

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

ESCOLA DE DIREITO

ANNA LIVIA DE SOUSA SANTOS

ONDE SE INICIA O DIREITO À VIDA NO BRASIL?

Manaus – AM

2023

ANNA LIVIA DE SOUSA SANTOS

ONDE SE INICIA O DIREITO À VIDA NO BRASIL?

Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Conclusão de Curso II, da
Escola de Direito - Universidade do Estado
do Amazonas (UEA).

Prof. Orientador: Ricardo Tavares.

Manaus – AM

2023

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explicitar a necessidade de constar na Constituição Federal não apenas o direito à vida, mas também indicar a teoria, dentre as várias existentes, que deve ser adotada. Para isso, discorre sobre as teorias apontadas pela doutrina, tanto concepcionista quanto genético-desenvolvimentista, e quais delas aparentam ser adotadas por cada lei, ocasionando inevitável insegurança sobre um bem jurídico tão valioso, tendo em vista que não há como coexistirem duas teorias, pois uma logicamente anula a outra.

Palavras-chave: Direito à Vida. Nascituro. Biodireito.

ABSTRACT

This article aims to explain the need to include in the Federal Constitution not only the right to life, but also to indicate the theory, among the various existing ones, that should be adopted. For this, it discusses the theories pointed out by the doctrine, both conceptionist and genetic-developmental, and which of them appear to be adopted by each law, causing inevitable insecurity about such a valuable legal asset, considering that there is no way for two theories to coexist, since one logically cancels out the other.

Keywords: Right to life. Unborn child. Biolaw.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	6
2.	TEORIA DA CONCEPÇÃO E TEORIAS GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTAS	7
3.	O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NOS DISPOSITIVOS INTERNACIONAIS	10
4.	O DIREITO À VIDA NO CÓDIGO CIVIL	14
5.	O DIREITO À VIDA NO CÓDIGO PENAL	17
6.	O DIREITO À VIDA NAS DEMAIS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS	19
	6.1. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	19
	6.2. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.....	19
	6.3. LEI DE BIOSSEGURANÇA	20
	6.4. LEI DOS TRANSPLANTES	20
7.	CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO O DIREITO À VIDA	22
	7.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 3.510	22
	7.2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 54 E CRIANÇAS COM ANENCEFALIA	23
	7.3. MÉTODOS CONTRACEPTIVOS.....	24
8.	CONCLUSÃO	25
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	26

1. INTRODUÇÃO

O direito à vida é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, é condição para a existência de diversos outros direitos e possui suma importância para o ordenamento jurídico. Todavia, não há certeza a respeito do momento em que se considera que há vida pela Lei Maior. Normas infraconstitucionais até chegam a dispor sobre este direito, sem, contudo, defender um marco em comum para o início da vida.

Dessa forma, torna-se impossível defender acertadamente um direito quando não se sabe toda sua delimitação, permitindo com que eventuais excessos e prejuízos sejam realizados. Contudo, embora defendam que não há hierarquia de direitos fundamentais, o direito à vida não permite convalidação ou retratação, havendo uma decisão, dificilmente os resultados desta ação poderão ser desfeitos. Por isso, a ausência de delimitação normativa de onde se inicia a vida na constituição se torna tão prejudicial, pois põe em risco a própria existência do ser humano.

Em razão disso, o objetivo desse trabalho é demonstrar a necessidade além da previsão constitucional do direito à vida, mas que conste também o seu termo inicial, pois somente assim haverá uma uniformização de entendimento entre todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o artigo inicialmente aborda quais são as teorias acerca da vida apresentadas pela doutrina, englobando a teoria concepcionista e as teorias genético-desenvolvimentistas.

Em seguida, analisa-se como o direito à vida, desde a fase intrauterina, é defendido pelas diferentes normas como: Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei de Biossegurança e Lei dos Transplantes.

Por fim, busca-se demonstrar como o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise da ADI 3150 e ADPF 54, influenciam na delimitação deste direito, bem como analisa-se práticas do dia a dia que envolvem a vida e acabam por, implicitamente, adotar diferentes teorias.

2. TEORIA DA CONCEPÇÃO E TEORIAS GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTAS

Onde se inicia a vida? Para a Embriologia, ciência que estuda a formação do ser humano desde a gametogênese até o nascimento, a vida tem início com a fertilização, processo que ocorre na região ampular da tuba uterina no qual há a união dos gametas feminino e masculino para a formação do zigoto.

Há várias teorias que norteiam este tema, cada uma com o objetivo de definir o marco inicial da vida humana, dentre as mais utilizadas no meio jurídico tem-se as teorias: concepcionista, pré-embrião, da nidação, do desenvolvimento do sistema nervoso central, natalista e da personalidade condicional. Em cada tese adota-se um termo inicial diferente para configurar a existência de uma pessoa, podendo ter como base o estágio de desenvolvimento ou o período da gestação.

A teoria concepcionista defende que há vida a partir da concepção, isto é, o momento em que se forma o zigoto, proveniente da união entre os gametas masculino e feminino. Cientificamente, argumenta-se que o zigoto carrega todo material genético da vida que será formada. Dessa forma, considerando que já existe a diferenciação genética entre aquela célula formada dos seus genitores e que o desenvolvimento do feto na gestação ocorre naturalmente, sem necessidade de intervenção humana, deve-se considerar esse material celular como um ser humano individualizado, digno de reconhecimento e proteção.

As teorias seguintes são consideradas correntes genético-desenvolvimentistas em razão de se basearem em fases do desenvolvimento embrionário para definir o momento em que se deve reconhecer a existência humana.

A teoria do pré-embrião entende que o conceito humano, logo após a concepção, pode ser comparado a um mero aglomerado celular, tendo em vista que ainda não ocorreu a individualização do zigoto, que acontece por volta do décimo quarto dia. Sendo assim, a célula-ovo não é considerada ser humano, apenas um organismo capaz de originar um ou mais indivíduos da mesma espécie.

A teoria da nidação considera que o marco inicial da vida é, literalmente, a nidação, momento em que há a implantação do embrião no endométrio, a parede

interna do útero materno, podendo ocorrer do quinto ao décimo segundo dia desde a fertilização. Logo, esse evento sucede a fecundação, que ocorre na região ampular da tuba uterina e é no útero que deve ocorrer todo processo de desenvolvimento do ser humano. Os defensores dessa teoria, sob o ponto de vista da ciência, explicam que até a nidação pode ocorrer a segmentação do indivíduo, como é o caso dos gêmeos monozigóticos, os quais originam-se de uma mesma célula-ovo que se divide em duas partes iguais para a formação de dois indivíduos.

A teoria do sistema nervoso central almeja diferenciar o ser humano dos demais seres vivos. Para os adeptos dessa teoria, uma das maiores características da raça humana é a capacidade de raciocinar, por isso, deve-se considerar vida humana apenas quando se inicia atividade no sistema nervoso central, a partir da formação do cérebro. Percebe-se, portanto, que essa teoria, mais que a anterior, distingue vida biológica (célula que se autodesenvolve) de vida humana. Contudo, não há consenso entre os defensores da própria teoria quanto a que estágio da atividade nervosa configura o início da vida, podendo divergir da oitava a vigésima semana de desenvolvimento.¹

A teoria natalista condiciona o início da personalidade da pessoa ao nascimento com vida, sendo uma teoria mais de cunho político-jurídico do que de cunho biológico, como explica a Professora Cristiane Vasconcelos². Segundo essa teoria, o nascituro, desde a concepção, que ainda não é considerado pessoa, possui apenas expectativa de direitos cuja personalidade e capacidade só lhe será concedida com o nascimento com vida.

A teoria da personalidade condicional entende que o marco inicial da personalidade da pessoa é o nascimento com vida. Nesse caso, ao contrário da teoria natalista, não se nega que há vida humana desde a concepção, pelo contrário, a corrente defende que o conceito é considerado como pessoa em potencial, possuindo todas as características para vir a tornar-se pessoa, sendo-lhe necessário amparo jurídico para que seus direitos sejam resguardados. Logo, ao passo que a

¹ FRANCIS, CAMILA. O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, SP, 2010.

² Vasconcelos, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do conceito humano na era da biotecnologia. Curitiba: UFPR, 2003.

personalidade concedida ao nascituro é condicional, desde a concepção, também é resolutive, caso venha a nascer sem vida.

Dessa forma, percebe-se que há clara diferenciação entre vida biológica e vida humana assim como, em alguns casos, ainda que haja vida humana, questiona-se se essa existência é digna de respaldo jurídico, para conferir-lhe personalidade e capacidade. Contudo, é inquestionável a necessidade de adotar uma única teoria, pois, como veremos a seguir, enquanto o ordenamento jurídico volta-se para uma corrente, outras são diretamente atingidas, gerando uma insegurança jurídica.

3. O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NOS DISPOSITIVOS INTERNACIONAIS

Na Constituição Federal, o direito à vida está previsto no art. 5º, caput, e está relacionado tanto ao direito da vida em si mesma (direito de estar vivo e de não ser privado da vida de modo artificial), quanto ao direito à vida digna (com condições mínimas de existência)³.

Para José Afonso da Silva⁴, não se deve focar na definição do vocábulo “vida”, sob pena de adentrar desnecessariamente ao campo da metafísica suprarreal. É necessário, porém, estabelecer qual o objeto desse direito no texto constitucional. Nesse sentido, o doutrinador expõe a respeito da vida:

É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (Fl.199, Curso de direito constitucional positivo)

Sabe-se que o direito à vida faz parte dos chamados “direitos fundamentais”, os quais formam a base do ordenamento jurídico de um país democrático. Direitos esses comuns à toda pessoa, seja nacional ou estrangeira, desenvolvidos a partir da história do homem, inspirados pela religião e pelos direitos naturais e que representam a soberania popular, restringindo e guiando a atuação dos poderes do Estado.

Esses direitos possuem algumas características em comum, dentre elas: imprescritibilidade (não desaparece pelo decurso do tempo), irrenunciabilidade (o titular não pode dispor desses direitos, podendo, contudo, deixar de exercê-los), inviolabilidade (não podem ser violados pelo Estado) e, em regra, relatividade (não há direito absoluto).

Além disso, a previsão constitucional desse direito enseja na influência direta dele sobre os demais poderes e leis, em razão do princípio da constitucionalidade, segundo o qual representa o respeito ao Estado Democrático de Direito, baseado em

³ Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador: JusPODVIM, 2018.

⁴ Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 41 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

uma Constituição rígida, elaborada pelos representantes do povo, caracterizando a soberania popular.

Em razão disso, há observância obrigatória na legislação infraconstitucional, dos princípios e das garantias constitucionais, sob pena de serem objeto de controle de constitucionalidade. Inclusive, veda-se até mesmo projeto de emenda constitucional (PEC) tendente a abolir ou reduzir os direitos fundamentais, por configurarem cláusulas pétreas.

Nesse sentido, ao tentar modificar qualquer direito fundamental, deve-se conservar o seu núcleo essencial, ou seja, aquele sentido que, caso seja retirado da norma, desvirtua-o completamente. Há na doutrina dois entendimentos a respeito desse núcleo, formando-se a teoria absoluta e a teoria relativa.

A primeira apregoa que o núcleo essencial está predefinido na própria norma, isto é, não dá margens ao aplicador do direito de questionar o seu sentido ou tentar alterar a sua aplicação no caso concreto. Dessa forma, uma vez identificado o seu núcleo, já predeterminado na lei, resta apenas respeitá-lo.

A teoria relativa é menos rígida. Defende que o núcleo essencial é obtido a partir da utilização da norma nas diferentes situações. Nesse sentido, defende o Ministro Gilmar Mendes que o princípio da ponderação serve de análise para saber se a relativização da lei é proporcional, assim como se atingiu o seu núcleo essencial⁵.

O controle de constitucionalidade também decorre do princípio da supremacia da constituição que coloca a Lei Maior numa posição superior hierarquicamente em relação às demais normas, em razão disso, verifica-se se há compatibilidade vertical entre as leis, de modo que a norma hierarquicamente inferior não pode contradizer a norma que a inspirou.

Sendo assim, há outras normas no sistema jurídico brasileiro que versam sobre o direito à vida, como o Código Civil, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Biossegurança, porém, por ser um direito constitucional, deveria ser mantida a mesma teoria adotada pela Constituição. Contudo, diante da ausência

⁵ Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador: JusPODVIM, 2018.

normativa clara do termo inicial desse direito na Lei Maior, têm-se admitido mais de uma teoria no Brasil.

Alguns desses casos chegaram ao judiciário, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, melhor abordadas posteriormente. Situações como essas requerem a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Segundo Karl Larenz apud Pedro Lenza⁶:

Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Embora reconheça-se, em regra, que não há direito absoluto, é inegável que “estar vivo” é condição necessária para exercer alguns direitos. Por exemplo, em uma ação judicial cível, caso uma das partes faleça e o direito discutido tenha natureza transmissível, o processo é suspenso para que haja a habilitação do espólio ou dos sucessores, nos termos do art. 689 do Código de Processo Civil. No âmbito criminal, havendo o falecimento do réu no curso do processo, ocorre a extinção da punibilidade e extinção do processo.

Logo, estar vivo é uma condição sine qua non para a garantia de outros bens jurídicos. Inclusive, há direitos estritamente decorrentes desse direito fundamental, como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, o direito à integridade moral e o direito à existência⁷.

Sendo assim, ao valorar o direito à vida num julgamento baseado no princípio da proporcionalidade, deve-se considerar muito mais que a comparação entre apenas dois direitos, mas sim a consequência que os dois ensejam na sociedade.

⁶ Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁷ Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 41 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

Destarte, o direito à vida é reforçado em documentos internacionais que foram integralizados ao ordenamento jurídico pátrio como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica, como se vê a seguir:

Art. 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.
(Declaração Universal dos Direitos Humanos)

Art. 6º, 1 O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.
(Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos)

Art. 4º, 1 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. (Pacto São José da Costa Rica)

Segundo o Pacto São José da Costa Rica, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992, a vida inicia na concepção, sendo assim, qualquer tentativa contra o nascituro a partir da concepção ensejaria em grave ameaça ao direito à vida.

4. O DIREITO À VIDA NO CÓDIGO CIVIL

A Lei Civil versa sobre o direito à vida a partir do art. 1º do Código, ao prever que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”. Isso porque a pessoa a que o texto se refere é tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica. Nesse viés, Nelson Rosenvald⁸ define pessoa natural como:

É fácil perceber que a pessoa natural (ou pessoa física) é o ente provido de estrutura biopsicológica, trazendo consigo uma complexa estrutura humana, composta de corpo, alma e intelecto. E, enfim, o ser humano nascido com vida.

Sendo assim, compreende-se, desde logo, que o nascituro não é considerado pessoa natural, à luz da Lei Civil. Embora seja proporcionado a ele a potencialidade de ser sujeito de direitos, independente da concepção ter sido natural (relações sexuais) ou artificial (fertilização assistida), conforme o art 2º, do CC:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A comprovação desse nascimento pode ocorrer por meio do procedimento conhecido *docimasia hidrostática de Galeno*, segundo o qual uma vez verificada a presença de ar atmosférico nos pulmões, configura-se o nascimento com vida e conseqüentemente nasce a personalidade. Outros métodos são a observação do choro do recém-nascido ou movimentos que ele tenha realizado. Assim como há quem entenda que o nascimento com vida só se consagra após o corte do cordão umbilical.

Independentemente de qualquer um deles, nota-se que a personalidade é adquirida ainda que a criança não tenha sido registrada em cartório ou mesmo que tenham sido realizados cadastros no hospital, uma vez caracterizado o nascimento com vida, a pessoa já passa a assumir novos status no âmbito civil.

Ainda assim, parcela da doutrina ainda diverge quanto à natureza jurídica do nascituro, comportando principalmente três das teorias já abordadas: natalista, personalidade jurídica condicional (condicionalista) e concepcionista.

⁸ Farias, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald.

Aqueles que entendem que o nascituro não possui personalidade jurídica são adeptos à teoria natalista. Sendo assim, o indivíduo só detém personalidade ao nascer com vida, antes disso não é resguardado por nenhum direito.

A teoria condicionalista defende que o nascituro tem potencial para se tornar uma pessoa, porém a sua personalidade, e conseqüentemente direitos patrimoniais, estão condicionados ao nascimento com vida.

Já a teoria concepcionista apregoa que o nascituro possui personalidade jurídica a partir da concepção, independentemente de qualquer situação condicional. Essa teoria é inspirada no Direito Francês e possui adeptos como Pontes de Miranda, Flávio Tartuce e Teixeira de Freitas (seu precursor). Ademais, dispositivos do próprio Código Civil reconhecem a personalidade jurídica do nascituro, conforme demonstra Nelson Rosenvald⁹:

Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos arts. 1.609, parágrafo único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro).

Sendo assim, percebe-se que a teoria natalista está fora da realidade civil enquanto a teoria concepcionista e condicional se assemelham, tendo em vista que ambas conferem direitos ao nascituro, diferindo apenas quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica nos casos de direitos patrimoniais, como doação, herança, legado e pensão previdenciária.

Nesse sentido, também não há dúvidas de que quem nasce com vida é uma pessoa, sendo-lhe conferidos todos os direitos, ou seja, não há mais coisificação do homem, a ponto de reduzir a existência humana a objeto, como na época da escravidão. De igual forma, o nascimento não está relacionado a viabilidade da vida extrauterina, o que discriminaria aqueles que possuem qualquer deficiência ou má-formação.

Ademais, reconhece-se a capacidade do nascituro de ser parte ativa em um processo, em razão da própria lei lhe conceder direitos e que, logicamente, se há

⁹ Farias, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald.

direitos, deve-se também conferir-lhe a capacidade de zelar por eles. É o caso da concessão de direitos gravídicos ao nascituro, previsto pela Lei nº 11.804/08, que deve ser requerido pelo próprio feto, representado pela genitora. Como também no direito à indenização por danos morais, também requerida pelo feto, cujo valor deve ser igual aos filhos já concebidos, caso houver, tendo em vista que, segundo a Ministra Nancy Andrighi¹⁰, o dano decorre de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

¹⁰ RESP 931.556/ RS. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 05/08/2008.

5. O DIREITO À VIDA NO CÓDIGO PENAL

A lei penal defende a vida na medida em que criminaliza o homicídio (art. 121, CP) e o aborto (arts. 124 a 128, do CP), sendo a vítima deste a vida uterina e a daquele a vida extrauterina.

Como anteriormente abordado, o direito à vida é um direito fundamental e, por isso, encontra respaldo na norma infraconstitucional, contudo, por não ser absoluto, comporta limitações em caso de conflito com outros interesses do Estado, motivo pelo qual admite-se a pena de morte, em situações de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, da CRFB/88) e as hipóteses de aborto legal (art. 128, do CP), melhores vistas adiante.

Como o foco do presente estudo é a vida em seu início, isto é, intrauterina, foi-se analisado apenas o fato típico, ilícito e culpável previsto pelos arts. 124 a 127, do Código Penal, o aborto e o aborto legal previsto no art. 128, da mesma norma.

O autor Guilherme Nucci¹¹ conceitua aborto como a “cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes o termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.

Há alguns tipos de aborto, dentre eles: a) aborto natural: aquele que ocorre sem intervenção humana, espontaneamente (não há crime); b) aborto acidental: decorrente de traumas não intencionais, como quedas (não há crime); c) aborto eugênico: interrupção da gravidez em razão da má-formação do feto (há divergências se é ou não crime); d) aborto econômico: praticado por razões econômicas (é crime); e) aborto legal: divide-se em terapêutico ou necessário e sentimental ou humanitário, como se verá mais detalhadamente a diante.

O sujeito passivo desse tipo penal é o feto ou embrião. Para Fábio Konder Comparato¹², embora o ser humano só exista a partir do nascimento com vida, o nascituro é uma pessoa em potencial e por isso não pode ser tratado como coisa, sendo, inclusive, titular de direitos fundamentais, incluindo o direito ao nascimento. De igual forma, os óvulos fecundados artificialmente também não podem ser coisificados e devem ser protegidos, embora ainda não estejam implantados no útero. Nesse

¹¹ Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹² Comparato, Fábio Konder apud Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

sentido, observa-se que a criminalização do aborto busca punir a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa, como defende Diaulas Costa¹³.

O aborto pode ser provocado pela gestante (art.124, do CP) ou por terceiro, sem o consentimento daquela (art.125, do CP).

Duas causas de excludente de ilicitude previstas no código no crime de aborto estão previstas no art. 128, do CP. Nesse caso, embora o fato seja típico, ele não é considerado ilícito e, portanto, não configura crime.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (Aborto necessário);

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Aborto no caso de gravidez resultante de estupro).

Importante observar que ainda nessas situações a interrupção da gestação deve ser praticada por médico, tendo em vista que no primeiro caso é o único que pode decidir com clareza a respeito da vida da gestante. Quanto ao aborto, sentimental, é dispensável autorização judicial e condenação do abusador, sendo suficiente registro de boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico.

Quanto ao aborto eugênico, em geral, é aquele voltado à interrupção da gravidez de fetos considerados indesejáveis. Como parte de uma premissa subjetiva, ao ponto de relativizar a vida humana e discriminar aqueles nascituros que apresentassem alguma má-formação, esse tipo de aborto não é permitido no Brasil.

Entendimento diferente se tem no aborto de fetos anencéfalos, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que será melhor abordado no último capítulo. Nesse caso, entende-se que está diante de um ser incompatível com a vida extrauterina, sendo assim, a autorização do aborto torna-se um fato atípico.

¹³ Costa, Diaulas apud Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

6. O DIREITO À VIDA NAS DEMAIS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

A seguir, analisar-se-á como outras leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro legislam sobre o direito à vida, especialmente a vida intrauterina.

6.1. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O **Estatuto da Criança e do Adolescente** foi promulgado em 1990 e substituiu o Código de Menores. A norma considera criança a pessoa até 12 anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (art. 2º, do ECA).

O direito à vida é visto expressamente nos artigos 4º e 7º do Estatuto, assim como no art. 227, da CRFB, que diz respeito à essa faixa etária, prevendo, inclusive, que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar esse e outros direitos à criança e ao adolescente.

Ademais, o Estatuto protege especificamente a vida uterina na medida em que determina que devem ser estabelecidas políticas públicas para garantir o “nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (art. 7º, do ECA), já realizadas através do acompanhamento da gestante durante a gravidez, conforme observa-se no art. 8º, do ECA.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

6.2. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Encontra-se implicitamente a proteção ao nascituro na **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** previsto em seu art. 391-A, ao garantir à empregada gestante a estabilidade provisória, caso confirmada a gravidez no curso do contrato de trabalho. Tal garantia se dá em cumprimento ao art. 10, II, b, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB, segundo o qual estende a estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Dessa forma, percebe-se que a intenção do legislador é tanto proteger os direitos da gestante, como o do nascituro. Tendo em vista que ao lhe ser oferecida a estabilidade nesse período, além de prevenir aborrecimentos psicológicos, que

certamente prejudicam o feto, garante-lhe o seu sustento para que o embrião possa se desenvolver da maneira correta.

Ademais, verifica-se claramente a proteção ao nascituro ao ser estabelecido a confirmação da gravidez como marco inicial da estabilidade do emprego. Ou seja, tal garantia não é concedida apenas se a mulher descobrir a gravidez no curso do contrato do trabalho, mas sim se a gestação iniciou naquele período, independente da gestante ter tido conhecimento apenas após a rescisão. Logo, a estabilidade assegura muito mais que apenas o direito social ao trabalho, mas sim o direito à vida e ao nascimento do nascituro.

6.3. LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei de Biossegurança versa sobre o desenvolvimento e a adoção dos Organismos Geneticamente Modificados. O direito à vida é mencionado especialmente no art. 5º da referida lei ao autorizar a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos.

Tal artigo ensejou grande repercussão jurídica e social pois foi um dos primeiros casos em que a ausência expressa da teoria que define o início da vida na Constituição Federal permitiu com que se considerasse outro marco inicial da vida se não a concepção.

Essa discussão resultou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que será melhor analisada no próximo capítulo.

6.4. LEI DOS TRANSPLANTES

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, conhecida como Lei dos Transplantes, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Em seu art. 9º, § 7º, determina que:

É **vedado à gestante** dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o **ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto**.

Dessa forma, verifica-se que embora seja permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para

certos fins e determinadas pessoas (art. 9º, *caput*), é resguardado, mais uma vez, o direito à vida intrauterina ao impedir que se realize o procedimento caso gere dano à gestante ou ao nascituro.

Sabe-se que muitas vezes o transplante é a única solução médica para algumas enfermidades, porém, ainda assim, o legislador optou por privilegiar o direito ao bom desenvolvimento do embrião e o direito ao nascimento, em detrimento à possível intervenção cirúrgica.

7. CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO O DIREITO À VIDA

Como supramencionado, a ausência de definição específica do marco inicial da vida na Constituição permite com que tanto leis, quanto decisões e ações do dia a dia acolham diferentes teorias, como no caso das normas que ensejaram o controle de constitucionalidade do STF e os métodos contraceptivos.

7.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 3.510

Esse mecanismo de controle de constitucionalidade incidiu sobre o art. 5º da Lei de Biossegurança, primeira norma a versar sobre reprodução assistida no Brasil. O dispositivo prevê:

Art. 5º 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 as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Por permitir a utilização de células-troncos embrionárias para fins terapêuticos, entendia-se que estaria havendo uma violação do direito à vida e da dignidade humana, em razão de ter sido adotada a teoria concepcionista como parâmetro na inicial.

A ADI nº 3150 ensejou na primeira audiência pública do STF, ocorrida no dia 20 de abril de 2007, momento em que estiveram presentes tanto opositores à norma, intitulados como defensores da vida, como outros favoráveis a ela. Ao final, por maioria, os Ministros concluíram pela improcedência do pedido e declaração de constitucionalidade do referido dispositivo.

O relator, Min. Ayres Britto, defendeu a teoria natalista, segundo a qual só se considera vida humana a partir do nascimento com vida. Segundo ele, a partir desse

marco que nasce a personalidade jurídica e a capacidade de exercer direitos, inclusive o da dignidade humana:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. (Ayres Britto, ADI 3150. P. 32)

Dessa forma, foi reconhecida a constitucionalidade da utilização de células-tronco para fins terapêuticos tendo em vista que, segundo o entendimento do STF na ação, nesse estágio embrionário ainda não há vida humana a ser tutelada.

7.2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 54 E CRIANÇAS COM ANENCEFALIA

A ADPF 54 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126, e 128, incisos I e II, do Código Penal, que impede a antecipação terapêutica do parto (aborto) na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, aquele que possui uma má-formação no sistema nervoso central.

Em resumo, os argumentos utilizados foram em defesa à liberdade da mulher, alegando que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, bem como defendeu-se que o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida, pelo contrário, é um *natimorto cerebral*. Nos dizeres do relator, Min. Marco Aurélio:

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. (Marco Aurélio, ADPF 54, P. 54)

Em que pese a defesa jurídica e científica dos ministros de que o ser anencéfalo “não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”, há casos de nascimento de crianças com anencefalia que permanecem vivas após o parto por mais de anos. Nesses casos, partindo da premissa da ADPF 54, se um feto anencéfalo não é considerado vivo no útero, também não o é após meses de vida extrauterina? Se não é vida, qual a sua posição perante o direito? Caso contrário, se considera-se vida

humana, quando esta teve início? São tantas perguntas significativas que resultam do mesmo problema, a ausência de definição de uma teoria única que defenda o marco inicial da vida.

7.3. MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

Os métodos contraceptivos a serem analisados no presente trabalho são aqueles cientificamente produzidos com o intuito de impedir uma gravidez.

Os métodos hormonais, comumente utilizados, se baseiam na administração de hormônios femininos que inibem a ovulação, fenômeno do ciclo menstrual em que o ovário libera um ovócito para a fecundação. Sendo assim, este método previne a concepção.

O dispositivo intrauterino (DIU) possui dois tipos, o hormonal e o de cobre. Conforme expõe Langman¹⁴, cada um atua de forma diferente:

O dispositivo hormonal libera progesterona, que causa o espessamento do muco cervical para evitar que os espermatozoides penetrem o útero. Além disso, torna os espermatozoides menos ativos e tanto eles quanto os oócitos menos viáveis. O de cobre libera cobre no útero, evitando a fertilização ou inibindo a ligação embrião à parede uterina.

Logo, percebe-se que enquanto o DIU hormonal inibe a concepção, o DIU de cobre atua apenas na fase da nidificação, impedindo que o embrião se aloque na parede do útero.

Já os contraceptivos de emergência (CE), popularmente conhecidos como pílula do dia seguinte, são ingeridos até 120 h (aproximadamente cinco dias) após a relação sexual para impedir a gravidez. Dessa forma, tal método passa pela concepção, mas também inibe a nidificação, que geralmente ocorre entre o quinto ao décimo segundo dia após a fertilização.

¹⁴ Sadler, T. W. Langman, embriologia médica / T. W. Sadler; revisão técnica Estela Bevilacqua. - 13. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

8. CONCLUSÃO

O marco inicial da vida humana é divergente. A Constituição Federal é omissa ao prever o direito à vida sem delinear seus limites e as demais normas infraconstitucionais aproveitam essa lacuna para definir diferentes visões sobre o termo inicial desse direito.

Mesmo com a integração do Pacto de São José da Costa ao ordenamento jurídico brasileiro, que defende a vida desde a concepção, o entendimento dos Tribunais Superiores e de prática comuns do dia a dia, como o uso de contraceptivos que impedem a gravidez apenas após a concepção, parecem não levar em consideração essa norma.

Com isso, o Brasil encontra-se em uma situação que ao adotar em um caso concreto uma teoria, acaba por violar completamente as demais em outra hipótese. Contudo, trata-se do direito à vida, precursor do direito ao nascimento, existência, dignidade da pessoa humana e condição *sine qua non* para realização de diversos outros direitos.

Ainda assim, verifica-se que a ausência normativa da definição do marco inicial da vida concede liberdade para que cada norma legisle sobre esse direito de forma relativamente independente, até que seja questionada a sua constitucionalidade. Porém, sabe-se que embora processualmente pode-se determinar a reversão de efeitos, tratando-se de direito à vida, dificilmente é possível convalidar um ato já praticado.

Logo, ao defender uma teoria em detrimento da outra, pode-se salvar milhares de vidas ou pode-se negar a condição humana daquelas células em razão da interrupção forçada de seu desenvolvimento. De qualquer forma, as consequências jurídicas, sociais e morais são imensuráveis, sendo necessário que seja definida uma única teoria que representa o início do direito à vida na constituição, pois, ainda que com oposição, haverá pelo menos segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 3510/ Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 29/05/2008, DJE 27/05/2010.

ADPF 54/ Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 12/04/2012, DJE 30/04/2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

COSTA, R. M.; GIOLO JÚNIOR, C. **TEORIAS JURÍDICAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA HUMANA**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, [S. l.], v. 10, n. 2, 2016. DOI: 10.21207/1983.4225.291. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>. Acesso em: 2 fev. 2023.

DECRETO - LEI 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

DECRETO – LEI 5452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

BRASIL. **Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2015**. Altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>> . Acesso em: 05 de outubro de 2022. Texto Original.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 8.ed.rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivim,2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivim,2018.

FRANCIS, CAMILA. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, SP, 2010.

LEI 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

LEI 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. **Lei dos transplantes.**

LEI 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de biossegurança.**

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 11 outubro 2022.

RESP 931.556/ RS. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 05/08/2008.

SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica** / T. W. Sadler; revisão técnica Estela Bevilacqua. - 13. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 41 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

VASCONCELO, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do conceito humano na era da biotecnologia.** Curitiba: UFPR, 2003.