



**UEPB**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA CAROLINA DOS ANJOS MEDEIROS**

**ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO: CONSIDERAÇÕES  
SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306**

**CAMPINA GRANDE - PB  
2021**

ANA CAROLINA DOS ANJOS MEDEIROS

**ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO: CONSIDERAÇÕES  
SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Bioética e Direitos Humanos.

**Orientadora:** Prof. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado.

**CAMPINA GRANDE - PB  
2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M488a Medeiros, Ana Carolina dos Anjos.  
Aborto até o primeiro trimestre de gestação: considerações sobre o Habeas Corpus 124.306 [manuscrito] / Ana Carolina dos Anjos Medeiros. - 2021.  
33 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Prof. Dr. Ana Alice Ramos Tejo Salgado ,  
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Aborto. 2. Direito à vida. 3. Direitos Fundamentais. I.

Título

21. ed. CDD 363.46

ANA CAROLINA DOS ANJOS MEDEIROS

ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306

Trabalho de Conclusão de Curso  
(Artigo) apresentado ao Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Estadual da Paraíba, como requisito  
parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Bioética e  
Direitos Humanos.

Aprovada em: 04/06/2021.

**BANCA EXAMINADORA**

*Ana Alice Ramos Tejo Salgado*

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

DocuSigned by:

*Fábio Severiano do Nascimento*

D04E493D15CF4A1...

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Fábio Severiano do Nascimento  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Milena Barbosa de Melo  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu Deus, sem o qual nada seria, a  
minha família, por todo o suporte e amor,  
e a todas as mães que, mesmo diante de  
circunstâncias adversas, deram  
continuidade à gestação, DEDICO.

“Chegará o dia em que teremos que provar ao mundo que a grama é verde.” (G. K. Chesterton)

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP/40	Código Penal de 1940
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>ABORTO E SEUS TIPOS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS E BREVES APONTAMENTOS À LUZ DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>9</b>
<b>3</b>	<b>O NASCITURO E QUESTÕES COMPLEXAS: DEBATES BIOLÓGICOS, FILOSÓFICOS E NORMATIVOS .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1</b>	<b>Desenvolvimento do ser humano: o nascituro sob uma perspectiva biológica .....</b>	<b>13</b>
<b>3.2</b>	<b>Vida e dignidade do nascituro: pressupostos filosóficos .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3</b>	<b>O nascituro como pessoa perante a norma .....</b>	<b>20</b>
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306/RJ .....</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>27</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>28</b>
	<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>32</b>

## **ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306**

### **ABORTION UNTIL THE FIRST QUARTER OF PREGNANCY: CONSIDERATIONS ABOUT HABEAS CORPUS 124.306**

Ana Carolina dos Anjos Medeiros\*

#### **RESUMO**

O conflito entre direitos fundamentais sempre é um debate complexo. No caso do abortamento, porém, a polêmica é intensificada, haja vista ser um problema que envolve outros campos do conhecimento. Por mais que o ordenamento jurídico brasileiro, em essência, atente ao nascituro, amparando-lhe através da proteção de direitos a ele inerentes, como a vida – inclusive mediante o Código Penal - recente análise feita pelo ministro Barroso no Habeas Corpus 124.306 considerou que a referida tipificação, quando concernente ao aborto voluntário em seu primeiro trimestre, seria inconstitucional. Desconsiderando o Pacto de São José da Costa Rica e todo o restante do aparato normativo brasileiro, o voto afasta a vida e a personalidade do nascituro, justificando seu posicionamento na violação de direitos fundamentais da mulher e no princípio da proporcionalidade. Para analisar a temática em resposta aos principais argumentos apresentados, este trabalho concentrar-se-á na discussão do início da vida, respondendo, portanto, com base em apontamentos normativos, biológicos e filosóficos, se o nascituro já apresenta e se goza de personalidade nesse estágio. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental, constatou-se que há um conflito de direitos das gestantes com os do nascituro, e, nesse contexto, a descriminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre é incoerente e inconstitucional. Isso porque, sendo o nascituro uma pessoa humana, é sujeito de direitos e, conseqüentemente, a ele é assegurado o direito garantido a todo ser humano pela Carta Magna: a vida.

**Palavras-chave:** Aborto. Nascituro. Direito à vida. Direitos Fundamentais.

#### **ABSTRACT**

The conflict between fundamental rights is always a complex debate. In the case of abortion, however, the controversy is intensified, since it is a problem that involves other fields of knowledge. As much as the Brazilian legal system, in essence, attends to the unborn child, supporting it through the protection of his inherent rights, such as life - including through the Penal Code - a recent analysis made by Minister Barroso at Habeas Corpus 124.306 considered that the said classification, when it concerns voluntary abortion in its first trimester, would be unconstitutional. Disregarding the San José Pact of Costa Rica and all the rest of the Brazilian normative apparatus, the vote removes the life and personality of the unborn child, justifying its position in the violation of fundamental women's rights and in the principle of proportionality. To analyze the theme in response to the main arguments presented, this work will focus on the discussion of the beginning of life, answering, therefore, based on normative,

---

\*Graduanda do curso de Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. carolmedeiros777@gmail.com

biological and philosophical notes, if the unborn child already has it and if has a personality at this stage. Through bibliographical and documentary research, it was found that there is a conflict of rights of pregnant women with those of the unborn child, and, in this context, the decriminalization of voluntary abortion in the first trimester is incoherent and unconstitutional. This is because, since the unborn child is a human person, he is the subject of rights and, consequently, he is guaranteed the right guaranteed to every human being by the Magna Carta: life.

**Keywords:** Abortion. Unborn. Right to life. Fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A polêmica envolvendo o aborto não existe apenas juridicamente. Aliás, nesse contexto assim se enquadrava exatamente por envolver, essencialmente, dilemas éticos e morais dos quais emergem o próprio Direito. Nos últimos anos, a ideia de descriminalizar a prática tem se desenvolvido no seio da sociedade e chegado aos ouvidos e aos escritos jurídicos, a exemplo do posicionamento do ministro Barroso exposto no Habeas Corpus 124.306. Esse reflete um pensamento comum e inconstitucional que pode ser visto com o mesmo olhar que teve Ives Gandra Martins (2004), referindo-se ao voto do ministro Marco Aurélio sobre os fetos anencéfalos, ao afirmar que ele abriria uma grande avenida para os cultores da morte que buscam converter o ser humano em lixo hospitalar.

Por isso, a manifestação do excelentíssimo ministro, exposta em 2016, permanece sendo objeto de importante discussão. Mesmo sua exposição tendo sido feita em caráter incidental, não gerando, portanto, efeitos *erga omnes* e vinculante, seus impactos ultrapassam os limites do caso concreto. O que aconteceu, por exemplo, com a ADPF 442, proposta pelo partido político Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2017, cuja redação visava a descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, e se utilizava de fundamentos expostos na decisão da Primeira Turma do STF no supramencionado Habeas Corpus, sendo esse um dos precedentes da petição.

Além de fundamentar seu posicionamento mediante as ditas violações a diversos direitos fundamentais da mulher - sobre os quais falaremos brevemente - o mencionado ministro argumenta que, durante o primeiro trimestre de gestação, não haveria a formação do córtex cerebral e, por isso, pelo menos até esse momento, o ato deveria ser descriminalizado.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo geral apresentar a incoerência e a inconstitucionalidade da descriminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação. Como objetivos específicos, busca demonstrar, mediante apontamentos científicos e filosóficos, que a vida e a personalidade já existem desde o momento da concepção, e, conseqüentemente, identificar a lesão ao direito à vida do nascituro com a prática do aborto voluntário no período referido pelo ministro Barroso em seu voto.

No que se refere à metodologia, a pesquisa se caracteriza como sendo bibliográfica e documental, tendo em vista seu cunho teórico, sendo produzida mediante o exame de materiais já publicados, especialmente estudos acadêmicos, livros de renomados autores, artigos científicos e outros documentos que contribuíram para o alcance dos objetivos traçados.

Em razão da complexidade do tema, tendo em vista que a prática da qual se escreve envolve diversos vieses (como o jurídico, o moral, o ético e o científico), além de uma breve análise conceitual e doutrinária para viabilizar a compreensão do assunto em pauta, concepções medicinais unir-se-ão às legais e filosóficas para, seguramente, sustentar a tese, neste texto, proposta. Frisa-se, por fim, que este artigo não possui o fim de acentuar a evidente desigualdade entre homens e mulheres ou reduzir os direitos dessas, mas discutir a necessidade da tutela do direito do nascituro ao bem necessário à manifestação de sua prévia essência: a vida.

## **2 ABORTO E SEUS TIPOS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS E BREVES APONTAMENTOS À LUZ DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Segundo o dicionário Aurélio (2016), abortar significa “Expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade.”, ou ainda, “Interromper o sucesso ou a continuação de algo”. Sob um viés etimológico, o termo advém do latim *aboriri*, cujo significado é fracassar, desaparecer. Atendo-se a tais conceituações, pode-se dizer que a prática do aborto resulta no fim da vida de um indivíduo “antes do tempo”.

Entretanto, insta salientar que o termo em análise se diferencia tecnicamente do denominado abortamento: este remete ao ato da interrupção da gravidez - que, segundo o Ministério da Saúde (2005), ocorre até a 22ª semana de gestação, tendo

o produto da concepção menos de 500g. O aborto, de outro modo, representa o produto da concepção eliminado no abortamento. Apesar da distinção, utilizar-se-á, neste artigo, os dois para referir-se à cessação da gravidez, haja vista seu uso generalizado como sinônimos.

Para definições simples como essas virem à tona, não foram necessários complexos e profundos debates sociais, mas a pura descrição de um fato. A problemática se alastra, porém, no momento em que, para a prática conceituada, são integradas intervenções instrumentais, diluindo o aspecto orgânico do processo de gestação e conclusão da vida. Isso porque, quando essa naturalidade é afastada, questões morais e bioéticas são postas em pauta.

Antes, porém, de abordar o tema através de ideias advindas da medicina, da filosofia e da própria bioética, com o fim de facilitar a compreensão, necessário se faz apresentar uma breve contextualização histórica, os tipos de aborto existentes, bem como sua disposição no ordenamento jurídico vigente.

Historicamente, percebe-se que o Código de Hamurabi já apresentava considerações sobre o tema, ao punir aquele que batesse na mulher livre, nobre ou serva, fazendo-a abortar. De forma semelhante faziam os persas, sendo a norma clara, porém, ao estabelecer punição sobre todos os responsáveis pelo ato, inclusive a mãe. A prática foi também combatida entre os hebreus com o advento da Lei Mosaica, e, entre os gregos, divergiam Sólon e Licurgo, contrários à interrupção, de Platão e Aristóteles, favoráveis a ela, mas apenas se não mais existisse "sopro de vida". Ao caminhar para o período nazista, a Alemanha, fundamentando-se na ideia de raça superior, criou o aborto eugênico, recomendando-o em casos de anomalias graves e malformações. (FRANÇA, 2012).

No contexto brasileiro, o Código Imperial de 1830 criminalizava o abortamento executado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, bem como o fornecimento de meios abortivos. Já em 1890, o Código Penal inovou penalizando a própria gestante que cometesse o ato, mas autorizava a prática se essa fosse utilizada para salvar a vida da parturiente. No CP de 1940, hoje vigente, seguiu-se a tradição histórica de tipificação, reprimindo a prática de maneiras diferentes conforme a conduta, como será visto mais à frente. (BITENCOURT, 2020).

Em termos gerais, consonante com a explicação de Rogério Greco (2017), o aborto pode ser espontâneo ou voluntário. Enquanto o primeiro decorre como consequência de causas naturais, como patologias ou fatores genéticos, ou

exteriores, como quedas (acidental), o segundo é provocado por uma ação externa de maneira intencional. Sob uma perspectiva jurídica à luz do Código Penal brasileiro, apreende-se, após a leitura do seu artigo 128, que dois são os meios da prática permitidos em seu texto: o necessário ou terapêutico, e o sentimental ou humanitário.

Sobre o primeiro, para que seja configurado o estado de necessidade a ele atinente, conforme ensina Genival Veloso (2012), é imprescindível que a mãe apresente perigo vital e que este dependa diretamente da gravidez; que a interrupção dessa acabe com o perigo de vida da gestante; que o procedimento seja o único que pode salvar sua vida; e, quando possível, haja confirmação de outros dois colegas. Já em relação à segunda denominação, essa refere-se ao contexto no qual a gestante foi vítima de estupro (NUCCI, 2019). Outrossim, frisa-se que, com a decisão proferida na ADPF nº 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, também passou a ser permitido o aborto realizado quando o nascituro é anencéfalo.

Voltando-se agora para as situações nas quais a prática é criminalizada, ao alocar o aborto como delito no rol de crimes contra a vida, o legislador preocupou-se em trazer as seguintes condutas: autoaborto (art. 124), o provocado pela gestante ou quando ela consente que outro o faça, e o aborto provocado por terceiro sem (art. 125) ou com o consentimento da mulher grávida (art.126). Em todas as situações, a vida é o bem jurídico tutelado. A norma visa, portanto, preservar a vida intrauterina, que, de acordo com os ensinamentos de Fernando Capez (2018), inicia-se com a fecundação. Enfatiza-se ainda que, na hipótese de provocação do abortamento por outrem, além dessa tutela, a lei objetiva também proteger a vida e a incolumidade física e psíquica da mãe.

Assim apresenta o Código Penal:

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

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

Ao analisar a estrutura do tipo, nota-se a necessidade da provocação (dar causa, promover, produzir) ou do consentimento (aprovar, tolerar) da gestante para que o delito seja assim considerado, de modo que, evidentemente, se o ato é espontâneo (vide classificação vista a priori), não existe crime (BITENCOURT, 2020). Conforme ensina Cezar Bitencourt (2020), para haver as figuras descritas nos artigos 124 ao 126 do citado Código, a presença da gravidez, do dolo, das manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo são indispensáveis.

Sobre a última condição, aliás, salienta-se que a lei não distingue o zigoto (período entre a fertilização e o final da terceira semana), o embrião (geralmente entre o começo da quarta semana até o final da oitava) ou o feto (a partir de 3 meses de gestação), tendo em vista que o delito resta configurado em qualquer fase da gravidez: entre a concepção - tema que será esmiuçado posteriormente - e o início do parto. Após esse, os possíveis crimes seriam infanticídio ou homicídio (CAPEZ, 2018; FRANÇA, 2012; LARSEN, 2016).

No que se refere às penas cominadas, imperioso se faz destacar que, ainda que as mencionadas sejam inferiores se comparadas às do crime de homicídio, não há motivos para concluir que a vida do nascituro apresenta status inferior. Não deve-se incorrer no erro de afirmar que o valor de um bem jurídico decorre do montante da pena aplicada. Alegar isso seria sustentar, por exemplo, que a vida da vítima de um crime de homicídio simples seria inferior àquela que sofreu um homicídio qualificado (MARTINS, 2018).

Após o breve exame da redação do Código Penal junto às ponderações de renomados doutrinadores, evidente é a constatação que a referida norma garante a proteção da vida do nascituro desde o momento em que este é concebido (fertilização do óvulo com o espermatozóide). O que tem sido discutido nos últimos tempos, entretanto, é uma possível mudança de interpretação no ordenamento com o fim de descriminalizar a prática do aborto voluntário - enfoque deste trabalho - sob a égide maior da suposta ausência de dignidade em determinado período da gestação, ou em todo ele, por ainda, em tese, não ser dotado de personalidade.

Assim, a conseqüente dignidade, inerente a todo ser humano, não seria, ao nascituro, assegurada, tampouco seu direito de viver - já que, nessa linha, o elemento vida ainda não existiria. Diante de concepções que permeiam nesse viés,

atrela-se o argumento de que a criminalização da interrupção da gestação em seu primeiro trimestre violaria os direitos fundamentais da mulher grávida.

Nesse contexto se insere a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 - tendo o HC 124.306 como um dos seus precedentes - que pede ao STF "a não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas (...)" (BRASIL, 2017). Em contraponto a essas ideias, passa-se a expor os argumentos que deram ensejo à abordagem deste artigo.

### **3 O NASCITURO E QUESTÕES COMPLEXAS: DEBATES BIOLÓGICOS, FILOSÓFICOS E NORMATIVOS**

As discussões que rodeiam o aborto são cheias de paixões daqueles que rejeitam ou defendem a prática (KACZOR, 2014), muitas vezes permeando em "ideias genéricas fundadas em polêmicas infecundas" (RIBEIRO e PINHEIRO, 2017, p. 141). Diante disso, e considerando que, conforme lecionam Lobato e Pinheiro (2020), no Brasil, o debate sobre o tema muitas vezes turva uma abordagem objetiva do problema, indispensável se faz apresentar uma ótica pautada em fundamentos precisos conexos a informações científicas e filosóficas, os quais, unidos a análises normativas, concretizam um diálogo coerente a respeito do tema.

Por essa razão, através de uma abordagem que concatena filosofia, biologia e Direito, neste tópico serão discutidas ideias concernentes ao início da vida humana, à existência da humanidade e da dignidade do nascituro e conseqüente conflito entre seus direitos e os da mulher gestante.

#### **3.1 Desenvolvimento do ser humano: o nascituro sob uma perspectiva biológica**

A Carta Magna, no caput do seu artigo 5º, não delimita a quem garante o direito à vida, sendo esse a todos assegurado. Em consonância com o texto, como visto anteriormente, para penalizar o que pratica o aborto, o Código Penal não se preocupa com o estágio no qual se encontra o nascituro (se este é zigoto, embrião ou feto). Mas como é preciso explicar quando a vida se inicia, para elucidar a falha

presente nos recentes esforços que visam alargar a permissividade do ato ao primeiro trimestre de gestação, brevemente será exposto o que diz a embriologia a respeito do seu desenvolvimento.

Após grandes descobertas no século XX, como a estrutura do denominado DNA (ácido desoxirribonucleico), apresentada por James Watson e Francis Crick, grandes foram, e continuam sendo, os avanços no campo da medicina. Ousa-se lembrar, porém, que nem sempre os tais se desenvolveram seguindo os ditames éticos. Em diversos momentos, o homem não foi tido como um fim em si mesmo (KANT, 2013), mas como um instrumento; um meio, não para o seu próprio bem, mas para o de outrem.

Aliás, a humanidade inerente a todos eles, em diversos momentos de experimentos e formulações de pensamentos, foi descartada. Nesse contexto enquadra-se o simples "aglomerado de células", ou mera massa anônima crescente em um corpo hospedeiro, ideia disseminada em meados de 1980, referindo-se ao nascituro até o décimo quarto dia de gestação, semelhante à abordagem trazida por algumas concepções, neste texto, tratadas.

Entretanto, com uma simples análise dos quinze primeiros dias de desenvolvimento de um indivíduo, "já subsistem todos os dados necessários para se afirmar que, com a concepção, se concretiza um ser humano inédito." (RIBEIRO e SALES, 2017, p. 145). Isso pode ser observado através das explicações feitas por grandes referências no ramo da embriologia, como Keith Moore (2016), cujos escritos afirmam categoricamente que o desenvolvimento humano é um processo contínuo iniciado quando o gameta feminino é fecundado pelo masculino, sendo, nesse período inicial, o momento no qual as mudanças mais marcantes e necessárias ao desenvolvimento da pessoa humana acontecem, não cessando, porém, após o nascimento. Este é apenas um "mero incidente que ocorre quando o novo indivíduo está suficientemente avançado para permitir sua transferência de um ambiente uterino protegido para outro no mundo externo." (AYRE, 1924, p. 1, tradução nossa). Há, portanto, simplesmente uma continuação de um processo iniciado no ventre materno, de modo que a essência humana permanece a mesma:

Sabe-se que, **no momento da concepção**, pela fecundação do óvulo pelo espermatozoide, o **embrião que surge passa a ter um código genético distinto da mãe**, o que mostra tratar-se de **ser diferente da mãe e não mero apêndice do organismo feminino**. Se a Ciência chega para demonstrar essa realidade (como o fez o Prof. Jérôme Lejeune, descobridor

da síndrome de Down), **não é possível se pretender dizer que não se está diante de uma vida humana, pois de gametas humanos não precedem macacos ou elefantes.** (MARTINS I.; MARTINS R.; MARTINS FILHO I., 2008, p. 117, grifos nossos)

Durante a fecundação, que dura aproximadamente 24h, há uma sequência complexa de eventos moleculares coordenados, sendo concluída pela mistura dos cromossomos paternos e maternos, formando, dessa forma, um ser único geneticamente, sendo tal mecanismo, inclusive, a base para a variação da espécie humana. Insta salientar, por fim, que é ainda neste momento que ocorre a determinação do sexo do embrião, a depender do tipo de espermatozoide que fecunde o ócito. (MOORE, 2016).

Cerca de trinta horas depois da fecundação, são iniciadas as clivagens - momento no qual o conceito se desenvolve para um ser multicelular - processo que continua acontecendo ao longo dos primeiros dias, resultando no estágio de mórula (que, por volta do terceiro, já possui 16 células), e segue para o estado de blastocisto, gerado a partir de uma cavidade interna formada na mórula após a liberação de uma secreção advinda das glândulas uterinas. Esse, por sua vez, em média 6 dias após a fecundação, adere ao tecido endometrial.

Em seguida, durante a terceira semana, inicia-se a gastrulação, quando há um repasse de informações entre as células devido aos seus movimentos e conseqüente alteração de posições, gerando os denominados folhetos germinativos. Essa condição é o marco inicial da morfogênese, isto é, o desenvolvimento e a forma de órgãos e outras partes do corpo (LARSEN, 2016; MOORE, 2013).

Ainda a respeito da terceira semana de gestação, ressalta-se o marco que ela apresenta no desenvolvimento do sistema nervoso central: a formação do neuroectoderma, que gera a placa neural, a qual, futuramente, formará o tubo neural (SALADIN, 2011 apud SÁ e FERNANDES, 2019). Continuamente, por volta da sexta semana, três vesículas encefálicas primárias são formadas (prosencefalo, mesencefalo e rombocéfalo), estando elas relacionadas a importantes características do sistema nervoso, tais como a formação do córtex cerebral, os reflexos visuais e auditivos, à medula e ao cerebelo.

Finalmente, enfatiza-se o período fetal iniciado na nona semana, que se caracteriza pelo vasto crescimento e diferenciação celulares, gerando um rápido desenvolvimento dos órgãos e sistemas formados na fase embrionária. Ainda sobre esse período, insta apontar que os hormônios maternos não participam da regulação

do desenvolvimento fetal, mas os do próprio feto, os quais, unidos a outros fatores de crescimento, alteram não apenas o metabolismo mas também a expressão dos genes nos tecidos fetais (WHITTLE, 2005 apud SÁ e FERNANDES, 2019).

É evidente, portanto, cientificamente, que a vida é iniciada ainda no ventre materno. O indivíduo, hoje, que permanece se desenvolvendo - já que isso é algo vitalício (LARSEN, 2016) - teve seu processo iniciado precisamente no momento da fecundação, quando foi concebido. Conforme aduz Christopher Kaczor (2014, p. 26), "embora muitas vezes a discussão popular se canalize sobre a humanidade do feto ou do recém-nascido, do ponto de vista científico, tais questões estão definitivamente encerradas."

Após analisar o desenvolvimento de um embrião humano em seus estágios iniciais, percebe-se que ele é um ser com qualidades próprias de uma entidade viva (coordenação, excitabilidade, herança de características, reprodutibilidade e tendência evolutiva). Outrossim, sua vida é dotada de humanidade pois, além da presença do DNA característico do *Homo sapiens*, seus genes o guiam em atividades que proporcionam seu desenvolvimento até a plenitude da espécie. Ele é sujeito a um processo dinâmico, cheio de clivagens, mas não corrompe a organização necessária à vida, sendo a conservação do ser vivente, na verdade, o objetivo comum desse processo (RIBEIRO e PINHEIRO, 2017).

Diante de todo o exposto, constata-se que reduzir o nascituro, mesmo em sua fase inicial, a um simples aglomerado de células ou a um ser qualquer, sem a essência humana nele presente, são acepções um tanto quanto incoerentes. Biologicamente, inegável é que, no momento da concepção, já existe um indivíduo dotado de vida e personalidade. Ademais, caso subsistam ainda dúvidas a esse respeito, razoavelmente o pensamento a ser seguido é apenas um: *in dubio pro vita*.

Ressalta-se também que a ciência, ou a técnica em si, não deve ser considerada por si só para discutir esse tema, mas sempre deve ser limitada pela ética, com o fim de não cair no erro de considerar as coisas, até mesmo sua natureza, apenas sob o ponto de vista técnico, crendo que seus progressos serão ilimitados. Essa ideia se caracteriza por ver um ser, mesmo o humano, como adversário da dinâmica técnica, podendo ele ser privado de sua própria natureza e sujeito a manipulação, não sendo considerada a diferença entre o "ser-pessoa" e o "ser-coisa" (HOTTOIS, 1986 apud ANDORNO, 2012).

No caso em debate, usar a ciência sem parâmetros éticos, utilizando justificativas que descartam a ideia de pessoalidade e humanidade inerentes ao nascituro, pode incorrer no erro de privá-lo de sua natureza para proceder, não apenas com sua manipulação, mas com sua completa aniquilação. Observa-se isso em um dos fundamentos utilizados pelo ministro Barroso no HC em discussão, ao justificar a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, porque, nesse período, o córtex cerebral ainda não estaria formado, nem haveria potencialidade de vida fora do útero. Isso, porém, será abordado de maneira mais aprofundada posteriormente.

Estando claro, a partir de uma fundamentação pautada na biologia, que a vida é iniciada no momento da concepção, necessário se faz, neste momento, perpassar por uma abordagem filosófica para demonstrar que, no mesmo instante, já existe também a caracterização do ser como pessoa humana.

### **3.2 Vida e dignidade do nascituro: pressupostos filosóficos**

Em seu voto-vista, o citado ministro afirmou não haver solução jurídica para a controvérsia acerca do aborto, pois ela sempre dependeria de uma escolha religiosa ou filosófica a respeito da vida. Não há como discordar deste ponto, pois o problema realmente não é de cunho jurídico, mas pré-jurídico, envolvendo sim a filosofia, além da biologia:

No debate aparentemente interminável em torno do estatuto do embrião humano, não raro a filosofia e a ciência se acham e tal forma entrelaçadas que é difícil isolar e reconhecer qual seria a contribuição das ciências biológicas quanto a esse tópico. Por outro lado, as asserções filosóficas – quando não são meramente formais ou lógicas – não podem excluir certa referência ao tipo de fenômenos com que estão lidando. A vida física é um fenômeno que é investigado pelas ciências empíricas, isto é, as disciplinas biológicas, e qualquer enfoque realista do estatuto dos seres vivos envolve pelo menos algum conhecimento elementar preliminar dos dados empíricos e de suas explicações possíveis. [...] a biologia nada pode dizer sobre a pessoalidade do embrião humano [...] No entanto, as ciências biológicas – especialmente a genética, a bioquímica, a citologia, a biologia evolucionária e a obstetrícia – podem, em definitivo, contribuir para a discussão sobre *como e quando* um organismo individual humano se forma e se desenvolve. (SGRECCIA, 1996, p. 151-152 apud RODRIGUES FILHO e PINHEIRO, 2020, p. 169-170)

Sem discutir opiniões pautadas em crenças, passa-se a expor, objetivamente, uma análise a respeito da natureza humana do indivíduo, bem como sua

caracterização como pessoa, já estando evidente a comprovação científica de que o início da vida ocorre na concepção. Quanto à personalidade em si, essa será melhor abordada através de explicações advindas da teoria da concepção, discutida posteriormente.

Utilizando-se do pensamento traçado por Boécio, Tomás de Aquino (Suma Teológica. I, q. 29, a. 1.) define a pessoa como uma "substância individual de natureza racional". Em suma, pode-se dizer que ela é "uma natureza humana (essência) concretamente determinada (existência)" (BARZOTTO, 2010, p. 55-56). Frisa-se, quanto a isso, que a ideia de natureza racional para a filosofia clássica não refere-se ao desenvolvimento cerebral ou à capacidade de consciência, mas à alma intelectual, a qual é inerente à pessoa, mesmo que, porventura, essa não possa ser exercida (MARTINS, 2018).

Ato contínuo, seguindo os ensinamentos de Aquino, conclui-se que a alma, no momento em que se une ao corpo, comunica a ele as determinações referentes à animalidade, à sociabilidade e à racionalidade (traços intrínsecos à natureza humana), sendo exatamente a alma - forma substancial humana - e o corpo, juntos, os elementos totalizantes da natureza racional da pessoa. Assim, tem-se que, independente do estágio em que se encontre, desde o momento em que é concebido, o ser humano apresenta uma dimensão física e anímica, sua natureza humana, intrínseca a ele, imutável e absoluta (RIBEIRO e PINHEIRO, 2017).

Conforme Barzotto (2010), os direitos humanos se constituem como direitos subjetivos inerentes a todo ser humano em razão de sua humanidade. Para ser titular deles, portanto, basta, simplesmente, pertencer à espécie humana. Perante tal aceção, estando claro que o nascituro, desde o instante em que é concebido, já apresenta o status de humano, constata-se que, na problemática em investigação, há um conflito de direitos da gestante com os concernentes ao nascituro.

Seguindo seu raciocínio, Barzotto (2010, p. 63) explica que "toda pessoa humana é devedora em termos éticos em relação a toda pessoa humana, sob pena de mutilar a própria humanidade" e que, como os direitos humanos se fundamentam na igualdade entre todos da espécie humana, "cada pessoa humana só pode exigir os direitos que reconhece a toda pessoa humana (regra de ouro)".

Diante disso, nota-se que a gestante não pode exigir de seu semelhante em espécie (nascituro), o fim de um direito basilar, mediante o qual ela mesma necessita, precipuamente, para manifestar seus demais direitos, sua autonomia e

sua vontade de abortar. Exigir a morte do nascituro é, portanto, mutilar a própria humanidade. Por mais que exista uma boa intenção, a atitude não condiz com a essência dos direitos humanos, além de ser moralmente má, sob a ótica da corrente personalista:

En esta corriente, **la persona es vista como el fin de todas las instituciones** sociales, políticas y económicas. Por ello, también puede ser llamada corriente personalista. Toda la ética clásica, desde Aristóteles, está aquí implicada. Desde este enfoque, la moralidad de un acto está determinada principalmente por su objeto y por la intención del sujeto. Para que un acto pueda ser calificado como «bueno», es necesario que estos dos elementos lo sean. Por tanto, **si el objeto es malo, el acto también lo es, aún cuando haya sido realizado con la mejor de las intenciones**, ya que la buena intención no basta por sí sola para justificar una conducta: el robo de un banco es inaceptable, aun cuando se realice para hacer beneficencia con el botín. **Se trata, en definitiva, de la aplicación del antiguo principio según el cual «el fin no justifica los medios».** (ANDORNO, 2012, p. 23, grifos nossos)

Finalmente, ainda mediante considerações de Barzotto (2010, p. 74), tomando Tomás de Aquino como base, os direitos humanos "são justo natural de uma forma secundária, na medida em que o bem que forma seu conteúdo (vida, conhecimento, liberdade) não é criado por instituição humana, mas é apenas reconhecido". Dessa forma, deixar de reprimir o aborto, descriminalizando-o no primeiro trimestre de gestação, é deixar de reconhecer o direito inerente a todo e qualquer ser humano, mediante o qual ele busca a autosservação.

O indivíduo, que na fecundação, já manifesta a correlação entre corpo e alma, estando, portanto, individualizado como pessoa humana, é igualmente digno de seu direito à vida. Bem esse através do qual buscará seu desenvolvimento e, como dito, sua autoconservação desde a concepção até todos os momentos fora do útero materno, já que, como visto anteriormente, esse processo é vitalício. Durante ele, em momento algum há uma modificação na natureza humana do ser, mas apenas mudanças biológicas, no caso do nascituro, que permitem seu desenvolvimento para conservar-se fora do ventre materno. Conforme afirmou o ministro Cezar Peluso em seu voto na ADPF nº 54, "a diferença entre o nascido e o nascituro é quase exclusivamente temporal, não sendo a dignidade humana alterada pelo parto".

No conflito de direitos debatido neste artigo, deve-se lembrar que "nunca se tem demasiada vitalidade; é possível, contudo, que se tenha demasiada liberdade ou privacidade" (RIBEIRO e PINHEIRO, 2017, p. 160). À vista disso, a violação ao

direito de permanecer vivo não se justifica fora da situação que visa salvaguardar o direito equivalente à mãe, ou, excepcionalmente, nos casos resultantes de estupro.

Em conformidade com todas as considerações já dispostas (científicas e filosóficas), o Direito brasileiro se concentra, sendo possível notar, em diversos dispositivos legais, que ele atribui a condição de pessoa humana ao nascituro, como será visto adiante.

### **3.3 O nascituro como pessoa perante a norma**

O artigo 2º do Código Civil de 2002 afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A primeira parte do texto parece trazer uma acepção natalista, isto é, o início da personalidade aconteceria apenas com o nascimento. Mesmo com essa limitação, porém, a redação faz uma ressalva de garantia aos direitos do nascituro desde o momento em que são concebidos, apresentando, assim, um sentido concepcionista.

Sobre a problemática que cerca o assunto, insta abordar brevemente as três principais teorias que buscam explicar o marco inicial da personalidade do ser, expondo fundamentos para justificar a situação jurídica na qual se encontra o nascituro: a natalista, a da personalidade condicional, e a concepcionista (GONÇALVES, 2016).

A primeira (natalista) parte de uma interpretação literal e simplificada do texto legal, considerando que o nascituro não é pessoa, já que, para a personalidade civil, o Código exige o nascimento com vida. Seu ponto de vista acaba negando ao nascituro até mesmo seus direitos fundamentais, como aqueles referentes à vida e aos alimentos, contrariando claros dispositivos do Código Civil, mostrando-se, assim, uma corrente totalmente superada. Por sua vez, a segunda teoria considera que o nascituro possui direitos em condição suspensiva (TARTUCE, 2019), e não reconhece a personalidade do nascituro, nem para efeitos patrimoniais (GAGLIANO e FILHO, 2019).

Por fim, há a escola concepcionista, que, conforme preleciona Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 35) apud Rodrigues Filho e Victor Pinheiro (2020, p. 175-176), afirma a existência da personalidade civil desde a concepção, sob a justificativa de

que, tendo o nascituro direitos, ele deve ser considerado pessoa, já que somente essa é um sujeito de direitos, isto é, possui personalidade jurídica.

A esta última aderem diversos juristas, como Maria Helena Diniz (2017, p. 743-744), que, fazendo menção a aspectos medicinais, afirma:

**O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos.** Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento embrionário, denominados "hox", atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, **o embrião, por ter carga genética, é um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, desde a concepção** mesmo quando ainda não implantado no útero ou crioconservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto). (grifos nossos)

Dado que, como foi visto, sob o ponto de vista genético, não há diferenciação do não nascido para um indivíduo adulto, já havendo um ser humano desde a concepção, que muda apenas no viés evolucionário gradativo, (GEORGE RP, 2016 apud LOBATO e PINHEIRO, 2020) e, perante um estudo ontológico, isso se torna ainda mais evidente, a última teoria demonstra ser a mais acertada:

Depois da fecundação do óvulo não há momento algum que se possa identificar como o marco inicial da vida humana no feto, ou que se possa definir como o instante em que se tornou pessoa. Insistir na pretensão de encontrar e provar a existência de tais momentos significa um verdadeiro absurdo filosófico e ético. A partir da concepção o que acontece é o desenvolvimento de potencialidades presentes no embrião desde seu primeiro instante. (TELES, Eleandro, 2008, p. 251)

A titularidade de direitos do nascituro pode ser percebida através dos alimentos gravídicos a ele garantidos (lei 11.804/2008), bem como mediante os artigos 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil, cujas redações garantem a ele a doação, a curatela e a herança. Da mesma forma, preocupou-se o legislador ao redigir o artigo 8º do ECA, que garante proteção especial à gestante ao assegurar o pré-natal com o fim maior de garantir os direitos à vida e à saúde do nascituro. Por fim, como visto outrora, o Código Penal, ao enquadrar o aborto nos "crimes contra a pessoa", no capítulo "dos crimes contra a vida", evidenciou o respeito ao viés constitucional, reconhecendo a vida e a personalidade intrínsecas ao nascituro. Ainda a respeito da CF/98, frisa-se que, como explicou Menezes Direito, em seu voto na ADI 3510, nela (Constituição Federal), não existem termos inúteis, de modo que, sendo estatuída a inviolabilidade do direito à vida, evidente foi a pretensão do constituinte em evitar o alvitamento de tal direito.

Ato contínuo, cumpre destacar também a reafirmação da teoria em destaque pelo Pacto de São José da Costa Rica, incorporado no ordenamento brasileiro com caráter supralegal. O entendimento é claro no artigo 4, I, ao expor que "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". Sendo signatário, o Brasil assume ter a responsabilidade de salvaguardar os direitos do nascituro, o que só pode ser concretizado ao considerá-lo titular de direitos.

Em desarmonia, porém, com todo o ordenamento - que, respeitando o texto constitucional, evidentemente reconhece o status de pessoa do nascituro, bem como sua dignidade - encontra-se a interpretação da Primeira Turma do STF a qual, seguindo o voto do ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a interrupção da gestação até o primeiro trimestre não deveria ser criminalizada, justificando haver inconstitucionalidade no tipo, conforme será exposto adiante.

#### **4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS 124.306/RJ**

Como o presente artigo pretende tão somente abordar o posicionamento adotado sobre o aborto voluntário, não tendo foco no caso concreto abordado, este será apenas resumidamente pontuado, a fim de situar melhor o contexto no qual o Habeas Corpus está inserido.

Nesse viés, apura-se que, no dia 14 de março de 2013, integrantes de um núcleo de associação criminosa que realizava abortos foram presos em flagrante em razão dos tipos descritos nos artigos 126 e 288, ambos do Código Penal. No mesmo mês, porém, a eles foi concedida liberdade provisória através de decisão prolatada pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, contra a qual o Ministério Público ofereceu recurso em sentido estrito.

Dando provimento ao apelo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou a expedição dos mandados de prisão preventiva. A defesa, por sua vez, impetrou HC no Supremo Tribunal de Justiça e, não tendo sido conhecido, o fez perante o STF, distribuído para a primeira turma, sendo o ministro Marco Aurélio seu relator. Enquanto esse se ateve ao deferimento da medida cautelar, estendendo seus efeitos também aos demais corrêus, o ministro Luís Fernando Barroso, em seu voto, foi além.

Nele, o ministro reconhece a ausência de fundamentos para a prisão preventiva, alicerçando-se em dois fundamentos gerais: a falta dos requisitos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, e seu entendimento de inconstitucionalidade dos artigos 124 ao 126 do Código Penal, que seria um fato de necesssária análise, tendo em vista que a existência do tipo penal imputado é pressuposto para decretar a prisão preventiva.

Em síntese, sustentou que a criminalização do aborto durante os três primeiros meses de gestação seria incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher - que não pode ser forçada pelo Estado a mantê-la indesejavelmente - sua autonomia - já que ela possui o direito de fazer as próprias escolhas existenciais - e, por fim, com sua integridade física e psíquica, bem como com a igualdade de gênero. Justificando o último ponto, ele explica que a plena equiparação de gênero depende do respeito à vontade da mulher nesse quesito, já que não engravidam.

Afirmou ainda que o tratamento penal do aborto impede que mulheres pobres o façam com segurança, e que a medida violaria o princípio da proporcionalidade, por ser, segundo ele, duvidosa para proteção da vida do nascituro, por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos, e porque seria possível que o Estado evitasse a ocorrência da prática por outros meios, como a educação sexual e distribuição de contraceptivos. Nesse ponto, desenvolve suas considerações com base nos subprincípios da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito.

A respeito dos preceitos mais relevantes levantados, vê-se, a princípio, que uma das pontuações feitas no desenvolvimento do voto foi a inexistência de uma solução jurídica para a problemática em pauta, afirmação com a qual concordamos. Isso por ela ser uma questão pré-jurídica, envolvendo a filosofia e a biologia, o que já foi debatido anteriormente, estando elucidado que tanto a vida quanto a qualidade de pessoa já existem desde a concepção.

Frisa-se, desde já, que essas questões são necessárias em uma discussão pretérita à elaboração de uma lei, não de uma decisão proferida em sede de Habeas Corpus, que, urge lembrar, não deveria discutir a matéria que gerou a temática deste artigo, mas tão somente a prisão preventiva do caso concreto, com fundamentos em conformidade com o ordenamento pátrio. Mediante uma simples análise dos ditames

processuais, o habeas corpus poderia ter sido admitido, tal como argumentou seu relator.

Nesse viés, o judiciário não deve tolher a função do Poder Legislativo e criminalizar ações como bem entende. Assim entendem Streck e Barba (2016) ao afirmarem não fazer sentido permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para o poder jurisdicional, não tendo esse legitimidade política para tal. Ainda segundo eles, o Direito demonstra fracasso ao não criar uma teoria da decisão que impeça que decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios estritamente privados. Ainda sobre o tópico em pauta:

Caso o ministro Barroso houvesse buscado considerar não “se é possível uma resposta jurídica ao problema”, mas sim “se já há resposta jurídica”, veria que a opção do legislador, disposta no artigo 2º do Código Civil e reafirmada no Pacto de São José da Costa Rica (incorporado ao ordenamento com nível supralegal) é clara, havendo um reconhecimento do direito à vida do nascituro (e, por consequência lógica, da existência de vida), no ordenamento jurídico brasileiro, desde a concepção. (ARRUDA, 2017, p. 73).

Ato contínuo, ao analisar as justificativas apontadas para embasar a violação aos direitos fundamentais da mulher, referindo-se, inicialmente, à sua autonomia, é afirmado que dele decorre a garantia de tomar decisões relacionadas ao próprio corpo, enquadrando-se, segundo o ministro, a cessação de uma gravidez. Destaca-se, aqui, que a dependência do nascituro para com sua mãe, por mais profunda que seja, não o torna parte do corpo dela, sendo sua estrutura e sua identidade biológica únicas e individuais. Por esse motivo, atrair o direito da mulher gestante no tocante à sua autonomia e aos seus direitos sexuais e reprodutivos para defender o abortamento nas condições do HC em estudo não podem prosperar.

É inegável afirmar que ela possui total liberdade sobre o próprio corpo, mas, neste caso, há um conflito frontal com o direito do nascituro concernente ao bem que mais interessa ao ser humano: a vida. De fato, conforme foi visto a priori, só é possível a uma pessoa exigir direitos a ela atinentes, se essa reconhece que o outro também os possui (BARZOTTO, 2010). Como, pois, requerer direitos referentes à autonomia, à integridade física e psíquica e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, se nem aquele basilar - sem o qual quaisquer que ousam opinar sobre o assunto o fariam - ao nascituro é respeitado? Conforme asseveram Streck e Barba (2016), a proteção à vida dos cidadãos é um pressuposto básico de um Estado de

Direito, de modo que os direitos acima destacados não abarcam a possibilidade de retirar a vida de outrem.

Em seu desenvolvimento, o ministro Barroso aparenta esquecer-se da existência desse embate de direitos, ou o fez por considerar que a dignidade do nascituro se constituiria apenas após o terceiro mês de gestação, em razão do desenvolvimento incompleto do córtex cerebral, indo de encontro com todo o ordenamento normativo brasileiro já exposto. Sobre isso, perpassam os comentários adiante.

Antes de aprofundá-los, porém, seguiremos a ordem de argumentos exposta no fim de seu voto, ao abordar o supríncipio da proporcionalidade em sentido estrito, quando sustenta que "para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez quando o feto já esteja desenvolvido" (BRASIL, 2016). Prossegue, então, afirmando que o aborto não deve ser criminalizado, ao menos, durante os primeiros três meses de gestação, pois, nesse período, o córtex cerebral ainda não foi formado, e ainda não existiria potencialidade de vida fora do útero.

Primordialmente, insta destacar a brutal incoerência traçada nesse fundamento. A linha argumentativa inicial foi apresentada com diversos fundamentos enfatizando os direitos da mulher gestante, como acima fora destacado - sem sequer considerar a existência de um conflito de direitos fundamentais dela e do nascituro - inclusive citando que a tipificação penal constituiria "medida de duvidosa adequação" para proteger a vida do nascituro. Além disso, seria desproporcional por gerar custos sociais "superiores aos seus benefícios" (seria a vida de menor valor a custos sociais?). Finalmente, porém, limita toda a ideia somente ao nascituro desenvolvido no primeiro trimestre de gravidez, considerando apenas um fato técnico.

Ora, se a proteção para a gestante não é insuficiente enquanto o nascituro é um "feto já desenvolvido", todos os pontos anteriormente descritos a respeito dos direitos inerentes a ela se esvaem. Afinal, sua proteção continuaria existindo quando em conflito com os direitos de um embrião desenvolvendo-se nas primeiras doze semanas de gestação.

Afora essa consideração, voltemos para a discussão científica posta em debate para demonstrar que, independente de qualquer limitação, a individualidade

e consequente dignidade do nascituro já existem antes do desenvolvimento completo de seu córtex cerebral.

Ao pontuar seu posicionamento, pode-se inferir que a ideia de Barroso condiciona a personalidade do nascituro à formação de seu córtex cerebral, já que, a partir desse momento, sua racionalidade e seus sentimentos seriam desenvolvidos. Quanto a isso, importante se faz lembrar que já na sexta semana de gestação, o nascituro desenvolve o presencéfalo, este relacionado à formação ulterior do córtex cerebral (SADLER, 2005 apud FERNANDES e SÁ, 2019).

Ainda nesse sentido, Alan Shewmon (apud SPAEMANN, 2012) afirma que, quanto à vitalidade, a função do cérebro é mais moduladora que constitutiva, melhorando a qualidade de sobrevivência potencial de um ser vivo. Prossegue explicando que a unidade integradora de um organismo complexo envolve uma interação entre todas as partes, e não apenas uma imposição de uma sobre as demais. Não se pode, portanto, condicionar a humanidade de um indivíduo pelo desenvolvimento completo de sua atividade cerebral, tendo em vista que a unidade que substancia a individualidade humana decorre de um conjunto complementar de partes, desenvolvidas, como visto, com o fim de conservar a própria vida.

Em segundo lugar, a respeito da consideração complementar do ministro sobre a racionalidade do nascituro, faz-se imperioso destacar que:

Dizer que a incapacidade do uso da razão por um dado ente alteraria a sua substância, removendo a racionalidade de sua caracterização faria tanto sentido quanto dizer que uma planta doente, por deixar de apresentar crescimento vegetativo, deixa de ser planta. (ARRUDA, 2017, p.133)

Atendo-se, por fim, ao princípio da proporcionalidade, subdividido em três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) - dentre os quais o último fora, acima, abordado - salienta-se que, quanto ao primeiro, o ministro afirma que a tipificação penal discutida é de duvidosa adequação à tutela do direito à vida do nascituro por não produzir impactos relevantes sobre o número de abortos. Tal argumento, com a devida data vênua, não apresenta coerência alguma.

Ora, o bem jurídico tutelado é a vida do nascituro, não havendo outro meio para protegê-lo além de uma tipificação que puna aquele que a aniquila. Raciocínio semelhante poderia ser feito com o crime de homicídio (art. 121, CP). De acordo com considerações de Streck e Barba (2016), a eficácia social não pode ser objeto de medida para ponderar a adequação dos meios para a obtenção de fins, pois a

própria ideia de norma jurídica se esvairia, já que sua concretização dependeria de condições contingenciais.

No que se refere ao segundo subprincípio, é exposta a necessidade de averiguar se há algum meio alternativo à criminalização que não somente proteja o direito à vida do nascituro, mas interfira menos possível nos direitos das mulheres. Neste momento, alega a descriminalização do aborto no primeiro trimestre, o qual já foi debatido. Outrossim, menciona a possibilidade que teria o Estado em evitar a ocorrência dos abortamentos através de outros meios, como a implementação de políticas de educação sexual. Mais uma vez, por mais que essas sejam fundamentais para evitar um maior número de casos, ela, de modo algum, vai proteger a vida do nascituro (bem jurídico tutelado pelos artigos penais mencionados).

## **5 CONCLUSÃO**

Diante de tudo o que foi abordado neste artigo, percebe-se que a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação é incoerente e inconstitucional. Isso porque, biológica e filosoficamente, a vida é iniciada na concepção, instante no qual sua personalidade também surge. Sendo, portanto, uma pessoa e, como tal, dotada de dignidade, compreende-se a existência de um conflito entre o direito do nascituro à vida (ainda em seu primeiro trimestre) e alguns direitos fundamentais da mulher que o gera, devendo-se primar pelo primeiro. Isso em razão de uma constatação muito simples: com parciais autonomia (frisa-se, entretanto, que esta não pode ser utilizada pela gestante em face do nascituro, pois ele é um indivíduo à parte, apenas momentaneamente nela abrigado) e liberdade, apesar da falta de plenitude, o bem que as sustenta - a vida - permanece; se essa for retirada, porém, a própria existência é cessada.

Nesse viés, o próprio ordenamento jurídico brasileiro, atento às explicações concepcionistas e seguindo o Pacto de São José da Costa Rica, reconhece a personalidade e conseqüente dignidade inerente aos nascituros, garantindo, a eles, a vida, em sua Constituição, e, nas demais normas, outros direitos a ele inerentes. Perante o aparato normativo, portanto, o nascituro, independente do estágio de desenvolvimento em que se encontra, é reconhecido como detentor de direitos, linha contra a qual o ministro Barroso incoerentemente seguiu.

Além de não ter delimitado seu voto aos ditames normativos referentes à prisão preventiva, trabalhando algo que deveria ser feito pelo legislador, suas ideias fugiram da existência de um conflito real entre os direitos da gestante e do nascituro, ignorando, em seus fundamentos, o direito desse à vida. Em linhas gerais, sua sustentação de que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação é inconstitucional demonstra-se completamente equivocada. Em verdade, é justamente sua descriminalização que apresenta inconstitucionalidade por não reconhecer a dignidade humana do nascituro, tampouco seu direito à vida. Como visto, o nascituro possui vida humana, sendo essa, sem qualquer discriminação, protegida pela CF/88, e é a essa vontade do constituinte de evitar possíveis aviltamentos que o legislador do CP/40 se concentrou.

Por fim, como muitos defensores da descriminalização afirmam, os abortos permanecerão ocorrendo à revelia da lei, máxima que poderia ser utilizada para qualquer ação ou omissão tipificada. Isso nos leva a concluir que, assim como no caso delas, a norma não deve sancionar o delito, mas reprimi-lo. O nascituro, como pessoa, precisa ser respeitado e tido como um fim em si mesmo, devendo ser a ele assegurado o direito essencial inerente a todo e qualquer ser humano: a vida. Nesse sentido, não havendo outros meios, afora a criminalização, que verdadeiramente protejam o bem jurídico pretendido do nascituro, afora os tipos já permitidos por lei, essa deve permanecer.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

AREY, Leslie Brainerd. **Developmental Anatomy**. Philadelphia: Saunders. 1924.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y Dignidad de la persona**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. **O Aborto no Direito Brasileiro**, 2017, Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B16BCBiiRZkZYlo5NXIJblZEUHM/view>. Acesso em 26 de abril de 2021.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 14 jul. de 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jul. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 19 de fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica**. 2. ed. atual. e ampl. Brasília: MS, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 14 jul. de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 jul. de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriointerrupcaoGravidez.pdf>. Acesso em: 15 de mar. de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: **Habeas Corpus nº 124306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 14 jul. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, vol 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. **Aborto - a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexysana-stf#:~:text=Aborto%20%E2%80%94%20a%20recep%C3%A7%C3%A3o%20equivocada%20da%20pondera%C3%A7%C3%A3o%20alexysana%20pelo%20STF,->

11%20de%20dezembro&text=No%20long%C3%ADnquo%20ano%20de%201748,si gam%20a%20letra%20da%20lei. Acesso em 15 de abril de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNANDES, César Eduardo; SÁ, Marcos Felipe Silva de. **Tratado de obstetrícia Febrasgo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. **Fundamentos de Medicina Legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

KACZOR, Christopher. **A Ética do Aborto**. São Paulo: Loyola. 2014.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 1. ed. Petrópolis: Vozes. 2013.

LARSEN, William. **Embriologia humana**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

LOBATO, Samuel de Jesus da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. O nascituro como pessoa humana: a constituição e o código civil como fundamentos para a personalidade do embrião humano. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, n. 49, p. e2911, 29 maio 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_, Ives Gandra da Silva. **O supremo e o homicídio uterino**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/5706/o-supremo-e-o-homicidio-uterino>. Acesso em: 20 de fev de 2021.

MARTINS, Larissa Maria Guedes. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal em face do crime de aborto**, 2018, Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41273/1/2018\\_tcc\\_imgmartins.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41273/1/2018_tcc_imgmartins.pdf). Acesso em 20 de abril de 2021.

MOORE, Keith L. **Embriologia Clínica**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

\_\_\_\_\_, Keith L. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

RIBEIRO, Mário da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 3, p. 139-176, 29 dez. 2017.

RODRIGUES FILHO, Antonio Marinho de Melo; PINHEIRO, Victor Sales. A problemática do marco inicial da personalidade jurídica no paradigma da pessoalidade e da dignidade humana. **Juris Poiesis**, v. 23, n. 32, p. 167-198, 2020.

SPAEMANN, Robert. **Love and dignity of human life: on natural law**. Grand Rapids: W.B. Eerdmans, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TELES, Eleandro. **O Humanismo Personalista de Lima Vaz: Uma Resposta Filosófica ao Problema do Aborto**. 2009. Disponível em: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/39/109>. Acesso em 12 de maio de 2021.

## AGRADECIMENTOS

Inicio meus agradecimentos ao meu amado Deus, fonte da minha alegria e esperança, mediante o qual alcancei forças para produzir este trabalho e ânimo para persistir nele mesmo em meio a circunstâncias que, aos olhos humanos, geram desespero e angústia.

Obrigada, papai e mamãe, pelo amor derramado imerecidamente, pelos ensinamentos, pelos conselhos, pelas orientações e pela busca, desde o começo, em possibilitar uma educação de qualidade. Sei que abdicaram de muitas coisas para proporcionarem a mim, a Bruna e a Pedro, o melhor. Obrigada também a vocês, meus queridos irmãos, por terem me fornecido não somente uma infância mais feliz, mas por, em todo tempo, até mesmo nos mais difíceis, me fazerem sorrir e enxergar a vida com mais leveza. Amo todos vocês! Também agradeço aos meus queridos avós, sempre presentes e amáveis comigo, aos meus tios e tias, primos e primas, que sempre torceram pelo meu sucesso acadêmico e profissional.

Agradeço aos amigos, em especial a Aninha que, desde criança, mostra-se uma amiga presente, sempre me animando, aconselhando, se alegrando com minhas alegrias e chorando com minhas tristezas. Obrigada Lilian, Bel e Zilli, por também se manterem presentes, por proporcionarem momentos felizes e, durante este curso, me darem tanto apoio. Obrigada, Severino Neto, por contribuir com discussões e materiais que me auxiliaram demasiadamente neste trabalho, e por me alegrar, consolar, me fazer rir, e me presentear com sua companhia. Agradeço também a Aline Costa, Poliana, Raiane e Eduarda, pela amizade, suporte, e torcida em todos os momentos, e a Bia Porto, pelas conversas, por ser tão amiga e por ter me ajudado de maneira graciosa nesta reta final. Laíssa, Bia Agra e Rhuan, obrigada pelo apoio, por também se fazerem presentes e por sempre estarem dispostos a me auxiliarem. Também agradeço a você, Aline Panda, pela amizade, pelo coleguismo acadêmico, pela preocupação, pelos conselhos e pelas manhãs mais leves no CCJ. Amo todos vocês!

Agradeço também a Ana Alice, minha orientadora que faz jus ao título que recebe, mostrando-se sempre disponível e solícita. A Fábio Severiano e a Milena, extremamente importantes em minha formação acadêmica, pelas orientações e por terem gerado, em mim, uma maior dedicação ao curso. A Laplace, meu orientador na monitoria, atividade ansiada por mim desde o início do curso. Aos demais

professores, amigos e colegas que fizeram parte da minha vida durante a graduação, assim como todos que trabalharam no CCJ, como Lorena, sempre paciente ao tirar minhas dúvidas. Tenham certeza que vocês foram essenciais para minha formação acadêmica e meu desenvolvimento como pessoa. Grata também sou pelas oportunidades de organização de eventos, debates e pesquisas através do NUPOD, bem como pelos aprendizados nos estágios, especialmente na 1ª Vara Criminal.

Por fim, também concluo meus agradecimentos a Ti, meu Deus, que contemplastes o início da minha jornada acadêmica em 2016, mas, no ventre da minha mãe, já havias visto meu corpo ainda informe e, sabendo de todas as coisas, antes de qualquer uma vir à tona, já tinhas conhecimento deste momento tão gracioso em minha vida. Obrigada, Pai, por cuidar tão bem de mim. Vi teu amparo na primavera, em seu colorido junto à calmaria, mas também no inverno, nas mais impetuosas tempestades. Agradeço a Ti, Deus, porque, mesmo com minhas falhas e meus momentos de incredulidade, o Senhor, todos os dias, derrama graça e misericórdia sobre mim, e quão feliz eu sou por isso!

Feliz eu sou pelos meus pais que, além dos seus conselhos diários, me educaram e me ensinaram a andar em Teu caminho. Feliz eu sou por meus irmãos, os quais me fazem sorrir mesmo quando, em minha limitação ao olhar para as circunstâncias, não vejo motivos para tal. Feliz eu sou pelo meu namorado e por meus amigos, que tornam meu caminhar mais leve, e me ajudam rindo ou chorando comigo. Agradeço a Ti, Senhor, pois sei que através de todos eles, enxugastes muitas das minhas lágrimas, trouxestes calma ao meu coração, e forças para prosseguir. Por fim, feliz também sou pelos momentos de dificuldade que enfrentei, pois, mediante eles, amadureci. Não sei, Pai, o que acontecerá em meu futuro, mas permaneço descansando em Ti e crendo que o Senhor tem controle sobre todas as coisas. E, neste momento, se o Senhor me deu a graça de alçar voo, que ele seja para tua glória.