalização, tendo seu pico ocorrido em 2011 e uma tendência de queda desde então³⁹⁷.

Outrossim, de acordo com a mesma obra citada acima, houve uma queda considerável no número de atendimento de complicações em virtude do aborto ilegal e também uma queda no número de mortes maternas³⁹⁸. De acordo com o antigo diretor geral de saúde, Francisco George, em 2017 Portugal era o país europeu com menor quantidade abortos³⁹⁹.

Importante mencionar que ainda que exista uma legislação mais permissiva, o aborto ainda se encontra como uma conduta tipificada, no rol de crimes contra a vida (intrauterina), no título de crimes contra as pessoas do Código Penal português.

Além das já elencadas, essa questão citada acima é outra importante distinção entre a legislação portuguesa e a brasileira. Conforme repetidamente

³⁹⁵ LUSA. Joacine Katar Moreira propõe alargamento para 14 semanas do prazo legal para abortar. 28 set 2021 [consult. 10 fev 2022]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/09/28/politica/noticia/joacine-katar-moreira-propoe-alargamento-14-semanas-prazo-legal-abortar-1979109>

³⁹⁶ RENASCENÇA. Caminhada pela Vida desafia todos os que acreditam “na dignidade e beleza da vida”. 22 out 2021 [consult. 12 out 2021]. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2021/10/22/caminhada-pela-vida-desafia-todos-os-que-acreditam-na-dignidade-e-beleza-da-vida/257729/>

³⁹⁷ VICENTE, Lisa Ferreira. *Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional*. Cad. Saúde Pública [em linha]. 2020, 36(1), 1–6, p. 4 [consult. 5 out 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csp/2020.v36suppl1/e00036219/pt>, p.4.

³⁹⁸ VICENTE, ref 387, p. 5

³⁹⁹ LUSA. Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi “um sucesso”, diz Francisco George. 14 set 2017 [consult. 4 set 2021]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386>



anunciado, a norma penal portuguesa rotula o aborto como crime contra a vida intrauterina, enquanto a brasileira não realiza essa distinção.

Com efeito, a vida intrauterina ostenta uma autonomia ao falar de valores tutelados pela norma penal. O Comentário Conimbricense dirigido pelo jurista português Jorge de Figueiredo Dias aponta que o bem jurídico aqui citado, não se mistura com o bem jurídico vida, o que inclusive explicaria as distinções encontradas entre a norma do aborto e o homicídio (como a não punição de atos culposos)⁴⁰⁰.

A obra afirma que o aborto é uma conduta penalmente típica, ou seja, ao se deparar com hipóteses permissivas, como as já demonstradas no presente, não se está perante a descriminalização do comportamento e sim de circunstâncias que o justifiquem ou não o tornem punível⁴⁰¹.

Conforme já exposto em outro momento no presente trabalho, a afirmação de descriminalização ou despenalização da prática sem especificar a espécie, se torna uma fala incompleta ou mal compreendida. Uma vez que ao considerar diversas normas do globo ou até mesmo as aqui analisadas, não estamos diante de uma descriminalização completa e sim de espécies. Visto que o aborto como gênero não deixou de ser crime por completo ou isento de penas, havendo um limite para esse.

Corroborando esse entendimento está a norma do próprio código penal português, afinal, se o aborto ocorrer em violação aos preceitos indicados (com a necessidade da intervenção de um médico, respeitando o modelo de prazos e outros), o ato será ilícito – afastando hipóteses excepcionais e imediatas para resguardar a saúde da mulher⁴⁰².

Convém ressaltar de forma analítica, a norma penal aqui analisada encontra-se em contradição ao exposto na literalidade da lei civilista e também nos entendimentos jurisprudências, uma vez que ainda que há uma explicação no sentido de que a norma penal especifique o atento a vida intrauterina, dessa maneira diferenciando esse último para a pessoa jurídica (nascidos), o título que a norma está inserida é aquele que atine acerca dos crimes contra a pessoa, gerando dessa maneira o correto questionamento acerca da existência ou não da personalidade jurídica do nascituro.

⁴⁰⁰ DIAS, ref 292, p. 224

⁴⁰¹ DIAS, ref 292, p. 226

⁴⁰² Vide art. 142 do Código Penal Português (PORTUGAL, ref 74, *online*)

5 ROTULAÇÃO DO ABORTO COMO CRIME CONTRA A VIDA

O aborto está em pauta e isso não é uma discussão exclusiva da última década. A discussão em torno do aborto engloba diversos elementos, como aqueles explanados no capítulo anterior, o que em muito contribuiu para os debates contemporâneos.

A importância da explanação desses concerne principalmente quanto a necessidade de entender o presente, sem ignorar o passado, uma vez que os elementos básicos do debate são explicados por esses conceitos históricos.

Por conseguinte, o presente capítulo busca uma tentativa de resposta minimamente satisfatória quanto a uma potencial problemática que é a rotulação do aborto como crime contra a vida.

O papel da lei é principalmente regular os comportamentos dos indivíduos de acordo com os princípios da sociedade em que estão inseridos. É evidente que a lei não está apta a elencar todas as possibilidades existentes de conflitos, afinal, a sociedade está em constante evolução e novas questões surgem com o tempo. Ainda assim, a lei deve estar em conformidade, a fim de que pelo menos seja possível minimizar algumas discussões e proteger os bens jurídicos.

No entanto, conforme exposto alhures, são alguns os percalços para uma definição concreta do início da vida jurídica, em que estamos tratando sobre o momento em que um ser passa a ser detentor de direitos e deveres. Nesse viés se manifestam muitas divergências e os ordenamentos jurídicos ainda que tragam uma resposta, essa não é absoluta.

Geralmente os diplomas, para não se tornarem prolixos, se manifestam com uma certa objetividade. Porém, em um ramo como o direito que está sujeito a várias interpretações, é importante notar que em alguns momentos há uma necessidade de detalhamento, caso contrário estamos diante das constantes discussões doutrinárias, que possivelmente existiriam de qualquer maneira, mas talvez em outra proporção.

Cabe ressaltar que uma modificação nos diplomas civilistas, com uma conceituação certa do início da personalidade jurídica e na questão da ambiguidade é uma solução vislumbrada. Todavia, aquela adotada ainda



encontraria manifestações dos defensores da contrária, além da possibilidade problemática em matérias como do direito aos alimentos gravídicos ou do próprio aborto.

Ademais, a título de complementação, não necessariamente a questão resolveria a problemática, já que autores como o filósofo Ronald Dworkin, afirmam que a problemática entorno da delimitação dos interesses jurídicos da vida potencial não manifesta uma resposta adequada na doutrina da personalidade jurídica. O autor entende que a questão em desacordo ao aborto se fundamenta mais em uma consideração de um valor intrínseco da vida humana (o que ele chama de objeção destacada), do que equiparar o nascituro ao ser humano com vida. Uma vez que na opinião do filósofo, considerando em si mesmo o feto só passa a ter interesses a partir de um determinado momento da gestação⁴⁰³.

Por conseguinte, não apenas os diplomas civilistas carecem de uma disposição pontual e clara. Conforme exposto outrora, considerando a Constituição brasileira e também a portuguesa, não é revelado quando surgiria a vida e nem quando essa deveria ser protegida. Porém, ambas evidenciam quanto a importância preliminar dessa, atestada através da existência de uma redação que trate quanto a sua inviolabilidade.

Nesse viés se manifestam muitas das discussões entorno da temática. O direito à vida do nascituro é o principal argumento daqueles que se manifestam contrários a hipóteses de descriminalização ou despenalização do aborto.

A afirmação acima encontra um maior respaldo quando na análise da norma penal brasileira e portuguesa, o aborto está elencado no rol dos crimes contra a vida e vida intrauterina respectivamente, dentro do título de crimes contra a pessoa.

Considerando as normas aqui analisadas, o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, dentre os quais se sublinham a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, elencados no *caput* do citado artigo. Há uma vedação expressa a existência de propostas de emendas

⁴⁰³ PIRES, ref 5, p. 77, 93

que pretendam abolir ou modificar esses direitos, o que os constitui como cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, inciso IV da CRFB)⁴⁰⁴.

Ao considerar a norma portuguesa, os direitos, as liberdades e as garantias pessoais são elencadas ao longo do título II da Constituição da República Portuguesa, destaca-se a inviolabilidade do direito à vida, o direito à integridade pessoal física e moral, o desenvolvimento da personalidade, à liberdade e à segurança, todos esses fundados no respeito a dignidade da pessoa humana⁴⁰⁵. Há uma previsão de em casos de revisão constitucional, um limite no que concerne ao respeito obrigatório aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos⁴⁰⁶.

Conforme exposto alhures, o Estado Democrático de direito tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais, assim como, atuar em uma concretização desses nos domínios legislativos, administrativos e judiciais. A Constituição se manifesta como a fundamentação válida do ordenamento jurídico, havendo uma proibição a existência de normas que a contrariem. Dessa maneira, o respeito e a proteção aos direitos e garantias individuais são requisitos em qualquer legislação infraconstitucional.

Hans Kelsen, considerado o principal filósofo do positivismo jurídico, identificava a Constituição como a norma jurídica suprema, dessa forma, uma norma jurídica para ser válida deve atrelar sua validade fundamentando-se em uma norma superior, ou seja, as normas devem amoldar aos parâmetros constitucionais ou serão declaradas inconstitucionais⁴⁰⁷.

Dentre esses direitos fundamentais previstos na Constituição, um se demonstra o ponto fulcral para este trabalho: a inviolabilidade do direito à vida. Sendo mais uma vez redundante, a redação constitucional de ambos ordenamentos diz que a vida é inviolável. Dessa maneira, há uma obrigatoriedade da não existência de previsões legais que desrespeitem esse conceito. Destaca-se novamente quanto a abrangência não apenas da vida genericamente, porém também a proteção a vida digna.

⁴⁰⁴ “DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (...)” (BRASIL, ref 6, *online*)

⁴⁰⁵ (Art. 1.º da CRP). (PORTUGAL, ref 7, *online*)

⁴⁰⁶ “Artigo 288.º Limites materiais da revisão. As leis de revisão constitucional terão de respeitar: (...) d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;” (PORTUGAL, ref 7, *online*)

⁴⁰⁷ BERNARDI, Renato; NASCIMENTO, Francis Pignatti do. *A supremacia da constituição e a teoria do poder constituinte*. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP. 2018, 11(1), 246–264, p. 249



A dignidade da pessoa humana é mais do que apenas um princípio basilar dos ordenamentos por ora analisados, mas se trata de um atributo do ser humano e uma condição em virtude de sua humanidade. Verifica-se, portanto, que o respeito a inviolabilidade da vida é um elemento fulcral para a efetivação do princípio da dignidade humana, se manifestando como um pressuposto de um princípio fundamental do direito.

Conforme já explanado, toda norma infraconstitucional tem o dever de acatar os mandamentos constitucionais, assim, o Código Penal consagra-se com a preservação dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para afrontar condutas criminosas que prejudicam ou ameacem prejudicar bens jurídicos valiosos daquela sociedade e, mais precisamente, através do Código Penal ocorre a proteção da sociedade, ao defender os bens jurídicos fundamentais.

Nessa esfera, o assunto do aborto provocado vem à tona. A expulsão voluntária (ou provocada sem o consentimento da gestante) do fruto da concepção está elencada nas normas penalistas como um atentado contra a vida, no entanto, as mesmas normas preveem hipóteses permissivas, a legislação brasileira inclusive conta com uma maior rigidez ao tratar a temática.

Estará dessa forma as normas penais analisadas adotando uma teoria concepcionista? Nesse domínio, se está diante de uma diferenciação na análise das duas legislações. Em um primeiro momento recorda-se a legislação brasileira: a Constituição não estipula o que é vida, nem o seu momento inaugural; o Código Civil designa uma ambiguidade quanto ao início da personalidade jurídica, abrindo margem para ambas teorias doutrinárias — concepcionista e natalista; e por fim, o Código Penal titulariza o aborto como uma conduta que fere a vida e traz hipóteses muito rígidas para a permissibilidade da conduta.

Salienta-se que o aborto está catalogado nos capítulos que versam sobre um atentado a vida humana desde o diploma penalista do Brasil Império.

Consequentemente, a norma penalista, ao estabelecer esse delito no rol previamente citado adota o posicionamento que há uma proteção a vida do nascituro. Além do mais, não há qualquer tipo de ressalva quanto ao momento inaugural dessa proteção, ou seja, a interpretação do Código Penal brasileiro



leva a crença que a vida do nascituro é um bem jurídico que deve ser protegido em todos os estágios de desenvolvimento intrauterino. Inference-se, dessa maneira, que o referido código adota um viés concepcionista.

No que diz respeito a legislação portuguesa, esta se manifesta da seguinte maneira: igualmente não há uma estipulação constitucional do momento inaugural da vida; ao considerar a literalidade do diploma civilista, a personalidade jurídica se adota com o nascimento com vida, no entanto há julgados no sentido de que o reconhecimento da personalidade está fora dos alcances da lei, assim como entendimentos doutrinários quanto a existência de contradições na norma; e por fim, o Código Penal elenca o aborto como crime contra vida intrauterina, no título de crimes contra a pessoa, trazendo, no entanto, hipóteses mais permissivas, como a que respeita a vontade da gestante (com um limite na 10^o semana).

Todavia, um elemento fulcral deve ser novamente destacado. O entendimento dominante do mais alto Tribunal do sistema judicial português atesta que o nascituro tem uma clara relevância a título de bem jurídico a ser protegido, afinal, há uma figura penal autónoma para sua proteção, além de sua potencialidade em virar pessoa.⁴⁰⁸

No entanto, é de opinião categórica que apesar de sua devida importância, o nascituro não pode ser visto como detentor do mesmo título reconhecido aos nascidos, por não ser pessoa. O tribunal fez referência da seguinte passagem do Acórdão n.º 85/85, que no que tange a vida intrauterina escreveu o seguinte: “a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito – que só cabe a pessoas”⁴⁰⁹

Dessa maneira, na opinião majoritária do tribunal, a sua proteção é sim merecida, porém é progressiva junto do avanço da gestação em que o nascituro está inserido.⁴¹⁰

Todavia, há de se indagar a opinião do Tribunal Constitucional, uma vez que ainda que em concordância com a interpretação da norma civilista de conferir status de pessoa apenas às pessoas nascidas e igualmente apesar de

⁴⁰⁸ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

⁴⁰⁹ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

⁴¹⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

efetivamente haver uma figura autónoma na norma penal (vida intrauterina), o crime do aborto está previsto no título de crimes contra a pessoa, sendo assim, de acordo com a literalidade da norma penal, o aborto é uma ofensa contra a “pessoa” intrauterina.

Há uma clara distinção nas normas comparadas, uma vez que a norma portuguesa além de prever o aborto livre (com limite), traz outras possibilidades mais permissivas já citadas no capítulo anterior. Em contrapartida, a norma brasileira, propicia um tratamento diferenciado, em virtude da máxima proteção do nascituro em todos os estágios de desenvolvimento, entretanto, o que está em pauta é a rotulação do crime, que novamente está listado nos crimes contra a vida intrauterina, no título de crime contra as pessoas.

Isto posto, embora a literalidade da lei civilista leve a uma interpretação natalista, o Código Penal adota um viés concepcionista em virtude do campo que se encontra a norma, pois afinal, ainda que a norma portuguesa demonstre uma figura autónoma ao diferenciar a vida, da vida intrauterina, ainda se pode considerar através da **literalidade do título “dos crimes contra a pessoa”** e do rol, que se trata da vida de uma “pessoa”, ainda que seja a intrauterina.

De uma forma a diferenciar o disposto, se manifesta um exemplo de legislação que não adota o mesmo tratamento. Nos Países Baixos, o aborto provocado encontra uma larga aceitação jurídica, uma vez que ele só encontra punibilidade se a interrupção ocorrer de forma tardia e posterior a 24 semanas e também em desrespeito aos pressupostos previstos na lei⁴¹¹.

Outrossim, ao menos no que tange o Código Penal, a figura encontra sua própria rotulação ao estar elencada na parte que trata sobre “interrupção de gravidez”. Logo, há um bem jurídico a ser protegido, afinal há uma proteção ao nascituro ainda que tardia, porém está disposto no Código Penal em uma figura própria e diferenciada que um atento contra a vida⁴¹².

Em prosseguimento da temática, os códigos penais analisados adotam um viés concepcionista ao rotular o aborto como um crime contra a vida? Dessa forma, as hipóteses permissivas estariam em contradição a isso? Atuando em uma esfera de inconstitucionalidade material?

A resposta nesse momento carece de algumas explicações a priori.

⁴¹¹ KUAN, ref 372, p. 98

⁴¹² PAÍSES BAIXOS. *Wetboek van strafrecht*. 1 jan 2022 [consult. 3 set 2021]. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2022-01-01>



O jurista português Jorge Bacelar Gouveia aponta em sua obra “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976” uma certa assiduidade no plano doutrinário, da existência de uma dedução que os direitos fundamentais individuais estão em um patamar superior. Há também um entendimento que dentro deles próprios existe uma hierarquização, cabendo a resolução de conflitos a ser baseada em uma “tabela rígida”⁴¹³.

No entanto, o próprio autor traz opiniões quanto a ineficácia dessa última teoria. Uma vez que em casos de colisão de direitos fundamentais há uma necessidade de uma perspectiva casuística, seguindo a teoria da ponderação de bens jurídicos. O que ocorre principalmente porque essa solução rígida, abstrata e absoluta não atende a todos os conflitos existentes, especialmente no que tange a aqueles da mesma “categoria hierarquizada”.⁴¹⁴

O segundo capítulo desse presente trabalho tratou do tema ao fazer apontamentos acerca das resoluções passíveis em casos de conflitos entre normas. Uma delas chama atenção no momento e se trata aquela relativa ao conflito entre princípios.

Nesse panorama, na hipótese de colisão de direitos fundamentais expressos na forma de princípios, conforme exposto, o jurista Robert Alexy defende a utilização da técnica de sopesamento, ou seja, uma necessidade de equilíbrio ao realizar a análise de uma situação fática. Isto posto, relembra-se que não é atestar menor importância a um dos princípios, se trata do contrário, em manifestar uma igual importância a esses. Dessa maneira, o autor defende a necessidade de uma ponderação para resolução, para conferindo lugar a aplicação de outro princípio que se mostre mais pertinente no caso concreto, sem retirar a importância do outro no ordenamento jurídico⁴¹⁵.

Ainda nesse viés de analisar a tendência conflituante entre os princípios, a jurisprudência constitucional germânica elaborou o princípio da concordância prática, o qual afirma que a aplicabilidade de uma norma constitucional deve agir concomitantemente com a totalidade das normas constitucionais. Uma vez que há uma visão dessas normas como uma unidade, ou seja, devem ser interpretadas de forma que a sua aplicação não ponha em causa a aplicação de outra norma, um verdadeiro equilíbrio⁴¹⁶.

⁴¹³ GOUVEIA, ref 16, p. 79

⁴¹⁴ GOUVEIA, ref 16, p. 79

⁴¹⁵ CARDOSO, ref 57, p. 145

⁴¹⁶ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito constitucional I* [em linha]. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019



Elucidando o exposto, a autora Suzana Tavares da Silva, cita o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010 (Portugal) que discutiu quanto a inconstitucionalidade da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. No caso em tela, havia um conflito da aplicabilidade de dois valores constitucionais distintos, a inviolabilidade da vida intrauterina e a liberdade da mulher. O Tribunal acordou por maioria dos votos que “a concordância prática entre os dois valores era compaginável com a solução de admitir a interrupção voluntária da gravidez, até às 10 semanas, dependendo a mesma apenas de uma comprovação do referido prazo e da livre vontade da gestante”⁴¹⁷.

Insta salientar novamente, que na opinião do Tribunal Constitucional do país, o nascituro no início da gestação sequer tem o mesmo valorativo jurídico que a pessoa nascida, no caso em tela, especificamente a grávida. Porém, apesar da falta de uma posição igualitária, isso não caracteriza a absoluta prevalência dos interesses das mulheres, pois há uma necessidade de uma proteção a vida intrauterina. Sendo dessa maneira, viável e necessária a ponderação dos interesses em causa, o que explica o atual regime de prazos (aborto livre até a 10ª semana) e de indicações (aborto necessário, sentimental e afins)⁴¹⁸.

Com efeito, o entendimento do Tribunal Constitucional confere de forma afirmativa ao nascituro uma tutela objetiva no âmbito de proteção constitucional. Todavia, esse inferior a vida e estando suscetível a estar em uma posição secundária, especialmente no início da gestação, ao se deparar em conflito com outros valores fundamentais⁴¹⁹.

Ou seja, a opinião do Tribunal Constitucional seria no sentido diverso de considerar a norma penal puramente concepcionista, uma vez que o nascituro não é considerado pessoa. Porém, considerando o título que a norma está inserida “dos crimes contra a **pessoa**”, há de se afirmar um viés concepcionista, o que continuaria a ensejar o questionamento feito acima acerca da existência de hipóteses permissivas estarem ou não em contradição a Constituição.

Igualmente se manifesta a norma brasileira, posto que além de elencar o aborto como um crime contra a vida, sem uma distinção, também confere o título de crimes contra a pessoa a essa norma.

⁴¹⁷ SILVA, ref 417.

⁴¹⁸ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.

⁴¹⁹ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ref 150.



Retornando ao assunto supracitado, de forma a encontrar uma resposta minimamente satisfatória quanto a existência de uma afronta a Constituição: as técnicas de ponderação de bens (sopesamento) e do princípio da concordância prática encontram algumas similaridades, no entanto, o estudo aprimorado nessas técnicas ainda que seja uma matéria valorosa, não é o enfoque nesse momento. Todavia, uma semelhança merece um destaque, aquela que demonstra a existência de conflitos dos direitos fundamentais expressos na forma dos princípios. O que se demonstra como uma prova cabal da relatividade desses direitos.

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, embora os direitos fundamentais se manifestem como um pilar do Estado Democrático de direito em virtude de seu forte conteúdo axiológico, estão propensos a relatividade, uma vez que há normas de igual importância que possam conflitar com essas, a relatividade é necessária em nome da coexistência dessas.

Em continuação e se tratando diretamente da temática, já é tema pacífico e redundante nesse presente trabalho que o direito à vida é inviolável, supondo o teor absoluto da norma e considerando a teoria concepcionista — em virtude da rotulação do aborto como crime contra a vida e do título dos crimes contra a pessoa— qualquer hipótese que considerasse legal a interrupção da gravidez estaria em rota de colisão com esse entendimento, incidindo em uma inconstitucionalidade.

Entretanto, os próprios ordenamentos flexionam esse direito em situação específicas, assim como flexionam outros direitos fundamentais — conforme exemplificado no segundo capítulo. Para mais, as hipóteses permissivas que atualmente permitem o aborto, especialmente as brasileiras, igualmente encontram respaldo na norma constitucional.

Nas hipóteses permissivas no exemplo brasileiro, aborto necessário e aborto sentimental, igualmente o direito à vida é protegido, não só apenas a vida genericamente, porém também a proteção da vida digna. A antecipação terapêutica de fetos anencéfalos encontra o mesmo preceito. Novamente está em pauta direitos consolidados e fundamentais, mas dessa vez das mulheres.

Ao considerar o exemplo português, igualmente as normas permissivas visam a proteção de normas fundamentais, as mesmas do Brasil e também o direito à liberdade, além de majoritadamente o entendimento que a vida intrauterina



em um primeiro estágio tem diferença valorativa quando em comparação com a pessoa nascida.

Os interesses da vida intrauterina, quando tuteláveis, não eliminam a proteção constitucional dos direitos das mulheres gestantes, assim como, o inverso também ocorre. Já fora estipulado que os códigos penais aqui analisados parecem creditar a teoria concepcionista como a escolhida. Dessa maneira, em uma pura análise a norma, igualmente o nascituro tem proteção nos ordenamentos, uma vez que não há uma descriminalização no sentido amplo.

O que ocorre é o chamado conflito entre direitos fundamentais. O mais chamativo entre esses está no aborto necessário, uma vez que não só se trata de proteção um direito fundamental, mas do mesmo bem jurídico a ser tutelado, porém com sujeitos diferentes, ou no exemplo português, bens jurídicos semelhantes, porém tendo o ser intrauterino, sua autonomia.

Finalmente, a rotulação do aborto como crime contra à vida, com a existência de hipóteses permissivas se manifesta como uma contradição? A resposta é sim — considerando a literalidade — e não, pois a existência de uma legislação puramente restritiva e sem nenhuma exceção igualmente seria um atentado contra a vida, especialmente no aborto necessário, dessa maneira é necessário entender os direitos fundamentais como um sistema, havendo por vezes uma interação conflituante entre esses.

6 CONCLUSÃO

Consoante o disposto no presente trabalho, a temática do aborto aflora debates em diversas vertentes, além das morais, que não são objeto central de discussão no momento, também as jurídicas, já que as indagações em torno do tema trazem em evidência institutos com uma elevada importância no direito, como o instituto da dignidade da pessoa humana, a problemática quanto a inviolabilidade do direito à vida e o limite da autodeterminação.

O capítulo anterior tratou de realizar uma espécie de conclusão antecipada do presente trabalho, onde finalmente foi pormenorizada a questão que extensamente recorreu ao longo desse trabalho.

Afinal, o aborto elencado como um crime contra a vida e a existência de hipóteses permissivas atenta quanto ao texto constitucional ou quanto a própria rotulação? Essa foi a pergunta que motivou esse trabalho e que esteve presente de diferentes formas ao longo do texto.

A resposta, no entanto, não é exata, assim como o direito se manifesta. A resposta é dúbia, uma vez que ela é o simples, mas complexo (exatamente dotada de contradição): sim e não.

Mister se faz salientar que ao longo desse trabalho diversas vezes foi apontado quanto ao direito garantido e fundamental nas constituições, aquele que versa quanto a inviolabilidade do direito à vida. Dessa maneira, o vocábulo “inviolável” presente nas constituições só poderá significar que se trata de um direito que não poderá ser violado, especialmente ao considerar a literalidade da norma.

Ainda que não exista um consenso unitário da teoria doutrinária de personalidade jurídica que o sistema como um todo adota. Se concluiu com o presente trabalho que no que concerne especialmente as normas penais analisadas, o nascituro é dotado de vida jurídica, já que o crime do aborto, ou seja, aquele que o sujeito passivo é o nascituro, está tipificado no capítulo de crimes contra a vida (ou intrauterina), no título de crimes contra a pessoa.

Apesar que conforme ostensivamente demonstrado, a redação portuguesa traz uma distinção ao incluir a intrauterina em suas linhas, o que ensejou em um entendimento dominante da jurisprudência constitucional portuguesa no sentido de não conferir o mesmo sentido valorativo a vida intrauterina, a vida.



A afirmação acima poderia extinguir a afirmação de que a norma portuguesa adote ao considerar sua redação, um viés concepcionista, já que se estaria a diante de uma figura autónoma (diferente da vida da pessoa jurídica), no entanto, se ressalta que não somente o rol chama atenção – dos crimes contra a vida intrauterina -, mas também e especialmente o título que esse capítulo está inserido – dos crimes contra a pessoa.

Dessa maneira, mesmo em virtude do entendimento jurisprudencial e da norma civilista, que se difere de uma nação a outra, frisa-se que ao final, ambas normas tipificadas se encontram no rol de crimes contra a pessoa, o que enseja em uma interpretação que as normas aqui analisadas elencam o nascituro como pessoa.

Ressalta-se que apesar de estar elencada como um direito fundamental, as constituições aqui analisadas não são específicas sobre o momento inaugural da vida jurídica e a partir de qual momento todos os preceitos presentes na constituição, inclusive este, estariam “ativos”.

Porém, outra vez considerando a maneira que o Código Penal escolheu elencar o aborto e trazendo à tona o pensamento de inviolabilidade do direito à vida, qualquer norma que encontre hipóteses permissivas está incorrendo em uma inconstitucionalidade, certo? Sim, mas também errado.

A explicação é simples, porém também complexa. Ao analisar os estados democráticos de direito está-se diante de uma interpretação sistemática, ou seja, a norma não pode ser vista apenas de forma isolada, pois o direito existe como sistema, isto é, há necessidade de compreender todo o sistema com sincronia e de forma ordenada.

Ao compreender a afirmação acima entende-se a dubiedade citada outrora. A discussão não apenas é exclusiva da esfera da concretização do direito à vida do nascituro, mas também dos direitos fundamentais da mulher gestante.

Finalmente, dois entendimentos somados são primordiais aqui, o direito como um grande sistema e a relatividade como característica dos direitos fundamentais, ao final, se chega à conclusão que, a coexistência das normas que assiste a ciência jurídica.



REFERÊNCIAS

ARTIGOS

ALMEIDA, Sávio Silva de. *Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro*. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito [em linha]. 2017, 2(6) [consult. 27 out 2021]. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/27925/18380>

ALVES, Magda et al. *A despenalização do aborto em Portugal discursos, dinâmicas e acção colectiva: os referendos de 1998 e 2007*. 2009.

AMES, Maria Clara Figueiredo Dalla Costa et al. *Dinâmicas da agenda do aborto no Senado Federal: de 1988 a outubro de 2020*. Cad. EBAPE.BR [em linha]. 2021, 19(1), 656-674 [consult. 30 out 2021]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/84339/79903>

AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas*. Revista de Informação Legislativa [em linha]. 2005, 42(165), 123–134 [consult. 10 dez 2021]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf

AMORIM, José de Campos. *Contributos para uma reflexão em torno do conceito de estado de direito*. IPP/ISCAP [em linha]. 2017 [consult. 4 set 2021]. Disponível em: https://www.iscap.pt/cei/e-rei/n5/artigos/Jose-Amorim_Estado-de-Direito.pdf

ANDRADE, Liliane Lopes. *A determinação do início da vida: ciência versus direito*. Tempus – Actas De Saúde Coletiva [em linha]. 2013, 7(1), 115–131 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: doi:10.18569/tempus.v7i1.1279

ANTONIO, Carolina Calzolari; RI, Luciene Dal. *Aborto voluntário sob a perspectiva dos direitos fundamentais da constituição federal do Brasil de 1988*. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas. 2017, 82–100.

AZEREDO, Jéferson Luis de; SERAFIM, Jhonata Goulart. *Relações de gêneros: (des)construindo conceitos a partir dos códigos penais de 1890 e 1940*. Rev. Técnico Científica (IFSC). 2012, 3(1), 432–446.

BACELAR, Simônides. *Questões de linguagem médica: aborto ou abortamento?* 2009 [consult. 9 set 2021]. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/27467>



BALBINOT, Rachele A. A. *O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas*. Revista Seqüência [em linha]. 2003, 1(46), 93–119 [consult. 7 nov 2021]. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/artic/e/view/15293/13896>

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de. *Bioética no início da vida*. Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor. 2010, 2(1), 41–55.

BARROS, Alessandra. *Limites à condenação do aborto seletivo: a deficiência em contextos de países periféricos*. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva [em linha]. 2003, 13(2), 35-48 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/sk7pXk8CmhdCp6QPvtNZwdD/?format=pdf&lang=pt>

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula De. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da EMERJ [em linha]. 2003, 6(23), 25–65 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf

BERNARDI, Renato; NASCIMENTO, Francis Pignatti do. *A supremacia da constituição e a teoria do poder constituinte*. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP. 2018, 11(1), 246–264.

BISPO, Ingrid. *O aborto e suas multifacetadas no estado brasileiro*. Revista CEJ [em linha]. 2017, 21(72), 54–67 [consult. 10 set 2021]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.72.06.pdf

BOMFIM, Vitoria Vilas Boas da Silva et al. *Mortalidade por aborto no Brasil: perfil e evolução de 2000 a 2020*. Research, Society and Development [em linha]. 2021, 10(7), 1–8 [consult. 11 jan 2022]. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/16866/15054>

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Revista Direitos Fundamentais & Justiça [em linha]. 2008, (3), 82–93 [consult. 16 out 2021]. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>

CAMIN, Gustavo Vinícius; FACHIN, Zulmar. *Teoria dos direitos fundamentais: primeiras reflexões*. Revista Jurídica Cesumar [em linha]. 2015, 15(1), 41–54 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: doi:10.17765/2176-9184.2015v15n1p41-54

CAMPOS, Álisson Thiago; ANDRADE, Assis e Gleydson Ferreira. *A força normativa do pacto de San Jose de Costa Rica frente ao ordenamento jurídico*



brasileiro. Athenas [em linha]. 2018, 1(7), 20–33 [consult. 24 nov 2021]. Disponível em: https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_vol1_2018_artigo02.pdf

CAMPOS, Mónica Martínez De; 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 [em linha]. 2015, 1(3), 117–135 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1385/1/38-144-2-PB.pdf>

CANÁRIO, Catarina; FIGUEIREDO, Bárbara; RICO, Miguel. *Abortamento: enquadramento legal, deontológico e perspectiva ética*. Acta Med Port [em linha]. 2011, 24(4), 791-798 [consult. 17 jan 2022]. Disponível em: [http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/270/2/2%20%20Canário%20Figueiredo%20%20Rico%20\(2011\)%20Acta%20Médica%20Portuguesa.pdf](http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/270/2/2%20%20Canário%20Figueiredo%20%20Rico%20(2011)%20Acta%20Médica%20Portuguesa.pdf)

CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. *Do relativismo ético e jurídico do aborto quando da realização da redução embrionária*. Revista Jurídica Cesumar. 2012, 12(2), 553–578

CARDOSO, Diego Brito. *Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy*. Revista Constituição e garantia de direitos fundamentais. 2016, 137–155

CARDOSO, Regis de Andrade; MACHI, Andreza Cristina; SILVA, Danilo Ferraz Nunes da. *A herança do direito romano no direito brasileiro*. Revista Científic@ [em linha]. 2014, 2(1), 36–44 [consult. 6 nov 2021]. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/860/806>

CAVICHOLI, Anderson. *Lei nº 12.015/09: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro*. Revista Jurídica da Presidência [em linha]. 2011, 13(101), 657–685 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/162/155>

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Interrupção da gravidez: uma questão de direitos humanos*. Revista da EMERJ [em linha]. 2010, 13(50), 191–219 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_191.pdf

COSTA, Raphael Mendonça. *Tipos de aborto legal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 2017, 12(1), 243–264



COUTO, Diana Ferreira. *A justiça penal relativamente ao bem jurídico “vida humana”*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. 2016, 8(8), 179–201.

DIAS, Cinthia Gomes. *Características dos direitos fundamentais*. Anais do EVINCI [em linha]. 2015, 1(1) [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/574>

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa nacional de aborto 2016*. Ciência & Saúde Coletiva [em linha]. 2017, 22(2), 653–660 [consult. 19 nov 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>

EVANGELISTA, Marcela Boni; COUTINHO, Aline Beatriz. *Direito e reprodução: entrelaçamentos sobre aborto e autonomia nos oitocentos*. Projeto História [em linha]. 2021, 72(1), 161–181 [consult. 22 out 2021]. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/55124/38334>

FERNANDES, Anderson Eurico da Costa. *O início da personalidade jurídica*. Revista Jurídica Luso-Brasileira [em linha]. 2021, 7(3), 181–200 [consult. 21 nov 2021]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_0181_0200.pdf

FERNANDES, Maíra et al. *Os crimes contra a vida na reforma do código penal: uma visão médico-jurista*. Ciência e Cultura [em linha]. 2012, 64(2), 46–48 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a19v64n2.pdf>

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Revista de Informação Legislativa [em linha]. 2011, 48(128), 105–131 [consult. 10 nov 2021]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>

GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. 1999, 36(143), 191–210

GUIMARÃES, Fernanda Manteca. *O aborto legal por impossibilidade psicológica da mulher*. Revista de ARTIGOS CIENTÍFICOS dos Alunos da EMERJ [em linha]. 2018, 10(1), 428–444 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/tomos/tomol/versao_digital/428/#zoom=z



MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O paradoxo dos direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR [em linha]. 2010, 52. ISSN 2236-7284 [consult. 19 jan 2022]. Disponível em: doi:10.5380/rfdufpr.v52i0.30694

MARTINS, Nathalia Batschauer D'Avila; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. ADFP N° 442: *A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação pelo STF e a iminente violação ao princípio da separação de poderes*. Saberes da Amazônia [em linha]. 2018, 03(07), 190–215 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: <http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/322/269>

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica da Presidência [em linha]. 2000, 2(14) [consult. 16 dez 2021]. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011>

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. *Direito do trabalho novo*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg [em linha]. 2010, 51(81), 137–154

MIKAEL-SILVA, Thiago; MARTINS, Alberto Mesaque. *A legalização do aborto no brasil ao longo da história: avanços e desafios*. Revista Venezolana de estudios de la mujer [em linha]. 2015, 20(44), 197–214 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/267077912.pdf>

MORAES, Ricardo Quartim De. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa [em linha]. 2014, 51(204), 269–285 [consult. 9 jan 2022]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. *Roe versus wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais*. Universitas Jus [em linha]. 2007, 1(18), 1–79

NUNES, Amanda Luize. *Uso de evidências no debate constitucional sobre aborto: o conceito de direito à vida nos amici curiae da ADFP 442*. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília [em linha]. 2020, 18(1), 46-83 [consult. 19 nov 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783/27959>

PAMPLONA, Raquel; CARDOSO, Soraia. *Os novos contornos do direito de objeção de consciência: Os fundamentos e a evolução do direito à objeção de consciência no direito constitucional português. análise de um direito em permanente evolução e presente em diferentes realidades*. Direito, Estado e Religião. 2015, (3)



PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN, Beatris Francisca. *Direitos civis do nascituro*. Revista Destaques Acadêmicos. 2014, 6(2), 103–117

PIMENTA JUNIOR, Rubens Alves; NEVES, Helen Correa Solis. *A efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração pelo Poder Judiciário*. Revista da Faculdade de Direito [em linha]. 2014, 42(2) [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: doi:10.14393/RFADIR-v42n2a2014-5

RIBEIRO, Viviana Mendes. *O controle da reprodução está no coração da Organização Sócio-Política. A discussão sobre a descriminalização da prática da interrupção da gravidez voluntária no Brasil*. Revista da Defensoria Pública da União [em linha]. 2021, (15), 231–250. ISSN 2448-4555 [consult. 30 abr 2022]. Disponível em: doi:10.46901/revistadadpu.i15.p. 231-250

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Scientia Iuris [em linha]. 2004, 7, 340. ISSN 2178-8189 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: doi:10.5433/2178-8189.2004v7n0p340

RUBIO-MARÍN, Ruth. *Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu*. Revista Direito GV [em linha]. 2017, 13(1), 356–379, p. 370. ISSN 1808-2432 [consult. 30 abr 2022]. Disponível em: doi:10.1590/2317-6172201714

SANTOS, Bs et al. *Cometi um crime? Representações sobre a (i)legalidade do aborto*. Ciência & Saúde Coletiva [em linha]. 2012, 17(7), 1923–1932 [consult. 13 out 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/dqvs8smPzYnHxykJK74m8qc/?format=pdf&lang=pt>

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de . *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum. [em linha]. 1994, 4(2), 12–17 [consult. 5 nov 2021]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/38134/40867>

SHAW, Dorothy; NORMAN, Wendy V. *When there are no abortion laws: A case study of Canada*. Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology [em linha]. 2020, 62, 49–62. ISSN 1521-6934 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: doi:10.1016/j.bpobgyn.2019.05.010

SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende. *A transição para a democracia em Portugal e sua importância nos direitos fundamentais*. [sem data] [consult. 16 out 2021]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/1605/artigo%20de%20livro%20de%20homenagem%20a%20Esther.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



SOUZA, Valdomiro José de. *O aborto no brasil: um resgate das concepções morais católicas em contraposição aos grupos pró-aborto*. Revista Brasileira de História das Religiões [em linha]. 2009, 1(3), 1–13 [consult. 18 nov 2021]. Disponível em: http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/rbhr/o_aborto_no_brasil.pdf

STEINFELD, Rebecca. *Wars of the wombs: struggles over abortion policies in Israel*. Israel Studies [em linha]. 2015, 20(2), 1–26 [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/10.2979/israelstudies.20.2.1.pdf?refreqid=excelsior:7ec2d57a88a1cff2a0c68ba6f3e5d7de>

VASCONCELOS, Karina Nogueira; OLIVEIRA, Rodrigo Teles de. *Penalidade e colônia: da liberdade punitiva às ordenações filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco*. Revista Brasileira de História do Direito. 2016, 2(1), 261–283.

VICENTE, Lisa Ferreira. *Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional*. Cad. Saúde Pública [em linha]. 2020, 36(1), 1–6 [consult. 5 out 2021]. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2020.v36suppl1/e00036219/pt>

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.120.676/SC*, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07/12/2010, DJe 04.02.2011

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *13 fev 2007, 430.105-9*. [consult. 15 set 2021]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade*. 29 maio 2008, 3510 [consult. 9 nov 2021]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 124306*. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Ação declaratória de inexistência de dívida c/c danos morais, 30 maio 2017, 1.0021.15.001062-3/001* (Brasil) [consult. 11 set 2021]. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100211500106230012017575459>



BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.* [consult. 05 nov. 2021]. Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2893 de 15 maio 2019* [consult. 9 dez 2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2203415>

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 5364 de 2 jun 2005* [consult. 9 dez 2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288053>

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos.* [sem data] [consult. 16 jan 2022]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. *Parecer nº 16/2018. 2018* [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PE/2018/16_2018.pdf

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Org.). *Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 1950. Concil of Europe. [consult. 20 out. 2021] Disponível na Internet em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

PAÍSES BAIXOS. *Wetboek van strafrecht.* 1 jan 2022 [consult. 3 set 2021]. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2022-01-01>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Ed.). *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights.* 2019. [consult. 20 out. 2021] Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf

PORTUGAL. *Código deontológico dos médicos. Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro* [em linha]. 2009 [consult. 3 out 2021]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tab=leis&so_miolo=

PORTUGAL. *Código de Justiça Militar* [em linha]. Lei n.º 100 de 15 nov 2003 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2003-34499475>

PORTUGAL. *Código penal de 1852.* 10 dez 1852 [consult. 21 set 2021]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>



PORTUGAL. *Código penal português de 1886*. 16 set 1886 [consult. 18 set 2021]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional de 2005*. 1974. [consult. 05 nov. 2020]. Disponível na Internet em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PORTUGAL. *Decreto do Presidente da República* [em linha]. n.º 6-B/2021 de 13 jan 2021 [consult. 11 jan 2022]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-presidente-republica/6-b-2021-153917314>

PORTUGAL. *Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1982. Código Penal Português*. Lisboa, [consult. 05 nov. 2020]. Disponível na Internet em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0134&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 47344 de 25 nov 1966. Código Civil* [em linha]. [consult. 5 dez 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

PORTUGAL. *DL n.º 400/82, de 23 de setembro de 1982*. [sem data] [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

PORTUGAL. Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. *Interrupção voluntária da gravidez* [em linha]. 2007 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=913&tabela=leis&so_miolo=

LIVROS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [em linha]. São Paulo: Malheiros, 2008

BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles. *Direitos Humanos: um debate contemporâneo* [em linha]. Raleigh: Academia Brasileira de Produção Jurídica Discente, 2012

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Judicialização do aborto: o direito em caminhos tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal, parte especial, tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.



GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Portugal: 70, 2007.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Somos Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – volume 1: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRINGAUZ, Dafna De Oliveira e Luíza Trindade FREIRE. *O direito à vida e sua (in)violabilidade: uma análise crítica do acórdão brasileiro do TJRS nº 70081056442 (nº CNJ 0077553-55.2019.8.21.7000)*. Fevereiro 2020. Porto.

HOGEMANN, Edna Raquel. *Bioética, alteridade e o embrião humano* [em linha]. Rio de Janeiro: EDITORA MULTIFOCO, 2015. Disponível em: https://portal.estacio.br/docs/mestrado/bioetica_alteridade_oembriao_humano_edna_raquel_hogemann.pdf

IACOMINI, Vanessa. L. JUNIOR, Dalmir. *Bioética e Biodireito: fim da vida*. Curitiba: Juruá, 2015

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Antônio Carlos. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: parte geral 1*. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORATO, Antônio Carlos. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 12ª ed. Barueri: Manole, 2019.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Manual Teoria Geral de Direito Civil*. 4:ª Edição

OLIVEIRA, Barbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita Páscoa dos. *Capítulo I — natureza e conceito dos direitos fundamentais e direitos humanos* [em linha]. Simplíssimo Livros, 2015 [consult. 17 dez 2021]. Disponível em: https://igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/cap_1.pdf



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020

PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e constituição*. Curitiba: Juruá, 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Aqueles que nasceram: breve excursão sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais*. Organizado por Manuel da Costa ANDRADE et al. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *R. Dir. adID.*,. 1988

SILVA, Suzana Tavares da. *Direito constitucional I*. Coimbra: INSTITUTO JURÍDICO, 2016.

SUTTER, Rafael. *A inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Ideias e Letras, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. BDJur [em linha]. 2011 [consult. 14 jan 2022]. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/10132>

TRABALHOS ACADÊMICOS

AMORIM, Flávio Alexandre. *Lei de drogas: despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e o princípio da dignidade humana*. Monografia, UniEvangélica, 2019

ANDRADE, Eveline Maria Machado e Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da CUNHA. *Diferenciação entre regras e princípios e sua aplicação na jurisprudência do superior tribunal de justiça e do Supremo Tribunal Federal*. Universidade Federal de Pernambuco - UFPE [em linha]. 2014 [consult. 19 jan 2022]. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/616030/924116/Diferenciacao_entre_regras.pdf/db5eafb5-98bf-47d5-8f5d-df2b29fc900d

BAYER, Georgeana Darius Avila. *O aborto eugênico e a possível previsão legal*. Monografia, universidade do sul de Santa Catarina, 2010 [consult. 9 out 2021]. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6327/1/101417_Georgeana.pdf



BENTO, Verônica Santos. *Aborto eugênico*. Monografia, UniFMU, 2006

BERTONCELI, Géssica Karime. *A condição jurídica do nascituro e a vexata quaestio do início da sua personalidade: uma perspectiva luso-brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2017.

BOLAS, Beatriz Rosa Marques. *Aborto por negligência possível tipificação no ordenamento jurídico-penal português*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2020.

BORGES, Indiana Velho. *O aborto e o direito constitucional à vida*. Monografia, UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL, 2020 [consult. 5 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.uces.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6383/TCC%20Indiana%20Velho%20Borges.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CARNEIRO FILHO, Humberto João. *De persona a pessoa: o reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira*. Universidade Federal de Pernambuco, 2012 [consult. 18 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10198/1/TEXT0%20FINAL.pdf>

CUNHA, Guilherme Gratão. *Direitos de personalidade: violação ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Dissertação de mestrado, Universidade Autônoma de Lisboa, 2019

DIAS, Silvia Nayara De Almeida. *A impossibilidade da descriminalização do aborto nos casos de microcefalia*. Monografia, Faculdades Doctum de Caratinga, 2017 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <https://dSPACE.doctum.edu.br/bitstream/123456789/319/1/Silvia%20Nayara.pdf>

ESMERALDO, Jéssica Souza. *Os direitos do nascituro frente às problemáticas contemporâneas*. Monografia, Universidade Federal do Paraná, 2013 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35611/31.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Revista DIREITO UFMS [em linha]. 2015, 35–85 [consult. 7 out 2021]. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/19487/1/JBG_UFMS_2015.pdf

KUAN, Ngai In. *A interrupção da gravidez: motivação da república portuguesa e da república popular da china*. Dissertação de mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014 [consult. 23 nov 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/736>



MAMELUQUE, Leopoldo. *Do estado de necessidade no direito penal brasileiro e no direito penal comparado*. Dissertação de mestrado, UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2011 [consult. 19 out 2021]. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MQGNK/1/disserta__o_leopoldo_mameluque.pdf

MARTINHO, Priscilla de Almeida. *Interrupção voluntária da gravidez: um direito da mulher e uma questão de saúde pública*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2018

PARDAL, Cristiana Sofia de Oliveira. *Eutanásia – representações sociais*. Dissertação de mestrado, INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO, 2016 [consult. 16 nov 2021]. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29037/1/Eutanásia%20-%20Representações%20Sociais.pdf>

RIBEIRO, Natália Nardelli Emmerich. *Do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito: a evolução do papel do Juiz e considerações sobre o ativismo judicial*. III Seminário Internacional de Direito [em linha]. 2014 [consult. 6 jan 2022]. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2014/publicacoes/livro1/Natalia%20Nardelli%20Emmerich%20Ribeiro.pdf>

SOARES, Kely Francelino. *As gerações do direito e as novas perspectivas jurídicas da era digital*. Programa de Iniciação Científica (PIC), Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, 2014 [consult. 18 dez 2021]. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1311401298P524.pdf>

TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2009

TAVARES, Silvana Beline. *A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e Brasil*. Tese de doutorado, Universidade Estadual Paulista, 2020 [consult. 11 nov 2021]. Disponível em: https://agendapos.fclar.unesp.br/agenda-pos/ciencias_sociais/1415.pdf

VARA, Inês Antunes. *O aborto e a criação de uma lei internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Lusíada de Lisboa, 2015 [consult. 4 jan 2022]. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2275/1/md_ines_vara_dissertacao.pdf



OUTROS

ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. *SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020*. G1 [em linha]. 20 ago 2020 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>

ALMEIDA, Silmara Chinelato E. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. [sem data] [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/13/revista13%20\(11\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/13/revista13%20(11).pdf)

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. *Direitos Humanos - direitos absolutos ou relativos?* Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Home [em linha]. 12 dez 2006 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/656-direitos-humanos-direitos-absolutos-ou-relativos-08794476304943185>

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. 2017 [consult. 19 jan 2022]. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

CARVALHO, Marilza Simonetti de; POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. *O direito à liberdade feminina na decisão pelo aborto: uma análise circular da n. 46/2013 do Conselho Federal de Medicina à luz dos direitos da personalidade*. [sem data] [consult. 14 out 2021]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d060abe1e38ab17>

CAVALCANTI, Amanda Negreiro. *As gerações de direitos fundamentais e as suas tendências*. [sem data] [consult. 19 jan 2022]. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/54168/e528469c2b5fa2277544cb0754bbe778.pdf>

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws - center for reproductive rights*. Center for Reproductive Rights [em linha]. [sem data] [consult. 10 abr 2022]. Disponível em: <https://reproductiverights.org/maps/world-s-abortion-laws/>

COELHO, Heloíse Montagner; FARIAS, Thieser da Silva. *As influências do pensamento político de Rousseau na Constituição Federal de 1988*. História e Parcerias [em linha]. 2019 [consult. 8 jan 2022]. Disponível em:



https://www.historiaeparcerias2019.rj.anpuh.org/resources/anais/11/hep2019/1570407021_ARQUIVO_2808d852cf102dc05612c8443fc4c241.pdf

COLÍN, Alfredo Islas. *El aborto en el derecho romano*. [sem data] [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/El_Aborto_en_el_Derecho_Romano.pdf

DIAS, Paula Regina Pereira dos Santos Marques. *A construção pós-positivista da Constituição Federal de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade da implementação da educação em direitos humanos*. Plataforma Espaço Digital [em linha]. 2016 [consult. 12 dez 2021]. Disponível em: https://editorarealize.com.br/editora/anais/fiped/2016/TRABALHO_EV057_MD1_SA13_ID3342_20092016081724.pdf

DICIO. Descriminalização. *Dicio* [em linha]. [sem data] [consult. 10 out 2021]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/descriminalizacao/>

DICIO. Despenalizar. *Dicio* [em linha]. [sem data] [consult. 10 out 2021]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/despenalizar/>

FACULDADE DE DIREITO DE PORTO. História do direito português/romano. 2005 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/ucurr_geral.ficha_uc_view?pv_ocorrencia_id=141509

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos fundamentais* [em linha]. Salvador: Juspodivm, 2021 [consult. 6 nov 2021]. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/704d1ff16f6cee3d18892fb9141bef0d.pdf>

GUEVANE, Eleutério. *OMS diz que 25 milhões de abortos inseguros são praticados por ano*. 28 set 2017 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/09/1595981-oms-diz-que-25-milhoes-de-abortos-inseguros-sao-praticados-por-ano>

IBCCRIM. *A descriminalização do aborto no Brasil violaria o sistema interamericano de Direitos Humanos?* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM [em linha]. 2020 [consult. 8 jan 2022]. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/1062>

LOPES, Maria. *Partidos já clarificaram conceitos da eutanásia para contornar chumbo do Constitucional*. Público [em linha]. 9 set 2021 [consult. 20 nov 2021]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/09/09/politica/noticia/partidos-ja-clarificaram-conceitos-eutanasia-contornar-chumbo-constitucional-1976772>

LOREA, Roberto Arriada. *Aborto e direitos humanos na américa latina: desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção*. CLAM - Centro



Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos [em linha]. 2005 [consult. 14 dez 2021]. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/abortolorea.pdf>

LUSA. *Joacine Katar Moreira propõe alargamento para 14 semanas do prazo legal para abortar*. 28 set 2021 [consult. 10 fev 2022]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/09/28/politica/noticia/joacine-katar-moreira-propoe-alargamento-14-semanas-prazo-legal-abortar-1979109>

LUSA. *Marcelo Rebelo de Sousa veta lei da eutanásia*. Euronews [em linha]. 15 mar 2021 [consult. 5 jan 2022]. Disponível em: <https://pt.euronews.com/2021/03/15/marcelo-rebelo-de-sousa-veta-lei-da-eutanasia>

LUSA. *Marcelo veta a lei da eutanásia e faz adiar decisão para a próxima legislatura*. DN [em linha]. 29 nov 2021 [consult. 13 abr 2022]. Disponível em: <https://www.dn.pt/politica/marcelo-veta-a-lei-da-eutanasia-e-faz-adiar-decisao-para-a-proxima-legislatura-14365571.html>

LUSA. *Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi “um sucesso”, diz Francisco George*. 14 set 2017 [consult. 4 set 2021]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386>

LUSA. *Senado da Argentina aprova projeto-lei sobre interrupção voluntária da gravidez*. DN [em linha]. 30 dez 2020 [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://www.dn.pt/internacional/senado-da-argentina-aprova-projeto-lei-sobre-interruptao-voluntaria-da-gravidez-13182169.html>

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *A codificação penal portuguesa no século XIX*. 7 mar 2016 [consult. 17 nov 2021]. Disponível em: <http://julgar.pt/a-codificacao-penal-portuguesa-no-seculo-xix/>

MELO, Ezilda. *Maternidade e direito* [em linha]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020 [consult. 13 nov 2021]. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1596895765.pdf#page=54>

MESQUITA, Henrique Pinto De. *Parlamento Europeu quer fim de objeção de consciência no aborto*. 27 jun 2021 [consult. 4 nov 2021]. Disponível em: <https://ionline.sapo.pt/artigo/738961/parlamento-europeu-quer-fim-de-objecao-de-consci-ncia-no-aborto?seccao=Portugal>

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias atualização - junho de 2017*. 2017 [consult. 18 nov 2021].



Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes* [em linha]. Brasília: Editora MS, 2012 [consult. 22 nov 2021]. Disponível em: <https://abortion-policies.srhr.org/documents/countries/02-Brazil-MoH-Tech-Guidance-Care-of-Women-Adolescents-who-suffer-sexual-violence-2012.pdf#page=79>

MORAIS NETO, Orlando. *Colisão de princípios em tempos da pandemia do covid-19 - Migalhas*. Migalhas é o maior e mais importante veículo jurídico do Brasil. [em linha]. 5 jun 2020 [consult. 20 jan 2022]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328472/colisao-de-principios-em-tempos-da-pandemia-do-covid-19>

ORDEM DOS MÉDICOS PORTUGALENSES. *Juramento de Hipócrates*. [sem data] [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.pdf

PORTO, Paola de Andrade. *As dimensões dos direitos fundamentais na história do direito*. [sem data] [consult. 2 jan 2022]. Disponível em: https://www.academia.edu/32251369/AS_DIMENSÕES_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_NA_HISTÓRIA_DO

PORTUGAL. *Personalidade jurídica*. [sem data] [consult. 21 jan 2022]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/personalidade-juridica>

RENASCENÇA. *Caminhada pela Vida desafia todos os que acreditam “na dignidade e beleza da vida”*. 22 out 2021 [consult. 12 out 2021]. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2021/10/22/caminhada-pela-vida-desafia-todos-os-que-acreditam-na-dignidade-e-beleza-da-vida/257729/>

SAMPAIO, Lucas. *Mundo passa de 4 milhões de mortes por Covid, mas número 'subestima o total de vítimas', diz OMS*. G1 [em linha]. 7 jul 2021 [consult. 10 jan 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/07/07/mundo-passa-de-4-milhoes-de-mortes-por-covid-mas-numero-subestima-o-total-de-vitimas-diz-oms.ghtml>

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *DPVAT*. [sem data] [consult. 8 dez 2021]. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/dpvat>

TARTUCE, Flávio. *Situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. 2007



TORTOLA, Renata Sales; PESSOA JÚNIOR, Jeferson dos Reis. *O direito fundamental à vida do nascituro com microcefalia e sua relação com o aborto eugénico*. 2021 [consult. 23 out 2021]. Disponível em: <http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/754/745>

UNITED NATIONS. *World population policies*. 2017 [consult. 29 dez 2021]. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesapd_2020_world_population_policies_highlights.pdf

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Abortion*. 25 nov 2021 [consult. 3 dez 2021]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/factsheets/detail/abortion>



Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541
4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: upt@upt.pt

