



CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO SALGADO
BACHARELADO EM DIREITO

SAMUEL DE MATOS BRITO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A PRÁTICA ABORTIVA À
LUZ DO NOVO ESTATUTO DO NASCITURO.**

ICÓ-CE
2023

SAMUEL DE MATOS BRITO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A PRÁTICA ABORTIVA À
LUZ DO NOVO ESTATUTO DO NASCITURO.**

Artigo Científico apresentado ao Centro
Universitário Vale do Salgado/UniVS, Curso
de Direito, como requisito para a obtenção de
nota da disciplina Trabalho de Curso II.

Orientador (a): Prof. Me. Romeu Tavares
Bandeira

SAMUEL DE MATOS BRITO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A PRÁTICA ABORTIVA À
LUZ DO NOVO ESTATUTO DO NASCITURO.**

Artigo submetido à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC II) do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS) a ser apresentado como requisito para obtenção de nota.

Aprovado em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Me. Romeu Tavares Bandeira
Centro Universitário Vale do Salgado
Orientador

Me. José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Centro Universitário Vale do Salgado
Examinador

Esp. Maria Beatriz Pereira da Silva
Centro Universitário Vale do Salgado
Examinador

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
2 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	10
3 A PRÁTICA ABORTIVA E AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....	12
4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À LEGALIZAÇÃO DO ABORTO.....	14
5 DIREITO À VIDA E O NOVO ESTATUTO DO NASCITURO	16
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	18
REFERÊNCIAS.....	20

LISTA DE SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	Código Penal
CC	Código Civil
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A PRÁTICA ABORTIVA À LUZ DO NOVO ESTATUTO DO NASCITURO.

Samuel de Matos Brito¹
Romeu Tavares Bandeira²

RESUMO

O presente trabalho, intitulado “O Direito Fundamental à Vida e a Prática Abortiva à Luz do Novo Estatuto do Nascituro”, analisa o direito fundamental à vida e o aborto, de acordo com as disposições do Projeto de Lei de nº 718 de 2007 (Novo Estatuto do Nascituro). A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, consagra desde o seu preâmbulo o direito fundamental à vida como corolário do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a problemática da presente pesquisa consiste no seguinte questionamento: Qual o posicionamento adotado pelo Estatuto do Nascituro em relação ao direito fundamental à vida e à prática abortiva? Desta feita, o presente trabalho tem por objetivo geral: analisar o direito fundamental à vida e à prática abortiva de acordo com as disposições do Projeto de Lei nº 478 de 2007 (Novo Estatuto do Nascituro). Ademais, são objetivos específicos: a) discutir o direito à vida a partir do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988; b) investigar como a legislação penal brasileira dispõe acerca da prática abortiva; c) explanar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da descriminalização do aborto; d) examinar as disposições do Novo Estatuto do Nascituro. Para tanto, far-se-á uso da CRFB de 1988, e legislação correlata, de modo especial, o Código Civil de 2002, o Código Penal de 1940 bem como o Projeto de Lei 478 de 2007. Quanto aos aspectos metodológicos, a presente pesquisa apresenta em seu corpo técnico um estudo de caráter analítico e do tipo bibliográfico e documental, ademais, detém um viés explanatório e descritivo de abordagem qualitativa, tendo como estratégia metodológica a revisão de literatura.

Palavras-chave: Direito à Vida. Aborto, Ordenamento Jurídico Brasileiro. Novo Estatuto do Nascituro.

ABSTRACT

The present work, entitled "The Fundamental Right to Life and the Abortion Practice in the Light of the New Statute of the Unborn", seeks to analyze the fundamental right to life and abortion, according to the provisions of Bill No. 718 of 2007 (New Statute of the Unborn). The Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated on October 5, 1988, enshrines from its preamble the fundamental right to life as a corollary of the Democratic State of Law. In this sense, the problem of the research consists of the following question: What is

¹ Graduando em Direito pela UNIVS, E-mail: sbematos02@gmail.com.

² Graduado em Direito pela UFPB, especialista em Direito Público e Mestre em Direito, na área de Concentração em Direito Econômico – PPGCJ/UFPB, E-mail, romeutavares@univs.edu.br.

the position adopted by the Statute of the Unborn Child in relation to the fundamental right to life and abortion practice in Brazil? Thus, the present work has as general objective: to analyze the fundamental right to life and the abortion practice in accordance with the provisions of Bill No. 478 of 2007 (New Statute of the Unborn). In addition, the following specific objectives are: a) discuss the right to life from article 5 of the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988; b) to investigate how the Brazilian criminal legislation provides for the practice of abortion; c) explain the position of the Federal Supreme Court on the decriminalization of abortion; d) to examine the provisions of the New Status of the Unborn child. To this end, the CRFB of 1988 will be used, and related legislation, in particular, the Civil Code of 2002, the Penal Code of 1940 as well as Bill 478 of 2007. Regarding the methodological aspects, the present research presents in its technical staff a study of analytical character and of the bibliographic and documentary type, in addition, it has an explanatory and descriptive bias of qualitative approach, having as methodological strategy the literature review.

Keywords: Right to Life. Abortion, Brazilian Legal Order. New Statute of the Unborn.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou o direito à vida como corolário da dignidade da pessoa humana, ao dispor no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 1988).

Não obstante a tratativa conferida pelo legislador constituinte, o direito fundamental à vida não goza de caráter absoluto, é tanto que o Código Penal Brasileiro autoriza a prática abortiva em determinadas hipóteses, as quais se encontram elencadas de modo taxativo no bojo do artigo 128 do mencionado diploma legal (BRASIL, 1953).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 54 de 12 de abril de 2012³, decidiu, por maioria dos votos, pela viabilidade da prática abortiva naqueles casos em que o feto apresentar anencefalia, isto é, a ausência de encéfalo, o que inviabiliza a vida extrauterina (BRASIL, 2013).

Na mesma linha, ao apreciar o Habeas Corpus de número 124.306 do Rio de Janeiro⁴, a Primeira Turma da Suprema Corte firmou um importante precedente, ao entender que seria inconstitucional a criminalização da prática abortiva até o terceiro mês de gestação (BRASIL, 2016).

Em seu voto, o Ministro Luiz Roberto Barroso, afirmou que a criminalização do aborto viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, 2016).

Diante de tal precedente o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) propôs no ano de 2017 a ADPF 442⁵, com o objetivo de descriminalizar o aborto voluntário praticado até o terceiro mês de gestação.

A despeito da evolução histórica no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria em análise, o Projeto de Lei de nº 478 de 2007 (Novo Estatuto do Nascituro), em tramitação nas Casas Legislativas, tem em vista criminalizar de modo irrestrito a prática abortiva no Brasil, tornando-a inviável inclusive naquelas hipóteses em que a gestação resultar

³ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, acessado em: 02/05/2023.

⁴ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>, acessado em: 02/05/2023.

⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>, acessado em: 02/05/2023.

de violência sexual.

Diante disso, surge a seguinte problemática: Qual o posicionamento adotado pelo Novo Estatuto do Nascituro em relação ao direito fundamental à vida e a prática abortiva no Brasil?

Nessa baila, o objetivo geral do presente trabalho é: analisar o direito fundamental à vida e à prática abortiva de acordo com as disposições do Projeto de Lei n° 478 de 2007 (Novo Estatuto do Nascituro).

Ademais, são objetivos específicos desta produção acadêmica: a) discutir o direito fundamental à vida a partir do artigo 5° da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988; b) investigar como a legislação penal brasileira dispõe acerca da prática abortiva; c) explicar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da descriminalização do aborto; d). examinar as disposições do Novo Estatuto do Nascituro.

Resta evidenciado, portanto, que a presente discussão é de suma relevância não apenas para a ciência do direito como também para a sociedade de modo geral, tendo em vista que esta temática possui reflexos na seara religiosa e moral, tratando-se, ademais, de uma questão de saúde pública.

No que tange aos aspectos metodológicos, a presente pesquisa apresenta em seu corpo técnico um estudo de caráter analítico e do tipo bibliográfico e documental, ademais, detém um viés explanatório e descritivo de abordagem qualitativa, tendo como estratégia metodológica a revisão de literatura.

A priori a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de materiais existentes que já foram publicados, diante disso, para que a mesma ocorra se fazem necessários dispositivos e instrumentos bibliográficos atinentes ao raciocínio de determinados autores. Desse modo, este tipo de pesquisa se utiliza de artigos, livros, dentre outros instrumentos (GIL, 2008).

A pesquisa documental equivale a coleta de dados restritos a documentos, sendo eles escritos ou não, e constituídos de fontes primárias e secundárias. Condizendo, a documentos de arquivos públicos, publicações parlamentares, estatísticas, documentos, legislação (MARCONI; LAKATOS, 2011).

Outrossim, as pesquisas explanatórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, por fito de formular problemas mais preciosos ou hipóteses pesquisáveis para estudos futuros. De modo geral, pesquisas explanatórias envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso (GIL, 2008).

A abordagem qualitativa exige um estudo amplo do objeto de pesquisa, considerando o contexto em que ele está inserido e as características da sociedade na qual se encontra. Uma

abordagem dessa natureza se encontra imbricada a uma análise de caráter descritivo, a qual se atém aos elementos do objeto de pesquisa (MARCONI: LAKATOS, 2011).

Destarte, a revisão narrativa de literatura consiste em uma abordagem metodológica que visa destrinchar as produções acadêmicas elaboradas no âmbito de incidência temática da pesquisa, elegendo os mais relevantes aspectos atinentes aos fatos de pesquisa (GIL, 2008).

2 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Constituição Federal em vigor, promulgada em 1988, consagra desde o seu preâmbulo o intuito de estabelecer um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício das prerrogativas sociais e individuais (BRASIL, 1988). Neste passo, a CRFB/88 dispõe que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Na mesma linha, o *caput* do art. 5º da CRFB/88, estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (Brasil, 1988).

Destarte, a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Estado Brasileiro é signatário, declara, em seu artigo 4º, que toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida, e ademais, acrescenta que esse direito deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção (CADH, 1969).

A expressão nascituro deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, designando aquele que há de nascer. Em outras palavras, nascituro seria o ente que está sendo gerado, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Porém, não nasceu ainda, razão pela qual não teve início a sua vida enquanto pessoa (TARTUCE, 2021).

Em seu dicionário jurídico, a professora Maria Helena Diniz conceitua o nascituro como sendo aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, enuncia em seu art. 2º que a personalidade civil do indivíduo tem início a partir do nascimento com vida, sendo resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002).

A esse respeito, são diversas as correntes doutrinárias que se debruçam sobre esta temática, destacando-se neste meio a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional, as quais serão brevemente explanadas.

Para a teoria natalista o nascituro não pode ser considerado pessoa, vez que o Código Civil Brasileiro estabelece o nascimento com vida como condição *sine qua non* para a aquisição

da personalidade civil, desse modo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Destacam-se como adeptos desta teoria Sílvio de Salvo Venosa (2004) e Anderson Schreiber (2006).

Noutra via, a teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, no entanto, os direitos do nascituro estariam sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. Como entusiasta deste posicionamento pode ser citado Washington de Barros Monteiro (2010).

De modo diverso, a teoria concepcionista, sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pelo Ordenamento Jurídico, desde a concepção. Tal posicionamento se encontra fundamentado na parte final do artigo 2º do Código Civil Brasileiro bem como na lei 11.804 que versa acerca dos alimentos gravídicos.

Destacam-se como defensores da teoria concepcionista, Silmara Juny Chinellato (2015), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2017), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021), dentre outras eminentes juristas.

A seu turno, a professora Maria Helena Diniz preleciona que a personalidade civil do indivíduo se divide em formal e material, sendo a primeira relacionada com os direitos da personalidade, os quais o nascituro possui desde a concepção, ao passo que a segunda concerne aos direitos patrimoniais, e o nascituro só os adquire a partir do nascimento com vida (DINIZ, 2010).

Embora, não se possa olvidar que o Ordenamento Jurídico põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, é imperioso que a personalidade civil do indivíduo somente é adquirida a partir do nascimento com vida.

Partindo de tal premissa, o entendimento que melhor corresponde aos anseios do legislador seria a teoria da personalidade condicional, segundo a qual os direitos do nascituro estariam sujeitos a uma condição suspensiva, isto é, ao nascimento com vida, tratando-se, portanto, de direito eventual.

Essa é a inteligência do Código Civil de 2002, ao estabelecer no bojo do artigo 130 que ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo (BRASIL, 2002).

Ao dispor acerca do contrato de doação, mais precisamente no art. 538 do CC/2002, o legislador estabelece ser lícita a doação efetuada em favor do nascituro, desde que aceita pelo seu representante legal (BRASIL, 2002). Neste ínterim, é evidente que a benesse se encontra sob condição suspensiva, vez que a transmissão somente se efetiva a partir da ocorrência de evento futuro e incerto, qual seja, o nascimento com vida do infante.

Diante do exposto, torna-se evidente que a posição adotada de modo uníssono pelo Ordenamento Jurídico Pátrio é a teoria da personalidade condicional, pois, embora sejam ressalvados desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil somente é adquirida através do nascimento com vida, aferível pela capacidade cardiopulmonar do indivíduo.

3 A PRÁTICA ABORTIVA E AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o ovócito feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que corresponde a implantação do óvulo no útero materno, o que ocorre cerca de 14 (quatorze) dias após a fecundação (GRECO, 2019).

Em complemento, Rogério Sanches Cunha aduz que o termo inicial da gravidez se dá com a fecundação, segundo aspectos de ordem biológica. No entanto, prevalece na ótica jurídica, que a gestação tem início com a implantação do ovócito fecundado no endométrio, isto é, a nidação (CUNHA, 2019).

Fragoso, ressalta de modo preciso a controvérsia acima referida:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é, o estado de gestação, que, para efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto.⁶

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a vida humana sempre fora objeto da tutela penal, a esse respeito o Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, no entanto, o fornecimento de meios abortivos era passível de punição, ainda que a prática não se consumasse, sendo a pena agravada se o sujeito fosse médico, cirurgião ou similar (BITENCOURT, 2020).

A seu turno, o Código Penal de 1890, diferente do seu antecessor, criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, com pena de prisão celular pelo período de dois a seis anos (BITENCOURT, 2020).

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 115-116.

Com o advento do Código Penal de 1940, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que se encontra atualmente em vigor, a prática abortiva passou a ser tipificada em três modalidades distintas, quais sejam: o aborto provocado, o aborto sofrido e o aborto consentido.

A esse respeito, o Código de 1940, em seu artigo 124, criminaliza o aborto provocado pela gestante ou com o consentimento desta, punindo-o com pena de detenção de um a três anos. (BRASIL, 1940)

Por sua vez, o artigo 125 do Código Penal tipifica o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, atribuindo a tal conduta pena de reclusão de três a dez anos. O artigo 126 do CP criminaliza a conduta de praticar aborto com o consentimento da gestante, atribuindo pena de reclusão de um a quatro anos. (BRASIL, 1940). Não obstante a criminalização da conduta abortiva no Brasil, o Código Penal em vigor elenca determinadas hipóteses fáticas que tem o condão de afastar a ilicitude da prática abortiva, tratam-se das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 128 do Código Penal.

Com efeito, disciplina o art. 128 do CP de 1940 que não se pune o aborto quando praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, bem como naquelas situações em que a gravidez resulta de estupro (BRASIL, 1940).

No primeiro inciso do art. 128, tem-se o aborto necessário, realizado quando não houver outro meio de salvaguardar a vida da mãe. Desse modo, deve haver perigo de vida à genitora e inexistência de recursos alternativos para resguardar a vida. Conforme leciona Capez (2020)⁷ tal hipótese reflete um estado de necessidade, porém sem exigência de que o risco à vida seja atual, sendo suficiente a constatação de que o processo gestacional oferecerá risco futuro para a vida da gestante, como ocorre, por exemplo, com doenças crônicas como câncer ou diabetes.

Desse modo, existem dois bens jurídicos comprometidos, a vida do feto e da genitora, de modo tal que a preservação de um (vida da gestante) depende da extinção do outro, vida do feto. Entende-se, portanto, que o legislador priorizou um bem maior, no caso, a vida da mãe, frente ao sacrifício de um bem menor, neste caso, um ser ainda não completamente formado (CAPEZ, 2020)⁸.

O mesmo raciocínio se aplica à gravidez proveniente de violência sexual, onde o legislador sobrepõe a dignidade da pessoa humana, titularizada pela mulher, em detrimento da vida do nascituro.

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal v 2 – parte especial arts. 121 e 212. São Paulo. Editora Saraiva, 2020.

⁸ Ibid

Constata-se, portanto, que o Ordenamento Jurídico Brasileiro tutela a vida humana desde seu estágio embrionário, no entanto, esta prerrogativa não goza de caráter absoluto, tendo em vista a licitude da prática abortiva em determinadas situações, as quais se encontram elencadas de modo taxativo no bojo legislação penal.

Desse modo, tornar o aborto inviável às mulheres vítimas de violência sexual, representaria um flagrante retrocesso no Ordenamento Jurídico Pátrio, não apenas no âmbito da legislação penal, como também em se tratando das garantias fundamentais da mulher.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

No que tange ao posicionamento adoto pelos Tribunais Superiores frente à problemática em questão, é indispensável mencionar o julgamento histórico da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 54 do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo.

Em 17 de junho de 2012, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS – formalizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, indicando como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da CRFB/88, e como a causar lesão a esses princípios, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

Nesta ocasião, a Suprema Corte decidiu, por maioria dos votos, pela viabilidade da interrupção da gravidez naqueles casos em que feto apresentasse uma condição clínica tida por anencefalia.

Neste contexto, conforme a literatura médica a anencefalia é definida como a má-formação fetal congênita por defeito do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco encefálico, o que inviabiliza por completo a vida do neonato após o seu nascimento.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, entendeu que a criminalização da prática abortiva em tais casos acarretaria em uma notória violação ao princípio da dignidade da pessoa humana inerente a mulher. Este foi entendimento sedimentado pelos ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ayres Brito Gilmar Mendes, Celso de Mello e pelas ministras Rosa Weiber e Cármem Lúcia.

Em sentido Contrário votaram os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Para

os ministros, um tema com tamanha complexidade e relevância deveria ter o crivo do Congresso Nacional, após um amplo debate com a sociedade, nessa linha, o acolhimento da ADPF configuraria usurpação de competência privativa do legislativo para criar outra causa de exclusão de ilicitude.

Noutro giro, no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306 do Rio de Janeiro, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou-se um importante precedente acerca da viabilidade da prática no Brasil. No caso, em tela o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ deferiu a liberdade provisória em favor dos pacientes, presos em flagrante delito ante o suposto cometimento dos crimes previstos nos arts. 288 e 126, em concurso material, ambos do Código Penal.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro formalizou recurso em sentido estrito de nº 001449-75.2013.8.19.0021. Sustentou-se a necessidade da segregação para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. A 4ª Câmara Criminal, consignou, ao prover o recurso, que estavam presentes os requisitos autorizadores da custódia e determinou a expedição de mandados de prisão contra os pacientes.

A seu turno, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* de nº 290.343/RJ junto ao Supremo Tribunal Federal, arguindo a insubsistência dos motivos a justificarem a constrição. Defendeu a excepcionalidade da medida, ressaltando que, se os pacientes fossem condenados, cumpririam a reprimenda em regime diverso do fechado.

A Sexta Turma não conheceu do *Habeas*, em razão da natureza substitutiva de recurso especial. Entendeu pela legalidade da custódia, pois fundada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputas.

De modo insurgente, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* de nº 124.306, alegando ser teratológico o entendimento da Sexta Turma do Supremo Tribunal Federal, vez que a contrição implantada constituiria antecipação da pena. Aludiu também a desnecessidade da segregação, bem como a inexistência de qualquer tentativa de fuga durante o flagrante.

Diante disso, a Segunda Turma do STF, decidiu pela revogação da custódia cautelar dos pacientes, entendimento este firmado pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, relator do caso. Em seu voto, o relator destacou que o estado de liberdade dos acusados não oferecia qualquer risco ao processo, sendo desnecessária, portanto, a manutenção da custódia preventiva.

Merece destaque, neste caso, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual enaltece a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre:

É preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário previsto nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com consentimento desta. O bem jurídico protegido (vida potencial do feto) é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.⁹

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, seria preciso conferir uma interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, a fim de excluir do seu âmbito de incidência dos mesmos a interrupção voluntária da gestação desde que efetivada no primeiro trimestre.

5 DIREITO À VIDA E O NOVO ESTATUTO DO NASCITURO

De iniciativa dos deputados Federais Luiz Bassuma do Partido dos Trabalhadores (PT) e Miguel Martini do Partido Humanista da Solidariedade (PHS), o Projeto de Lei de nº 478 de 2007 (Estatuto do Nascituro), dispõe acerca da proteção integral à vida humana desde os estágios iniciais de seu desenvolvimento.

Mormente, o Novo Estatuto define o nascituro como o ser humano concebido, mas ainda não nascido, incluindo em tal conceito os embriões concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científico eticamente aceito.

Nos termos do art. 3º do mencionado projeto de lei, o feto adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas a sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica integral através deste estatuto e da lei civil e penal (PL 478, 2007).

É evidente, portanto, que o PL 478 de 2007, representa um importante avanço no Ordenamento Jurídico Pátrio, no que diz respeito a proteção conferida em favor do nascituro, é tanto que em seu art. 7º é assegurada a criação de políticas sociais públicas que permitam o desenvolvimento sadio e harmonioso do feto. (PL 478, 2007)

Não obstante o acentuado viés protetivo, o Projeto de Lei prevê em seu art. 13 que o embrião concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou

⁹Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginaDorpub/paginaDor.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, acessado em: 02/05/2023.

restrição de direitos (PL 478, 2007).

Na mesma linha, a Nova Lei tipifica a conduta de congelar, manipular ou utilizar o nascituro (embrião “in vitro”) como material de experimentação, com pena de privativa de liberdade de 01 (um) a 03 (três) anos e multa, sem prejuízo de sanções de natureza cível e administrativa.

Se por um lado o PL 478 de 2007 confere maior proteção à vida humana em desenvolvimento, por outra via, tem-se um acentuado retrocesso no que diz respeito aos direitos fundamentais da mulher, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a relevância e delicadeza da matéria “*sub examine*” passar-se-á a uma breve incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. Mormente, os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais e operam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Delas resultam determinados deveres e abstenções impostos ao Estado em favor da Coletividade.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma proposição do imperativo categórico kantiano, pelo qual “toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma, e não como um meio para satisfazer os interesses de outrem ou interesses coletivos”. Dignidade significa, em uma acepção subjetiva, que todo indivíduo tem um valor intrínseco. (BRASIL, 2016)¹⁰.

Desse modo, é evidente que o Projeto de Lei 478 de 2007 relativiza o valor intrínseco da mulher, vítima de violência sexual, constringendo-a a gerar, contra a sua vontade, um indivíduo fruto de uma experiência por demais traumática.

A esse respeito não se pode olvidar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enuncia em seu art. 226, parágrafo 7º, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por partes das instituições oficiais ou privadas.

Consoante o preceito constitucional supramencionado, é evidente a intenção do constituinte em preservar autonomia privada no que concerne ao planejamento familiar. Sendo assim, não seria lícito ao legislador, impor a mulher vítima de violência sexual o encargo de prosseguir com a gestação até o nascimento do infante, sob pena de vulnerar o princípio maior da dignidade da pessoa humana, previsto na CRFB/88.

¹⁰ Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginaDorpub/paginaDor.jsp?docTP=TP&docID=12580345>, acessado em: 02/05/2023.

Para além disso, a pesquisa com células tronco embrionárias tornar-se-ia inviável de acordo com as disposições do Novo Estatuto, vez que os embriões excedentários (embriões que não foram utilizados em uma fertilização “*in vitro*”) seriam considerados vida humana, sendo vedada a sua utilização para fins de pesquisa.

A fertilização *in vitro*, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos de modo natural. Esse procedimento leva, inevitavelmente ao surgimento de embriões excedentes, muitos deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados.

A pesquisa com células tronco embrionárias, regulamentada pela lei 11.105/2005, tem viabilizado importantes avanços no campo científico, inclusive naquilo que concerne ao desenvolvimento de métodos terapêuticos para doenças como a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) e até mesmo alguns tipos de câncer.

Em seu artigo 5º a lei de biossegurança, estabelece que é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização “*in vitro*” e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas determinadas condições.

Assim, as disposições da nova legislação, caso implementadas, acarretariam no descarte de células tronco embrionárias inviáveis e não utilizadas, vez que o Projeto de Lei 478 de 2007 obsta a utilização de embriões concebidos “*in vitro*” para fins de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um viés biológico, a vida humana tem início a partir do encontro do gameta feminino, ovócito, com o gameta masculino, espermatozoide, o que se dá na fecundação. No entanto, para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, o termo inicial da vida ocorre com a nidação.

Nesse sentido, este trabalho teve como objetivo analisar o direito fundamental à vida e à prática abortiva de acordo com as disposições do Projeto de Lei nº 478 de 2007 (Novo Estatuto do Nascituro). Para tanto, dividiu-se o presente artigo em quatro tópicos de análise, correspondentes aos objetivos específicos: a) discutir o direito à vida a partir do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988; b) investigar como a legislação penal brasileira dispõe acerca da prática abortiva; c) explicar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da descriminalização do aborto; d) examinar as disposições do novo estatuto do nascituro.

Depreende-se que a despeito de sua fulcral relevância, o direito fundamental à vida não detém caráter absoluto, podendo ser relativizado. Assim sendo, o artigo 128 do Código Penal Brasileiro legitima a prática abortiva em dadas hipóteses, notadamente quando a gravidez resulta de violência sexual bem como naquelas situações em que não há outro meio de salvar a vida da gestante.

No ano de 2012, no julgamento da ADPF 54 do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser viável a interrupção da gravidez naqueles casos em que o feto apresenta anencefalia. Não obstante, ainda no ano de 2007 os deputados federais Luiz Bassuma do Partido dos Trabalhadores (PT) e Miguel Martini do Partido Humanista da Solidariedade (PHS), apresentaram o projeto de Lei nº 478 de 2007, Estatuto do Nascituro, que atualmente se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

A despeito de seu acentuado viés protetivo, o Novo Projeto de Lei se contrapõe às disposições normativas e jurisprudências vigentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que pode ser constatado, por exemplo, na redação do artigo 13 do Novo Estatuto, pela qual o embrião concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos.

Para além disso, o Projeto de Lei, inviabiliza a utilização de células tronco embrionárias (embriões excedentários) para fins de pesquisa, é o que se extrai do art. 25 do Novo Estatuto, que dispõe ser crime punível com pena de detenção de um a três anos e multa, congelar, manipular ou utilizar o nascituro como material de experimentação (PL 478, 2007).

É certo que o início da personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida, no entanto, a lei põe a salvo desde à concepção os direitos do nascituro. Nesse sentido, não se pode olvidar que as garantias constitucionais não são absolutas, devendo-se ponderar casuisticamente aquilo que deve prevalecer no plano fático.

Desse modo, a vida do nascituro, quando confrontada com a dignidade da pessoa humana, não deve prevalecer, razão pela qual é defeso ao legislador infraconstitucional tolher da mulher vítima de violência sexual o direito de abortar.

Na mesma linha, pode-se concluir que o Novo Estatuto dilata o conceito de nascituro de tal modo a abarcar os embriões concebidos “*in vitro*”, incluindo-se os embriões excedentários e inviáveis, o que contraria as disposições da Lei de Biossegurança (Lei 11.105 de 2005), a qual fora declarada constitucional pela Suprema Corte, no âmbito da ADI 3510.

Conclui-se, por fim, que o PL apresenta em sua redação original disposições flagrantemente incompatíveis com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que reclama uma análise apurada por parte das Casas Legislativas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Roberto, **Tratado de Direito Penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2020. 125p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. P. 139.

GIL, Antonio, **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 6°. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 11p.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 8, p.

OMS – Organização Mundial da Saúde. Gestação e Saúde. 2020. 92.p Disponível em <https://www.paho.org/pt>.

STF, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo, Dje: 23/04/2012, disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe>.

STF, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 442, Relator: Ministra Rosa Weber, disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe>.

STF, HABEAS CORPUS: HC 124.306 do Rio de Janeiro, Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo, Dje: 09/08/2016, disponível em jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772396220.

TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil: Volume Único**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, 67p.