Maria Helena Diniz

O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO

Questões polêmicas ético-jurídicas

12ª EDIÇÃO
Revista, atualizada
e ampliada

2025

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

MICROBIOÉTICA: QUESTÕES ÉTICO-JURÍDICAS

1. PROTEÇÃO À VIDA HUMANA

1.a) Inviolabilidade constitucional do direito à vida

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa[1].

1. Resguarda a vida o Pacto de São José da Costa Rica (arts. 3º e 4º), do qual o Brasil é signatário. Maria Garcia, A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, *24*:73; A indisponibilidade da vida humana e os limites da ciência. A autocompreensão ética da espécie (Habermas), *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, *59*:235-46; Maria Garcia, Estado laico e Estado aético: embriões humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88), *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, *64*:245-57; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 181, n. 7; Ana Laura V. Gutierres Araujo, Biodireito: o direito à vida, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, *51*:111-9; Ives Gandra da Silva Martins, O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição, *Revista Magister – Direito civil e processual civil*, *3*:95-106; Diogo Leite de Campos e Silmara J. de A. Chinellato, *Pessoa humana e direito*, Coimbra, Almedina, 2009; Maria Odete D. Bertasi, O direito absoluto à vida não admite relativização. *Informativo IASP*, n. 91, p. 26 e 27.

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer[2]. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada[3].

A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (CC, art. 2º, Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV, e CP, arts. 124 a 128). O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), embrião, nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico[4].

Assim sendo, se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige

2. Antônio Chaves, *Tratado de direito civil*; parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 435.
3. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1931, v. 1, p. 45, nota 2, v. 3, p. 42-3; Kelsen, *O problema da justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 77-81; Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 15 e 26-7; Paulo Lúcio Nogueira, *Em defesa da vida*, São Paulo, Saraiva, 1995; José Lourenço, Direito à vida, *Revista de Direito da UNIB*, 1999, v. 1, n. 2, p. 169-96; Ivette S. Ferreira. A mulher e a proteção à vida, *A mulher e a justiça*, IASP, São Paulo, Lex Editora, 2009, p. 19-38.
4. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 65-6. A Lei n. 11.105/2005 está regulamentada pelo Decreto n. 5.591/2005.

que o próprio titular do direito a respeite. O direito ao respeito da vida é *excludendi alios*, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros[5].

Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea (art. 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-la, por força do art. 60, § 4º, da Constituição Federal. O art. 5º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível, ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante total e imediata, permanecendo intangível, ou não emendável pelo poder constituinte derivado, exceto por meio de revolução ou de ato de novo poder constituinte originário, criando e instaurando uma novel ordem jurídica. O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico. Seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à vida humana, como, por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o art. 5º é cláusula pétrea[6].

No mundo atual deverá haver uma tomada de consciência pelo mais primário e indeclinável dos direitos, que é o do respeito pela vida humana. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade[7]. A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes[8].

Governantes, legisladores, cientistas e juristas de todo o mundo deverão unir-se em busca de meios para salvaguardar a vida, que é um direito inerente à pessoa humana. "Nesta batalha a favor da vida, ninguém deve se omitir"[9].

Jamais se poderia legitimar qualquer conduta que vulnerasse ou colocasse em risco a vida humana, que é um bem intangível e possui valor absoluto. Diante da inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º) e à saúde (CF, arts. 194 e 196), não

5. Diogo Leite de Campos, *Lições de direito de família e sucessões*, Coimbra, 1990, p. 533-4; Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 66.
6. Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 97-8.
7. Ricardo Henry Marques Dip, Notas sobre o biodireito, *Revista Literária de Direito*, *19*:33-4.
8. Maria Garcia, A inviolabilidade..., *Cadernos*, cit., p. 73; Genival Veloso de França, Aborto – breves reflexões sobre o direito de viver, *Bioética*, *2*:29.
9. José Gea Escolano, *Sim ou não ao aborto?*, São Paulo, Loyola, 1992, p. 33. Consulte ainda: Roberto Vidal da Silva Martins, Direito de viver merece maior proteção das leis, *O Estado de S. Paulo*, 22-3-1991, p. 36; Georg Simmel, *Intuición de la vida*, Buenos Aires, Editorial Nova, 1950, p. 19.

podem ser admitidos o aborto, a pena de morte (CF, art. 5º, XLVII, *a*), a discriminação de deficientes ou portadores de necessidades especiais (CF, arts. 3º, IV, 203, IV, e 227, § 1º, II), a eugenia negativa, a tortura e o tratamento degradante (CF, art. 5º, III) e experimentos científicos ou terapias que rebaixem a dignidade humana.

Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana (art. 1º, III, da CF). Para tentar superar a perplexidade dessa temática, baseamo-nos nos princípios e normas constitucionais[10].

1.b) Tutela civil e penal da vida humana

O direito à vida é protegido por normas jurídicas e apresenta ubiquidade, por existir em qualquer ramo do direito, inclusive no direito das gentes. A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável[11]. Além de ser garantida pelas normas constitucionais, recebe *tutela civil*, pois o art. 2º do atual Código Civil resguarda os direitos do nascituro (CC, arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779, 1.798) desde a concepção, protege o direito à existência (CC, arts. 1.694 a 1.710, 948 e 950 e Leis n. 5.478/68, 8.971/94, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/96, art. 7º) e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão de dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia.

10. *Vide* Sérgio Ferraz, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1991; Mário Sotelo Felippo, *Razão jurídica e dignidade humana*, São Paulo, Max Limonad, 1996. "O princípio da dignidade da pessoa humana é fio condutor de todas as relações jurídicas. É a incorporação de valores, como liberdade e dignidade, à vida e erigidos à categoria de princípio, que, como tal, é norma jurídica imperativa", Bruno T. O. Naves e Maria de Fátima Freire, Da relação jurídica médico-paciente, *Biodireito* (coord. Mª de Fátima Freire), Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 125.

11. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. 7, p. 14-5; José Carlos Barbosa Moreira, O direito do nascituro à vida, *Revista Brasileira de Direito de Família*, *34*:143-52; José Luiz Q. de Magalhães e Tatiana Ribeiro de Souza, O direito do nascituro: vida e pessoa, *Revista Brasileira*, cit., *34*:153-63.

    O art. 4º, n. 1, do Pacto de San Jose, de que o Brasil é signatário, dispõe: "Toda pessoa tem 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".

    Todavia, em novembro de 2016, julgando um pedido de *habeas corpus* em favor de uma quadrilha que praticava abortos (HC 124.306-RJ), o Ministro Luís Roberto Barroso, do STF aproveitou a ocasião para dizer, em seu voto-vista, que a Constituição não protege a criança até os três meses de concebida (!). Assim, a proibição do aborto no primeiro trimestre seria inconstitucional e esta seria mais uma razão (além das razões processuais) pela qual os acusados deveriam ser postos em liberdade. O voto de Barroso foi acompanhado pelo de Rosa Weber e Edson Fachin. Marco Aurélio e Luiz Fux também votaram pela soltura dos acusados, mas não se pronunciaram sobre a não existência do crime de aborto. Ou seja, por maioria, a Primeira Turma da Suprema Corte entendeu que não há crime se o aborto é praticado até o terceiro mês de gestação. Essa foi uma declaração incidental de inconstitucionalidade e valeu apenas para o caso tratado (*in Aborto*: faça alguma coisa pela vida, n. 226).

A vida também recebe *proteção jurídico-penal*, uma vez que são punidos os homicídios simples (CP, art. 121) e qualificado (art. 121, § 2º), o infanticídio (art. 123), o aborto (arts. 124 a 128), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122) e feminicídio (art. 121-A). Não se admite qualquer ato contrário à vida de embrião, nascituro, recém-nascido, criança ou adulto, nem mesmo se acatam a eutanásia, a pena de morte, o suicídio ou o seu induzimento. A vida é resguardada, salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, que excluem a ilicitude, e de aborto legal (art. 128, I e II), que extingue a punibilidade[12]. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. Urge lembrar que, mesmo nos países que admitem a pena de morte, a vida do condenado à pena capital, imposta em sentença transitada em julgado proferida por poder competente, é preservada até o momento da execução, dando-se ao criminoso ainda o direito de pedir indulto ou comutação da pena[13]. A Lei n.

12. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 67-8; Pedro Lazarini Neto, *Código Penal comentado e leis penais especiais comentadas*, São Paulo, Primeira Impressão, 2007, p. 370-88; Pedro Franco de Campos e outros, *Direito penal aplicado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 1-27.

    PL n. 10.774/2018 estabelece que a personalidade civil começa na concepção embrionária. Equipara embrião vivo, desde a fecundação do óvulo, a ser humano já nascido. Áustria (em 2020) permite aos pais inscreverem no Registro Civil filhos falecidos antes do nascimento com peso inferior a 500grs contendo nome do bebê.

    Entretanto, juiz plantonista autorizou aborto em grávida de 5 meses em Belo Horizonte, por considerar que havia gestação de risco e que o feto era portador de várias anomalias (*Revista Consultor Jurídico* 13/11/2022).

13. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos aprovado, em 1966, pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, submetido ao Congresso Nacional pela Mensagem n. 620, de 1985 (*DCN*, I, 28-4-1987, p. 1337-42, parte 3, art. 6º).

    No entanto, o Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado, que visa reformar o CP, vem reduzindo penas dos crimes contra a vida (noticia o periódico, *Aborto* – faça alguma coisa pela vida, n. *159*: 3 e 4): "Quanto ao *aborto*, o projeto reduz ainda mais as penas já tão reduzidas. O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, atualmente punido com detenção de um a três anos, passa a ter pena de prisão de *seis meses a dois anos* (art. 125). O terceiro que provoca aborto com consentimento da gestante, atualmente punido com reclusão de um a quatro anos, passa a sofrer pena de prisão de *seis meses a dois anos* (art. 126). Se o aborto for provocado sem o consentimento da gestante, o terceiro é punido com prisão de quatro a dez anos (art. 127). Curiosamente, ele recebe um aumento de pena de um a dois terços se, 'em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente' (art. 127, § 1º). Esse parágrafo parece ter sido incluído para estimular o aborteiro a fazer abortos 'bem feitos', evitando que, por 'descuido', ele deixe a criança com vida e má formada. As maiores mudanças, porém, estão no art. 128. Ele deixa de começar por '*não se pune o aborto*' e passa a começar por '*não há crime no aborto*'. O que hoje são hipóteses de não aplicação da pena (escusas absolutórias) passam a ser hipóteses de *exclusão do crime.* E a lista é tremendamente alargada. Basta que haja risco à 'saúde' (e não apenas à 'vida') da gestante (inciso I), que haja 'violação da dignidade sexual' (inciso II), que a criança sofra anomalia grave, incluindo a anencefalia (inciso III), ou simplesmente que haja vontade da gestante de abortar (inciso IV). Nesse último inciso o aborto é livre até a décima segunda semana (três meses). Basta que um médico *ou* psicólogo ateste que a gestante não tem condições 'psicológicas' (!) de arcar com a maternidade.

8.974/95 (ora revogada) também defendia a vida no art. 13, II, § 1º, *b* e *d*, §§ 2º e 3º, III, V, § 1º, *b*, *d* e *f*, § 2º, *e g*, e § 3º[14].

1.c) Princípio do primado do direito à vida

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consenso, não haverá ilícito[15] nem responsabilidade penal médica.

'Matar por piedade ou compaixão' (*eutanásia*) passa a ser um crime punível com prisão, *de dois a quatro anos* (art. 122), muito abaixo da pena prevista para o homicídio: prisão, *de seis a vinte anos* (art. 121). Porém, o juiz pode reduzir a pena da eutanásia a *zero*, avaliando, por exemplo, 'os estreitos laços de afeição do agente com a vítima' (art. 122, § 1º). Também o auxílio ao suicídio, em tese punível com prisão, *de dois a seis anos* (art. 123), pode ter sua pena reduzida a *zero*, nos mesmos casos descritos para a eutanásia (art. 123, § 2º).

Pelo artigo 122, § 2º, o paciente pode *renunciar a tratamentos desproporcionais* aos resultados, que lhe dariam apenas um prolongamento penoso e precário da vida. A redação, no entanto, é infeliz: fala em deixar de fazer uso de meios '*artificiais*' para manter a vida do paciente em caso de 'doença grave e irreversível'. Ora, a medicina é uma arte e todos os seus meios são artificiais. Do modo como está escrito, o parágrafo pode encobrir verdadeiros casos de eutanásia por omissão de cuidados normais devidos ao doente.

Há tribos indígenas que costumam matar recém-nascidos quando estes, por algum motivo, são considerados uma maldição. De acordo com o projeto, tais crianças ficam sem proteção penal, desde que se comprove que o índio agiu 'de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo' (art. 36)".

O Ofício Circular CFM n. 46/2013 apoia a descriminalização do aborto em todos os casos propostos pelo projeto de reforma do Código Penal (PLS n. 236/2012), inclusive por simples vontade da gestante até a 12ª semana de gestação.

14. Consulte: Luiz Cláudio Amerise Spolidoro, *O aborto e sua antijuridicidade*, São Paulo, Lejus, 1997. No Brasil apenas, excepcionalmente, há previsão da aplicação da pena de morte para certos crimes militares (Código Penal Militar de 1969, arts. 55, I, 56, 57 e parágrafo único, 355 a 358; Código de Processo Penal Militar de 1969, arts. 707 e 708). Pelo Código de Ética Médica, o médico não poderá participar da execução da pena de morte, direta ou indiretamente (art. 29).

Portaria n. 3.389, de 30 de dezembro de 2013, do Ministério da Saúde, altera, acresce e revoga dispositivos da Portaria n. 930/GM/MS, de 10 de maio de 2012, que define as diretrizes e objetivos para a organização da atenção integral e humanizada ao recém-nascido grave ou potencialmente grave e os critérios de classificação e habilitação de leitos de Unidade Neonatal no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

15. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 7, p. 23.

2. DIREITO AO NASCIMENTO

2.a) Direito de nascer

A vida é igual para todos os seres humanos. Como, então, se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala dos valores? A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito à vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc.? Como se poderá falar em direitos humanos se não houver a preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer?[16]

A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozoide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do

16. Consulte: José Gea Escolano, *Sim ou não ao aborto?*, cit., p. 9-11 e 13-5.
A Suprema Corte dos USA em 1973, ao julgar o caso "Roe versus Wade", declarou inconstitucional a legislação do Texas que incriminava o aborto e afirmou que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos primeiros dois trimestres de gravidez – antes do sétimo mês – era inconstitucional, visto que se deve garantir a privacidade da mulher e que o nascituro não era pessoa, não tendo, por isso, direito a vida. Logo, o aborto pode ser permitido até o momento do nascimento, desde que o médico entenda ser necessário para preservar a saúde da gestante. Vide: UNITED STATES OF AMÉRICA. Supreme Court. Roe v. Wade. Appeal from the United States District Court to the Northern District of Texas. BLACKMUN, J., Opinion of the Court, 22 Jan. 1973, Washington, DC. Disponível em: https://www.law.cornell.ed/supremecourt/text/410/113.

código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. O encontro do espermatozoide paterno com o óvulo materno é um acontecimento marcante, provocador da perda da individualidade daqueles gametas, dando origem a um novo ser humano. Jérôme Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: "Não quero repetir o óbvio mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato"[17].

Por tal razão a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, da Assembleia Geral da ONU, já prescrevia que: "A criança, dada a sua imaturidade física e mental, precisa de proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento". Segundo o Pacto de São José da Costa Rica art. 4º, n. I, *a*: "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". A vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria; diferencia-se, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e, independentemente do que a lei estabeleça, é um ser humano. Em poucos dias seus órgãos estão formados e funcionando, aumentando apenas de tamanho com o passar do tempo, já percebe ruídos desagradáveis, que o inquietam, e suaves, que o tranquilizam, perturba-se quando sua mãe está nervosa, chupa o dedo quando se aborrece, dorme quando a mãe descansa, dá voltas, engole substância açucarada, rejeitando as que o desagradam, e pode curar-se de várias moléstias, ainda no útero, mediante mais de cinquenta espécies de intervenções cirúrgicas. Tudo isso foi comprovado por fotos, aparelhos de ressonância magnética e ecografia[18].

Ahrens[19] já escrevia que "o direito à vida principia com o primeiro germe de vida depositado no seio da mãe", e Lejeune acrescenta, com sabedoria, que

17. Apud Respeitar a vida, *Interprensa*, 7:1; Pedro-Juan Viladrich, *Aborto e sociedade permissiva*, São Paulo, Quadrante, 1995, p. 24-6; Jiménez Vargas, Contraceptivos, in *Persona y derecho*, 1974, v. 1, p. 382-5.
18. Vários autores, *Deixem-me viver*, 1992, p. 10 e 13-4; Débora Diniz e Marcos de Almeida, Bioética e aborto, in *Iniciação à bioética*, p. 134; J. Finnis, Abortion and health care ethics II, in Gillon (Ed.), *Principles of health care ethics*, p. 547-57; Marcia R. M. Melaré (A vida começa na fecundação? Sim ou não, *Jornal do Advogado*, n. 301, dez. 2005, p. 11), por sua vez, já entende que a vida somente existe se as funções cardíacas e cerebrais funcionarem de modo simultâneo e regular. A vida caracteriza-se pelo início da atividade cerebral do feto e do batimento cardíaco, ou seja, a partir da 8ª semana da fecundação.
19. Ahrens, *Curso de direito natural*, Madrid, 1889, p. 289.

"a ciência tem uma ideia muito simples do homem: assim que é concebido, um homem é um homem... Já não é questão de opinião. A natureza do ser humano, desde a concepção até a velhice, não é uma evidência experimental". Se com a concepção surge a pessoa humana, ninguém tem o direito de tirar sua vida. Essa era a opinião de Madre Teresa de Calcutá, que, em 1944, na Conferência do Cairo, organizada pela ONU, disse: "Nem a mãe, nem o pai, nem o médico, nem uma conferência, nem o governo têm o direito de colocar fim à vida, somente Deus que a criou poderá tirá-la". Quando indagada pela revista *Time* sobre o estilo de vida ocidental, materialista e abortista, não mediu críticas, ao ponderar: "Sempre digo uma coisa, se uma mãe pode matar seu próprio filho, o que resta então no Ocidente para ser destruído? É difícil explicar, mas é assim mesmo"[20].

Parece-nos que a falta de sensibilidade dos abortistas decorre de dois fatos: de uma vida que não podem ver e da crença de que o feto faz parte do corpo da mãe (*pars viscerum matris*), sendo, por isso, disponível. Daí entenderem que a mulher tem direito ao aborto livre[21].

Esquecem que, no porvir, talvez seja um gênio, uma pessoa que poderia mudar os destinos da humanidade, alterando os rumos da arte, da ciência, da política, ou talvez simplesmente um homem comum, trabalhador honesto, bom pai de família etc.[22]

Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, tem direito à vida. Pais e médicos devem conservá-la, pois esse novo ser é tão humano como seus progenitores. A proibição do aborto feriria o direito da mulher à sua integridade físico-psíquica ou à sua autonomia ou à sua igualdade com o homem? Se tais direitos são direitos da personalidade como o é o direito à vida do feto, consagrados na CF, não se teria uma antinomia real, a ser resolvida pelos arts. 4º e 5º da LINDB, aplicando-se o princípio do primado da vida? O seu direito à vida é maior do que qualquer direito da mulher ao seu corpo, já que o feto deste não faz parte por ter outro DNA (imagem científica). Inconcebível seria que um Estado pudesse dar aos pais, por meio de lei, direito sobre a vida ou a morte de seu filho. A sociedade não pode editar leis que imponham a vida ou a morte. Se o feto pudesse falar, perguntaria: por que não tenho direito de nascer? Se fosse condenado à morte diria ao magistrado: por que não posso viver? Sem qualquer defesa, não tem chance alguma de recorrer; seu destino será a morte. Está em jogo a vida de uma criança, por isso não podemos ficar calados; é preciso

20. Apud Lejeune, Respeitar a vida, *Interprensa*, cit., p. 1. Interessante é a obra de Flávio Teixeira Junior, *Direito à vida do nascituro*, dissertação de mestrado defendida na PUCSP, em 15-4-2009. Pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 4º, I), do qual o Brasil é signatário, o direito à vida deve ter proteção desde o instante da concepção.
21. José Gea Escolano, *Sim ou não ao aborto?*, cit., p. 10.
22. José Gea Escolano, *Sim ou não ao aborto?*, cit., p. 11.

refletir sobre o aborto e respeitar a vida e o direito ao nascimento. Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, consequentemente, o seu *direito de nascer*[23].

2.b) Problematicidade ético-jurídica do aborto

2.b.1) Breve nota introdutória

A temática do aborto e de sua descriminalização é de grande atualidade e bastante polêmica, por provocar não só opiniões díspares, uma vez que envolve aspectos de múltipla natureza, nem sempre fáceis de equacionar, mas também questões bioéticas paradigmáticas, ao inserir a essência de dilemas-limite morais (os *Teyku*), que são o nó conflitivo da bioética e do biodireito, por não trazerem soluções imediatas, desafiando a todos[24]. Ante isso, será preciso encontrar uma solução legal, legítima, justa e compatível com a dignidade humana que venha a prevalecer sobre a falsa, ilegítima e injusta.

---

23. *Vide* a lição de José Gea Escolano, *Sim ou não ao aborto?*, cit., p. 18; Felix Ruiz Alonso, Direitos humanos do nascituro, *O Estado de S. Paulo*, 5-5-1997, p. 43; Nöelia Garcia, Modelo de vida, *Interprensa*, n. 2, maio 1997; Margarita Valdés, El problema del aborto: tres enfoques, in Rodolfo Vázquez, *Bioética y derecho*, México, 1999, p. 129-50; Umberto Eco e Carlo Maria Martini, *Em que creem os que não creem?*, 1999, p. 27-42; Cesare Triberti, *Tra bioetica e diritto*, cit., p. 117 e s.

A Lei n. 12.662/2012 assegura a validade nacional à Declaração de Nascido Vivo, emitida pelo profissional de saúde responsável pelo acompanhamento da gestação, do parto ou recém-nascido ou o Oficial do Registro Civil que lavrar o assento do nascimento, se o parto se deu sem assistência de médico, enfermeiro ou parteira.

24 O Estatuto do Nascituro (Projeto de Lei n. 478/2007) foi elaborado com a intenção de proteger a criança por nascer (o nascituro) e afastar definitivamente de nosso país o fantasma do aborto, mas o texto original, apresentado pelo Pró-Vida de Anápolis em 2004, sofreu um grande empobrecimento:

a) Foi excluída a proteção penal prevista para o nascituro.

b) Foi excluída também a importantíssima afirmação de que o *nascituro é pessoa*, conforme estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica. Sem o reconhecimento explícito da *personalidade do nascituro*, os direitos a ele atribuídos serão interpretados como meras "expectativas de direitos", como hoje fazem tantos doutrinadores.

c) Mas o pior de tudo é que a atual versão é capaz de fortalecer a opinião (falsa) de que no Brasil o aborto é "legal" quando a gravidez resulta de estupro (art. 128, II, do CP) (O gol contra do Estatuto do Nascituro, in *Aborto*, n. 167/1).

Áustria é o primeiro país europeu a reconhecer a vida do não nascido com peso inferior a 500 grs. em registro civil. Com isso concede aos país uma certidão de nascimento de filho falecido, constando o nome de criança, reconhecendo que é pessoa, tendo personalidade jurídica desde que a concepção. https://www.acidigital.com.noticias/austria-e-o-primeiro-pais-europeu-a-reconhecer-a-vida-do-não-nascido-em-registro-civil-34618.

ENGELHARDT JR., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995; Débora Diniz e Marcos de Almeida, Bioética e aborto, in *Iniciação à bioética*, cit., p. 136; Reis Friede, aborto: uma questão jurídica e de saúde pública, *Rev. Escola de Magistratura do TRF – 4*, n. 11, p. 57 a 68.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto n. 7.037/2009, alterado pelo Decreto n. 7.177/2010) considera o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde.

Urge que se faça uma reflexão acurada e mais profunda sobre o tema. As páginas que se seguem constituem fruto de uma longa e criteriosa meditação, motivada pela preocupante diretriz que vem seguindo a humanidade, tomando a senda de uma barbárie inadmissível, a da permissividade do aborto, que nega o direito ao respeito à vida de pequeninos, inocentes e indefesos seres humanos, sacrificando-os em "holocausto" não só em nome de ideologias sociais, econômicas e políticas, como também de interesses privados. Sentimos necessidade de parar para pensar, direcionando nosso pensamento em razões sólidas, baseadas em critérios lógicos, éticos, filosóficos, jurídicos, científicos e bioéticos, sem, contudo, julgar, por serem merecedores de todo nosso respeito, os que têm esta ou aquela opinião diante de tão controvertido assunto.

Oferecemos nossas breves reflexões não só ao público, convidando-o a repensar, racional e objetivamente, conosco, e tirar conclusões sedimentadas em altos princípios jurídico-valorativos, mas também a todos os pequeninos seres humanos que não puderam nascer e seguir sua trajetória pelo mundo, ante o desrespeito ao seu mais precioso bem: o *direito à vida*.

Se a vida começa no momento preciso da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como já está comprovado pela genética, medicina e biologia, e se desde a concepção a qualquer médico é possível seguir e observar o maravilhoso desenvolvimento da vida humana, podendo perceber que o feto é um ser humano, com todos os seus caracteres, terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando-se-lhe sobretudo a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos. Então, em vez de lutar para conseguir leis que rompam com a norma antiabortiva, por que não batalhar em prol da vida?

Procuramos aqui fortalecer tão somente o sentido da vida, por considerarmos o aborto um abuso de força contra um pequenino ser humano débil e inocente, que não pode defender-se, nem reagir, pois não tem voz para suplicar, respeitando, porém, como já dissemos, as opiniões diversas da nossa.

Esperamos que esta nossa tomada de consciência de luta contra a legalização do aborto possa ser compreendida pelos argumentos aqui expostos, por se tratar de uma importante causa, que nos ordena a pôr fim a um inexplicável, triste e vergonhoso crime contra a humanidade.

2.b.2) Aborto: sua delimitação conceitual e classificação

2.b.2.1) Conceituação

O termo "aborto", originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não

expulsão do feto destruído. Deveras, é preciso lembrar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir se, por exemplo, ocorrer sua mumificação, com formação de litopédio.

Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade.

Todavia, é preciso não olvidar que os autores, sob o prisma jurídico, divergem quanto ao modo de conceituar o aborto. Tardieu, Zancarol e Garraud entendem ser a expulsão prematura, violenta e intencionalmente provocada do feto, independentemente das circunstâncias de viabilidade, idade e formação regular, não considerando aquelas hipóteses em que se tem aborto sem que seja expelido o produto da concepção, que poderá ser absorvido pelo organismo da gestante ou, então, sofrer o processo de mumificação acima mencionado. Outros identificam o aborto com o feticídio, por abrangerem a destruição do processo gravídico apenas no momento em que o fruto da concepção atinge o período fetal, como se pode inferir da seguinte definição de Carrara: "feticídio é a morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo feto". Magalhães Noronha, Cuello Calón, Irureta Goyena, Aníbal Bruno, Nélson Hungria e outros, acertadamente, consideram como aborto a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto[25].

2.b.2.2) Modalidades

O aborto é suscetível de várias classificações. Assim sendo, quanto ao seu *objeto*, poderá ser: a) *ovular*, se praticado até a 8ª semana de gestação;

25. Sobre a definição de aborto, *vide* Tardieu, *Étude médico-legal sur l'avortement*, Paris, 1884, p. 4; Garraud, *Traité de droit pénal*, v. 5, p. 369; Zancarol, *L'évolution des idées sur l'avortement provoqué*, Paris, 1934; Carrara, *Programa de direito criminal*, § 1252; Ivete Senise Ferreira, Aborto II, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 1, p. 453-5; Oswaldo Pataro, Aborticídio, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 1, p. 439-41; J. B. de O. e Costa Jr., Aborto I, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 1, p. 448-9; A. Almeida Jr. e J. B. de O. e Costa Jr., *Lições de medicina legal*, São Paulo, Ed. Nacional, 1967, p. 359; Damásio E. de Jesus, *Código Penal anotado*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 124; Warley Rodrigues Belo, *Aborto – considerações jurídicas e aspectos correlatos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000. Consulte ainda *RJTJSP*, *37*:234.

b) *embrionário*, se operado até a 15ª semana de vida intrauterina, ou seja, até o 3º mês da gravidez; e c) *fetal*, se ocorrer após a 15ª semana de gestação.

Em relação à *causa* que o provocar, o aborto classificar-se-á em: a) *espontâneo*, se houver interrupção natural e não intencional da gravidez causada por doenças surgidas no curso da gestação, por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante preexistentes à fecundação (sífilis, anemia profunda, cardiopatia, diabetes, nefrite crônica etc.) ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto; b) *acidental*, ocasional ou circunstancial, se inexistir qualquer propósito dirigido à interrupção do ciclo gravídico, provocada por um agente externo, como emoção violenta, susto, traumatismo (queda), sem que haja qualquer ato culposo, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia; c) *provocado*, se se tiver interrupção deliberada da gestação pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem seu consentimento, mediante o concurso de causas extrínsecas ou de agentes externos, de ordem física, química ou mecânica, para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, sociais, psicológicos etc., podendo ser, portanto, criminoso ou "legal". O aborto provocado é uma prática criminosa em sua natureza e deve ser repudiado como contrário não só à consciência médica, ao espírito e à finalidade da medicina (Código de Ética Médica, cap. I, n. VI, 2ª parte; cap. III, art. 15 §§ 1º a 2º; cap. IV, art. 30), como também ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao *elemento subjetivo* de sua prática, ter-se-á aborto: a) *sofrido*, se ocorrer sem o consenso da gestante, que não passará de vítima; b) *consentido*, se provocado com a anuência da gestante, implicando agravante da pena se ela for menor de 14 anos, portadora de alguma deficiência mental ou, ainda, se o consenso tiver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Além disso, se lhe advier morte, a pena duplicar-se-á e, se ocorrer lesão corporal grave, será aumentada de 1/3; e c) *procurado*, se a gestante for o agente principal.

No que atina à *finalidade* pretendida com o aborto, este será: a) *terapêutico*, se abranger duas modalidades: o *aborto necessário*, permitido por lei e praticado por médico, com ou sem o consenso da gestante, desde que não haja outra alternativa para salvar sua vida, que corre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial. Há quem ache que, nessa hipótese, o médico, antes de proceder à intervenção cirúrgica, deverá obter autorização do magistrado, enquanto outros, com razão, asseveram que seria de bom senso apenas uma confirmação de colegas de reconhecida idoneidade do sério risco de vida que corre a gestante; e o *aborto para evitar enfermidade grave*, ou seja, para impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante. Somente o *aborto necessário* é permitido legalmente, subsistindo o delito penal e a aplicação da pena cabível quando se interromper o ciclo gravídico com o escopo de preservar a saúde da gestante; b) *sentimental*, admitido por lei, por ter sido a gravidez resultante de estupro, desde que sua interrupção seja provocada por médico,

com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, independentemente de autorização judicial, uma vez comprovada a violência ou o delito sexual. Como se vê, seu único árbitro é o médico, que correrá dois riscos: deixar-se levar pelas informações dos interessados (gestante, seu marido, companheiro, pai ou amante) ou retardar a intervenção cirúrgica, aguardando decisão da justiça. Todavia, como a norma permissiva dessa prática abortiva não exige audiência do Ministério Público ou da autoridade policial, nem autorização judicial, deverá o médico, na ausência de inquérito policial, processo criminal, peças informativas etc., certificar-se da ocorrência do delito sexual, baseando-se nos indícios que estiverem ao seu alcance, tais como marcas de violência, presença de espermatozoides na vagina etc. Havendo quaisquer dúvidas, melhor será que ele se abstenha; c) *eugênico*, isto é, interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; o embrião não pertencer ao sexo almejado. É o praticado, portanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos. Está vedado legalmente, pois toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo a dignidade humana. Além disso, não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a transmissibilidade de deficiências físico-mentais, e ninguém poderia prever quais os caracteres mais úteis para a humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico; d) *econômico*, se se aniquilar criminosamente o feto sob a alegação de que a gestante, ou o casal, não tem recursos financeiros suficientes para prover adequadamente o sustento e a educação desse filho, que, ainda, viria a agravar a situação econômico-familiar, lesando os demais filhos, que poderiam ficar na penúria; e) *estético*, se a gestante interromper a gravidez por não querer ficar com o corpo disforme; f) *honoris causa*, se, criminosamente, praticado por gestante para ocultar sua gravidez da sociedade, visando preservar a honra, evitar escândalo e manter sua reputação social. É comum em gestante solteira ou adúltera, que teve relações sexuais com outro homem na ausência do marido etc., e pode ser efetuado pela própria gestante ou por outra pessoa com o seu consenso.

Sob o *prisma da lei*, poderá ser o aborto: a) *legal*, nos casos em que a norma legal extingue sua punibilidade, abrangendo o *necessário* e o *sentimental*; b) *criminoso*, que consiste na interrupção, vedada por lei, da vida intrauterina normal, em qualquer de suas fases evolutivas, haja ou não expulsão do produto da concepção do ventre materno. Tal crime poderá ser doloso ou preterdoloso. Admite-se a modalidade culposa se houver interrupção não intencional da gestação por culpa, ou seja, negligência ou imperícia do médico, gerando responsabilidade civil médica, desde que o médico tenha conhecimento da gravidez, pois, caso

contrário, configurar-se-á o crime do art. 129, § 2º, V, do Código Penal. Será doloso se houver intenção de interromper o ciclo gravídico, com destruição do feto, constituindo causa geradora de responsabilidade penal, ou preterdoloso, caso em que o crime é qualificado pelo resultado culposo, advindo de aborto dolosamente provocado, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave causados na gestante. Ter-se-á, portanto, essa figura penal quando: havendo provocação do aborto, com ou sem o consenso da gestante, em consequência dele venha ela a morrer ou a sofrer lesão corporal grave; o aborteiro empregar meios para provocar o aborto, consentido ou não, que, todavia, não vem a ocorrer, causando o falecimento da gestante ou lesão corporal de natureza grave. Logo, se, em razão do aborto ou das técnicas abortivas utilizadas, a gestante sofrer lesão corporal leve, o agente responderá tão somente pelo aborto que provocou; se advier morte, a pena cominada ao aborto será duplicada; se operar-se a lesão corporal grave, aquela pena será aumentada de 1/3[26].

2.b.3) Incriminação da prática abortiva ao longo da história do direito

O aborto sempre esteve presente na história do direito, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas, embora não tenha sido incriminado por várias legislações, sendo inclusive considerado, em certo período, assunto estritamente familiar, que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com a pena capital, não faltando, ainda, eras em que foi punido brandamente.

Na antiguidade, entre gregos e romanos, o aborto ficava impune, ante o fato de considerarem o feto como *pars viscerum matris*, ou seja, parte integrante da mãe, que, então, podia livremente dispor de seu próprio corpo, reputando-se, mais ou menos por volta do ano 200 d.C., o aborto feito por mulher casada como uma ofensa ao marido, no seu direito à prole esperada. Com isso a mulher

26. Consulte: Damásio E. de Jesus, *Código*, cit., p. 322; Oswaldo Pataro, Aborticídio, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 1, p. 442; J. B. de O. e Costa Jr., Aborto I, in *Enciclopédia*, cit., v. 1, p. 452; Ary de Azevedo Franco, *Tratado de direito penal brasileiro*, t. 6, p. 134; Flamínio Fávero, *Medicina legal*, São Paulo, Martins Fontes, 1966, v. 2, p. 124; M. Helena Diniz, Aborto, in *Dicionário jurídico*, v. 1; João Evangelista dos Santos Alves e outros, *Aborto – o direito à vida*, Rio de Janeiro, Agir, 1982, p. 20.

A Portaria n. 72, de 11 de janeiro de 2010, do Ministério da Saúde, estabelece que a vigilância do óbito infantil e fetal é obrigatória nos serviços de saúde (públicos e privados) que integram o Sistema Único de Saúde (SUS). Dispõe no art. 3º: "Os óbitos infantis e fetais são considerados eventos de investigação obrigatória por profissionais da saúde (da vigilância em saúde e da assistência à saúde) visando identificar os fatores determinantes e subsidiar a adoção de medidas que possam prevenir a ocorrência de óbitos evitáveis".

O Projeto de Lei n. 1.135/91 (ora arquivado), sobre liberação do aborto nos 9 meses de gestação, visava suprimir o art. 124 do CP, e o Projeto de Lei n. 3.673/2008 (já arquivado) reduzia para 2 anos de detenção a pena máxima para a gestante que praticasse o aborto.

solteira (*nubile iuris sui*) estava liberada para abortar. Em Roma, a incriminação do aborto teve início com a punição dos preparos de venenos, utilizados em poções amorosas e abortivas (*pocula abortionis*), pois as leis de Cornélio castigavam as pessoas que os preparavam e usavam com trabalho forçado nas minas, com confisco de bens ou deportação, e, se houvesse morte da gestante, com a pena capital.

Em Roma, as XII Tábuas e as leis da República não faziam menção ao aborto, que só posteriormente foi considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo castigado, no tempo de Septimio Severo, como pena extraordinária, invocando-se, para tanto, a lei contra o *veneficium*.

A reprovação social do abortamento deu-se com o cristianismo, sendo que Adriano, Constantino e Teodósio vieram a assimilá-lo ao homicídio, cominando-lhe a mesma pena[27].

Na era medieval, ante o entendimento de que o feto seria um ser dotado de alma, e não parte integrante do ventre materno, passou-se a punir o aborto como homicídio se praticado, segundo alguns autores, no 40º dia de gravidez, sendo que para outros apenas se efetivado no 60º ou, ainda, no 3º mês de gestação, por não haver certeza sobre o momento da criação da alma. Devido à impossibilidade de se apontar o instante em que se tinha feto animado, passou-se a punir o aborto considerando-se como critério decisivo para a distinção entre feto animado e inanimado o do aparecimento dos movimentos fetais no ventre materno.

O aborto surgiu como crime pela primeira vez na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que distinguiam entre a morte do feto animado e inanimado, punindo a primeira com a pena capital e a segunda com um castigo aplicado segundo o arbítrio dos peritos versados em direito. Igualava-se o aborto ao homicídio, distinguindo-se o feto em animado e inanimado. Todavia, na França, na Idade Média, punia-se o aborto como crime gravíssimo com a pena de morte, sem contudo fazer-se tal distinção.

Nessas ideias basearam-se a Ordenação Criminal de Toscana de 1786, art. 71, e o Código Penal Josefino de 1787, § 112, ao considerarem o aborto como um crime contra a vida do feto, punindo-o como um homicídio.

No século XVIII vozes levantaram-se contra o excessivo rigor da punição do aborto, fazendo com que paulatinamente fosse abolida a pena capital, substituindo-se-a pela de prisão, mais ou menos longa, ou mesmo pela multa, havendo até quem combatesse, como Feuerbach, a equiparação dos direitos do

27. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 262-4.