

DA (IM) POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR A CONDUTA DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NAS 12 PRIMEIRAS SEMANAS DE GESTAÇÃO: ANÁLISE À LUZ DA ADPF Nº 442 – DF

Rafaela Pires de Oliveira*
Prof.^a Dra. Liane Tabarelli**

RESUMO

Nos dias atuais, está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, a qual busca a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal com fundamento na violação dos direitos de liberdade das mulheres no que diz respeito à autonomia e o não reconhecimento dos direitos reprodutivos. O presente estudo de caso, portanto, busca analisar os direitos e princípios que estão envolvidos em relação às mulheres e aos embriões no que tange a (im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação à luz da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. A escolha do tema justifica-se pela sua atualidade e pela necessidade da discussão do conflito dos direitos fundamentais envolvidos dispostos no mesmo texto constitucional. O método utilizado para a confecção do presente trabalho foi o dialético e dedutivo, tendo como fontes a revisão bibliográfica e a análise da legislação. Foram feitas análises acerca do direito à vida, à liberdade, a dignidade da pessoa humana, sobre a proteção do nascituro na lei civil, bem como a personalidade jurídica e sua tutela, a tipificação do aborto na legislação penal brasileira e sobre a (im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação. Por fim, concluiu-se que para o julgamento se faz necessária a observância do princípio da proporcionalidade como ponderador dos direitos que estão envolvidos.

Palavras-chaves: Aborto voluntário; Nascituro e proteção civil; Direitos e Princípios Fundamentais; Biodireito; ADPF 442.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente observa-se que a mulher era vista como um objeto, uma posse. Felizmente, com o passar dos anos foram adquiridos direitos e espaço até mesmo na esfera trabalhista. A Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas prerrogativas a garantia de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, ou seja, independentemente de sexo, cor ou raça. Mesmo com toda evolução, no que tange às conquistas femininas, as lutas continuam sendo diárias na busca de direitos e, principalmente, de respeito.

Apesar de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a existência de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, a realidade ainda apresenta muitos obstáculos para a verdadeira efetivação desses

* Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: Rafaela.pires96@edu.pucrs.br.

** Orientadora: Prof.^a Dra. Liane Tabarelli. Professora adjunta do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: liane.tabarelli@pucrs.br.

direitos e garantias para as mulheres. Alguns desses obstáculos estão presentes na própria sociedade, que, pelo menos em parte significativa, adere a discursos e ideias patriarcais de que ainda possuem algum tipo de controle sobre os corpos femininos.

Nesse cenário, foi levado ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, visando à efetivação da autonomia feminina e o direito sobre seus corpos no que tange a descriminalização da conduta de interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação. Hoje no Brasil, o aborto é permitido nos casos de estupro ou de anencefalia. Além disso, apesar das exceções, o número de abortos realizados de maneira ilegal é altíssimo, o que faz reafirmar ainda mais a ideia de que as mulheres não possuem uma completa autonomia sobre seus corpos para poderem decidir se querem ou não dar continuidade na gestação com respaldo da legislação brasileira.

Desse modo, o acesso a medicamentos abortivos e clínicas clandestinas para realização de abortos, mesmo sendo ilegal, é de conhecimento da população. Com ou sem respaldo legal os abortos ainda são realizados, no entanto as condições em que acontecem são extremamente preocupantes. Fato é que os abortos são praticados e o Estado deve estar atento a isso para exercer a tutela estatal de proteção às pessoas.

Sendo assim, busca-se através do presente estudo de caso, a partir de uma abordagem dedutiva e dialética, analisar os direitos e princípios fundamentais da Constituição Federal que perpassam sobre a questão da (im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação à luz da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, bem como dos artigos do Código Civil e do Código Penal. Pontualmente, trata-se dos artigos que dispõem sobre o tema na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Político e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Também, realizou-se a leitura de artigos científicos e doutrinas e a análise de jurisprudências acerca das legislações vigentes e suas aplicações no cotidiano.

O presente estudo de caso justifica-se por ser um tema atual e pela importância da discussão entre dar continuidade na gestação, com fundamento no direito à vida, ou conceder autonomia para a mulher decidir sobre seu próprio corpo, com fundamentação no direito à liberdade e princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, justifica-se pelo questionamento de qual direito sobressai outro, considerando que trata-se de um conflito entre direitos fundamentais, que estão dispostos no mesmo texto constitucional.

Diante desta problemática, inicia-se a pesquisa a partir da abordagem, no segundo item, acerca do direito à vida, consoante artigo 5º, da Constituição Federal, como direito fundamental individual, apresentando sua importância como pressuposto para os demais direitos. Nesse sentido, também utiliza-se os artigos dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Político que corroboram com tal entendimento. Já no terceiro item aborda-se a proteção constitucional da dignidade humana, a partir do princípio estabelecido no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal e da compreensão doutrinária sobre o que se entende por mínimo existencial e mínimo vital.

No item quarto, realiza-se a relação entre biodireito e a dignidade da pessoa humana, considerando a evolução social no que tange a tutela dos direitos individuais. Nesse sentido, ainda, buscou-se a análise da proteção constitucional do embrião, conforme disposto no artigo 5º da Constituição Federal a respeito da inviolabilidade do direito à vida. O item cinco trata-se acerca da proteção do

nascituro na lei civil e sua personalidade jurídica, bem como os direitos da personalidade da pessoa natural dispostos no Código Civil, com análise dos artigos previstos no referido diploma legal. Ainda, apresenta-se os questionamentos no que tange ao início da personalidade jurídica e sua tutela.

Adentrando-se no que diz respeito à autonomia individual, no item seis aborda-se o direito ao próprio corpo e as liberdades individuais com ênfase no respeito à isonomia constitucional disposta no artigo 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade. Ainda, pontua-se o disposto no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trata do conceito de liberdades individuais. Já no item sete, apresenta-se a tutela do direito à vida no direito penal no que tange ao aborto, com considerações acerca dos artigos dispostos no Código Penal, e da (im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação, trazendo à baila notícias de outros países, bem como posicionamento doutrinário a respeito do tema.

No último item, por fim, fez-se uma análise de caso com breves comentários a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, utilizando de doutrinas, bem como de jurisprudências para embasar o tema. Nela apresenta-se os fundamentos utilizados na ação, como a violação dos direitos fundamentais à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, proibição de tortura ou tratamento desumano, à saúde e ao planejamento familiar, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação. Destaca-se a necessidade da ponderação na decisão, a ser realizada com a observância ao princípio da proporcionalidade.

Destarte, diante do conflito entre direitos fundamentais identificado no que tange às mulheres e embriões, compreende-se a importância do princípio da proporcionalidade para ajuste e adequação de tal questão a ser enfrentada. Trata-se, portanto, de um tema de grande repercussão, o qual mundialmente são encontrados diversos posicionamentos distintos. Logo, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir o impasse no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL

O principal pressuposto para os demais direitos elencados pela Constituição Federal é a existência humana. Essa envolve uma série de direitos que possuem seus limites de extensão quando se trata de outros indivíduos. O direito à vida trata-se de um dos principais direitos do ser humano, servindo de pressuposto para demais interpretações.¹

No artigo 5º da Constituição Federal são elencadas as garantias inerentes a todo ser humano independente de qualquer distinção, assegurando a igualdade de todos.² Vide o art. 5º, “caput” da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441.

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

O direito à vida, sendo disposto anteriormente aos demais, também encontra respaldo em outras legislações. Essa disposição define de forma expressa tamanha importância para a constituição de uma sociedade. Nesse sentido, o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU-1948) também dispõe que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”³

Ainda, reforçando a ideia acima exposta, André Ramos Tavares afirma que “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”.⁴

Nesse sentido, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental Em Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676, dispõe:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. **O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.** Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵ [grifou-se]

Diante do exposto, pode-se dizer que se trata de um direito norteador para os demais princípios e direitos aplicáveis a cada pessoa como indivíduo. Essa ideia é reforçada no artigo 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (1966) o qual diz que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito

³ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%20e%20desumano%20ou%20degradante.> Acesso em: 21 abr. 2022.

⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569.

⁵ ARE 801676 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4544374>. Acesso em 16 jun. 2022.

deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”⁶

Para alguns doutrinadores, considera-se detentor do direito à vida e, conseqüentemente, à sua proteção à existência de vida humana a partir da sua concepção, independentemente da forma como concebida. Entende-se como um ser vivo que possui o elemento decisivo para ser titular desse direito: a vida - que não se confunde ou se mistura com os direitos da genitora.⁷

Feitas estas breves considerações sobre a importância de garantia do direito à vida e sobre as legislações que a regulamentam, passa-se à análise da proteção constitucional da dignidade humana.

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, disposta no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, é considerada uma promoção da pessoa humana e uma cláusula geral de tutela, e, portanto, com maior relevância para o ordenamento.⁸ Nesse sentido, o artigo supra mencionado destaca como um dos principais fundamentos como República Federativa do Brasil:⁹

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

A definição desse princípio, no entanto, é encontrada em diversas doutrinas. Entre elas, destaca-se as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:¹⁰

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A interpretação normativa, portanto, tem como ponto de partida e de chegada a dignidade da pessoa humana. Ou seja, é a partir desse valor que se dá

⁶ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1966). **Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos**. Resolução n. 2.200-A (XXI). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.445.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48.

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P.60.

ao super princípio orientador que torna possível a consagração dos demais direitos internacionais e internos.¹¹

Assim, no que tange às interpretações, criações ou aplicações de normas jurídicas, não é possível que o princípio da dignidade da pessoa humana seja ignorado. Devendo estar presente concomitantemente em todas as demais normas infraconstitucionais e constitucionais, bem como nos princípios.¹² Trata-se, portanto, de uma qualidade intrínseca do ser humano, não podendo ser relativizada, pois não se resume apenas a uma norma jurídica, mas também a um tipo de proteção como indivíduo.¹³

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da compreensão referente à dignidade humana no que tange ao ser humano, conforme julgado no Recurso Extraordinário nº 898.060:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. [...] 4. **A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).** 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. [...] ¹⁴ [grifou-se]

Portanto, a interpretação a ser dada aos demais princípios e direitos constitucionais deve observar a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, entende-se que as vertentes da dignidade da pessoa humana são a proteção e o

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004. P. 92.

¹² MARTINS, Vlademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010. P.51.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 143.

¹⁴ RE 898060, Relator (a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 16 jun. 2022.

respeito no que tange às integridades corporais e físicas de cada um.¹⁵ Trata-se de um pressuposto para que efetivamente seja cumprido o dever do Estado em sua plenitude.

Exposto o tema acerca do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cabe trazer para a presente pesquisa alguns apontamentos sobre a compreensão por mínimo existencial e mínimo vital.

3.1 APONTAMENTOS SOBRE O QUE SE COMPREENDE POR MÍNIMO EXISTENCIAL E MÍNIMO VITAL

É fato notório que não basta ter o direito à vida para que se viva com dignidade. Diretamente ligado a isso, são abordadas questões que compreendem condições mínimas para que se tenha uma vida digna. Em vista disso, entram em debate indagações acerca do mínimo existencial e o mínimo vital.

Dessa forma, a descrição do mínimo vital e a sua distinção para com o mínimo existencial se dá no que tange especificamente à garantia da vida humana, ou seja, o mínimo vital não está associado a condições dignas de sobrevivências, mas apenas em garantir a vida.¹⁶ Logo, a necessidade de preservação da vida que ultrapassa questões meramente de condições de sobrevivência física do indivíduo, mas que proporcione sobrevivência com qualidade no que diz respeito à dignidade está ligada ao mínimo existencial.¹⁷

Nesse sentido, pode-se dizer que o mínimo existencial é composto por todas as prestações imprescindíveis à proteção, fruição e promoção de uma vida digna.¹⁸ Trata-se de elementos como saúde básica, acesso à justiça, educação fundamental e assistência aos desamparados.¹⁹

Esse entendimento já é consolidado no nosso ordenamento jurídico e possui respaldo até mesmo jurisprudencial, conforme julgado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 do Supremo Tribunal Federal, no qual o relator foi o Ministro Celso de Mello, que dispõe:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE

¹⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como um direito fundamental: possibilidade e consequências**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. P. 70.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais e justiça**, Porto Alegre, ano 1, nº 1, p. 171-213, out./dez. 2007. P. 181.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 284.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico) algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 346.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas fundamentações. Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação pelos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 259.

RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - **RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL [...]** A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). [...].²⁰ [grifou-se]

Compreende-se, portanto, que, apesar de serem circunstâncias distintas, o mínimo existencial e o mínimo vital andam juntos. De modo que, só será possível proporcionar condições mínimas existenciais se houver como premissa o mínimo vital.

Tecidos os relevantes apontamentos acerca do que se compreende por mínimo existencial e mínimo vital, o seguinte item preocupa-se em abordar iniciais reflexões sobre o que se entende por biodireito e sua relação com a dignidade da pessoa humana.

4 BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, cabe esclarecer do que se trata o biodireito e, logo após, compreender qual a sua relação com os direitos fundamentais e, em especial, com a dignidade da pessoa humana. Diante disso, nas palavras de Elton Dias Xavier, “O biodireito, enquanto disciplina jurídica, nasce no seio da bioética, em um processo de juridicização de procedimentos e processos bioéticos no campo das biociências.”²¹

Trata-se, portanto, de um novo ramo do direito que surgiu com a evolução social. O biodireito tem seu surgimento diretamente relacionado com os direitos

²⁰ ARE 639337 AgR, Relator (a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. Vide íntegra da decisão disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>. Acesso em: 30 mai. 2022.

²¹ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 55.

fundamentais, no entanto possui um conteúdo de ordem moral relacionado com a vida, à privacidade dos indivíduos e à dignidade humana.²²

Para Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz, no que tange a bioética e o biodireito:²³

Para buscar-lhes solução adequada, o jurista deve recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica. Entre eles está, sem dúvida, o valor da vida humana. A consciência ética da humanidade o referencia como um valor insofismável e recebe o aval de quase todas as crenças religiosas e sistemas ideológicos. Quando se fala a respeito do *valor vida*, deve-se considerá-lo como o *valor-eixo*, cujo respeito incide na liberdade de submissão ou não, na proteção jurídica do corpo humano, na garantia da integridade física, no acesso a exames e tratamento médico e no respeito ao cadáver. [itálico no original]

Ante o exposto, é possível interpretar o biodireito como um sistema que abrange questões relacionadas à vida em sentido amplo, ou seja, não se limita a vida individual, mas na coletividade.²⁴ Pode-se dizer que o objeto principal desse ramo é a proteção da pessoa como espécie humana, integral do indivíduo.²⁵ Essa questão já foi enfrentada em Recurso de Apelação, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o

²² FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 288.

²³ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O Direito "in vitro": da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. P. 29.

²⁴ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 290.

²⁵ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 56.

denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.²⁶ [grifou-se]

A dignidade da pessoa humana, por se tratar de um princípio fundamental, está diretamente relacionada com o biodireito, afinal, conforme já exposto no item 3, para toda e qualquer interpretação o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser singularmente observado. A própria jurisprudência acima mencionada corrobora com tal afirmação.

Trazidas as principais considerações acerca do biodireito e a dignidade da pessoa humana, no próximo item será tratada a proteção constitucional do embrião em observância ao biodireito.

4.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO EMBRIÃO

A proteção constitucional disposta no artigo 5º, caput, da Constituição Federal²⁷, quando garante a qualquer pessoa a inviolabilidade do direito à vida, também permite a interpretação para a aplicação dessa proteção ao embrião. No que tange ao alcance do dispositivo legal, o legislador foi omissivo com relação ao marco inicial e marco final da vida. Essa questão, inclusive, é alvo de inúmeros debates doutrinários sobre essa extensão do direito à vida.

Diante do exposto, fato é que o direito à vida trata-se de um direito constitucional e, considerando a omissão do legislador, a interpretação poderá ser dada conforme o caso concreto. Nesse sentido, para Maria Helena Diniz, o direito à vida trata-se de um direito essencial ao ser humano:²⁸

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. [...] 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. [itálico no original]

O caso sobre a proteção do direito à vida em se tratando de embriões foi levado a julgamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, sob o nº 3510. Julgado em 2008, pelo ministro Ayres Britto, à época se discutiu o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que tratava-se de pesquisas com células-tronco embrionárias, e foi decidida pela constitucionalidade do dispositivo legal:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA

²⁶ Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 20 jun. 2022.

²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva. 2001. P. 22-23.

DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. [...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. 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 (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). [...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.[...] ²⁹

Nesse sentido, considerando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange aos embriões, pode-se dizer que o embrião é humano, portanto, possui vida humana, mas que há uma grande diferença quando se trata de pessoa humana. ³⁰

Diante disso, é possível identificar as diferentes interpretações que podem ser dadas e a discussão em torno da proteção constitucional do embrião. Tecidas as considerações acerca do tema, no próximo item será abordada a proteção do nascituro e sua personalidade jurídica no regramento do Código Civil.

²⁹ ADI 3510, Relator (a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 31 mai. 2022.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 3-51. P. 32.

5 A PROTEÇÃO DO NASCITURO NA LEI CIVIL E SUA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para compreender as questões atinentes à proteção ao nascituro na lei civil e sua personalidade jurídica, entende-se necessário esclarecer os dois pontos individualmente. Em vista disso, nas palavras de Aurélio Ferreira, o nascituro é descrito da seguinte forma: “Que há de nascer; Aquele que há de nascer; O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo.”³¹ Já a personalidade jurídica pode ser definida como pressuposto para a atuação no ordenamento jurídico, o qual só é adquirido se possuir aptidão genética para contrair deveres ou obrigações e adquirir direitos na esfera civil.³²

O Código Civil dispõe no seu artigo 2º acerca do início da personalidade civil e a proteção aos direitos do nascituro informando que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”³³ Nesse sentido, observa-se que o Código Civil concede personalidade ao nascituro somente após o nascimento com vida, no entanto seus direitos são resguardados desde a sua concepção.

Dessa forma, a doutrina discute a respeito de questões atinentes ao início da personalidade jurídica. Para alguns doutrinadores, o nascituro ainda não é considerado pessoa, portanto, não possui personalidade jurídica. Ou seja, só é adquirida essa personalidade após o nascimento e, antes disso, seus direitos permanecem em estado potencial.³⁴ Nesse mesmo entendimento, Silvio Rodrigues esclarece que:³⁵

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

A jurisprudência, entretanto, considera irrelevante, para fins de proteção ao nascituro, o início da personalidade jurídica, conforme julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.415.727:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que

³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª edição. Curitiba: Positivo, 2010. P. 1453.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006b. p. 70.

³³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. V. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 153.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 36.

não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina [...] 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. [...]³⁶

Em suma, apesar dos divergentes entendimentos acerca do início da personalidade jurídica, é inquestionável a proteção ao nascituro desde a sua concepção, independentemente do nascimento. Discorrido sobre a proteção do nascituro na lei civil e sua personalidade jurídica, citando-se brevemente o parecer doutrinário, busca-se no próximo item o melhor entendimento dos direitos da personalidade da pessoa natural e, portanto, sobre os demais artigos que dispõe o Código Civil sobre o tema.

5.1 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA NATURAL (ARTS. 11 A 21, CC/02)

Entende-se que, conceitualmente, a pessoa está diretamente ligada à personalidade, ou seja, todos que nascem com vida e passam a ser pessoas adquirem personalidade.³⁷ Trata-se, portanto, do conjunto de direitos e faculdades em potencial que, ao se tornar pessoa, torna-se apto a contrair obrigações.³⁸

O Código Civil, nos artigos 11º e 12º, tratam da natureza e da tutela dos direitos da personalidade e dispõe que esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, ou seja, não se trata de uma opção para deliberação.³⁹ Nesse

³⁶ REsp n. 1.415.727/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe de 29/9/2014. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303604913. Acesso em 16 jun. 2022.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 12 ed., 2014. P. 107.

³⁸ LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 4. Ed., 1960. p. 149.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

sentido, a tutela do Código Civil visa a proteção da pessoa, com relação aos direitos essenciais, dos efeitos da sua própria vontade.⁴⁰

Já os artigos 13º até o 15º do mesmo diploma legal mencionado supra, abordam o direito à integridade psicofísica. Dessa forma, em não havendo nenhum impedimento ou ilegalidade, é um direito dispor do próprio corpo. Vale destacar que esse assunto é alvo de algumas críticas por doutrinadores, que defendem que a integridade psicofísica não se limita apenas sobre a disposição do próprio corpo e que o Código Civil adotou uma abordagem restritiva no que tange a essa tutela.⁴¹

Em sequência, o direito ao nome e ao pseudônimo é abarcado pelos artigos 16º até o 19º do Código Civil. Deste modo, Gustavo Tepedino expõe sua interpretação acerca do artigo 19º do dispositivo mencionado, “O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal.”⁴²

O artigo 20º do Código Civil trata do direito à imagem, o qual dispõe que poderá ser proibida caso sejam atingidos valores imateriais. Nesse sentido, o dispositivo encontra conflito no que tange a liberdade de informação, que pode ser suprimida se a interpretação do artigo se der na forma literal.⁴³ Para alguns doutrinadores esse conflito gera até mesmo a dúvida sobre legalidade do artigo, se é constitucional ou não, pois afronta o artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal, que trata do direito de acesso à informação.⁴⁴

Em última análise, o artigo 21º do Código Civil dispõe do direito à privacidade, informando que se trata de um direito inviolável à vida privada da pessoa natural. Nas palavras de Anderson Schreiber:⁴⁵

Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais.

Portanto, a interpretação legislativa deve ser dada conforme o caso concreto, pois cada um possui sua particularidade. No entanto, independentemente de interpretações, o Código Civil cuidou em resguardar os direitos da personalidade da pessoa natural, que, destaca-se, não são taxativos.

Findo este item, com breves apontamentos acerca dos dispositivos que tratam dos direitos da personalidade, o próximo abarca o direito ao próprio corpo e as liberdades individuais, observando o respeito à isonomia constitucional.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 26.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 33.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 52.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 109.

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 135-136.

6 DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS: O RESPEITO À ISONOMIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, já mencionado anteriormente, garante a inviolabilidade do direito à liberdade. Ainda, anterior a Constituição Federal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 4º, se preocupou em conceituar os limites da liberdade individual dispondo que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

O conceito de liberdade, no entanto, é definido de diversas formas. Em algumas delas como a efetiva capacidade de agir, ou como a ausência de restrições, ou até mesmo como a autodeterminação.⁴⁶ Um dos conceitos está associado à realização pessoal, da atuação em busca da sua própria felicidade.⁴⁷ Nesse sentido, a liberdade de escolha individual permite àqueles que estão mais habilitados a fazerem as melhores escolhas sobre si mesmos.⁴⁸

Diretamente ligado à liberdade individual, está o direito ao próprio corpo. Trata-se, portanto, da autonomia individual para dispor sobre suas vontades e ações. O direito ao próprio corpo é uma expressão utilizada para realçar a autonomia da pessoa, a realização de suas vontades individuais.⁴⁹ Entende-se que a legítima independência é um direito absoluto pessoal, ou seja, o indivíduo é soberano no que tange ao seu próprio corpo.⁵⁰

Dessa forma, nas palavras de Anderson Schreiber:⁵¹

O direito ao próprio corpo, visto em uma dimensão mais ampla como direito à integridade psicofísica, à saúde e ao bem-estar, não apenas impede, mas faz parecer verdadeiramente medieval o uso da força do Estado para reprimir uma escolha que é importante demais para não ser íntima, pessoal e desejada.

A autonomia, por sua vez, é uma forma de respeito às liberdades e decisões individuais de cada pessoa.⁵² Essa autonomia, no entanto, em alguns aspectos acaba colidindo com outros direitos individuais e é exatamente nessa colisão que entra a atuação do Estado e os limites da Constituição Federal. Nesse

⁴⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. P. 17.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. Ed. ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 236.

⁴⁸ MILL, John Stuart. **A sujeição das mulheres**. Lisboa: Almedina. Trad. Benedita Bettencourt. 2006, p. 87-88.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 32.

⁵⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. P. 53.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 70.

⁵² GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento humano. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63 - 89. P. 73

sentido, a legítima atuação do exercício do poder estatal sobre um indivíduo serve justamente para impedir dano a outro indivíduo.⁵³

Ante o exposto, no próximo item será ponto de análise a atual atuação do Estado no que tange aos limites do direito ao próprio corpo na parte que toca o aborto. Dessa forma, será objeto de análise os artigos dispostos na Legislação Penal Brasileira.

7 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ARTS. 124 E 126, CP

Nos dias correntes, pela legislação vigente no Código Penal, o aborto é tipificado como crime e está disposto nos artigos 124 até 128. Nesse tópico trataremos apenas dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que efetivamente abordam as ações que provocam o aborto com o consentimento da gestante.

A priori, cumpre esclarecer a intenção do legislador em tipificar tal conduta. Nesse sentido, nas palavras de Paulo José da Costa Júnior, a tipificação do aborto⁵⁴

É a tutela da vida humana em formação, que é a vida fetal ou intra-uterina. Pouco importa que não se trate ainda de uma pessoa humana, mas de uma expectativa de ente humano, uma *spes personare*. Merece ela igual respeito e proteção normativa. [itálico no original]

O artigo 124 do Código Penal, que trata do aborto realizado pela própria gestante (auto-aborto) ou com o seu consentimento, dispõe que “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.”⁵⁵ Dessa forma, entende-se que, no que tange ao consentimento, trata-se de um crime duplo, ou seja, a tipificação da gestante que consente incide no artigo 124 do Código Penal, já quem pratica acaba por incidir no artigo 126 do Código Penal. Cabe ressaltar que quem apenas auxilia a gestante é considerado co-partícipe do crime do artigo 124.⁵⁶

O outro artigo a ser mencionado é o artigo 126 do mesmo dispositivo legal. Nele é tratado o aborto com o consentimento da gestante – mas que não é feito por ela. O artigo ainda aborda as hipóteses de aborto quando da incapacidade civil da gestante, bem como em casos de violência, fraude ou grave ameaça. Nesses casos, aplica-se a tipificação do artigo anterior, que tem como pena a reclusão de três a dez anos. Diante do exposto, assim dispõe o artigo 126 do Código Penal:⁵⁷

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁵³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. P. 53.

⁵⁴ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Código penal comentado**. 8. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. P. 388.

⁵⁵ BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 jun. 2022.

⁵⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6. Ed. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 269.

⁵⁷ BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 jun. 2022.

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

Em vista disso, considerando o *caput* do artigo, a capacidade da gestante para consentir com o ato é presumível.⁵⁸ Assim, o legislador se preocupou em alcançar as diversas hipóteses nesses casos para que não houvesse lacunas.

Feitas estas breves considerações acerca dos artigos que tipificam o aborto intencional, no próximo item será feito o exame acerca da (im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação.

7.1 DA (IM) POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR A CONDUTA DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NAS 12 PRIMEIRAS SEMANAS DE GESTAÇÃO

É fato notório a polêmica acerca da descriminalização do aborto no Brasil. Há anos o movimento feminista vem ganhando força e lutando para que os direitos das mulheres sejam alcançados e, nesse contexto, o direito ao próprio corpo, sua autonomia e decisão sobre ter filhos ou não, também tem ganhado espaço para discussão.

Conforme pode-se observar ao longo desse artigo, há um grande conflito de direitos e princípios fundamentais no que tange a descriminalização do aborto. Pelo mundo é possível identificar diversos posicionamentos, tanto com movimentos a favor, quanto movimentos contra a descriminalização.

Um dos grandes pontos para o movimento a favor da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez é o fato de que o Estado não tem legitimidade para interferir na autonomia feminina e impor uma gestação que, por muitas vezes, não foi desejada e planejada.⁵⁹ Em vista disso, recentemente, em 21 de fevereiro de 2022, a Corte Constitucional da Colômbia decidiu pela descriminalização do aborto até 24 semanas de gestação com fundamento na liberdade e autonomia da mulher.⁶⁰ Ademais, além do direito ao próprio corpo, a tipificação do aborto como crime não impede que eles sejam realizados, pois sabe-se que existem inúmeras clínicas clandestinas que realizam o procedimento sem higiene e cuidados necessários.

No entanto, em sentido oposto, há pouco tempo nos Estados Unidos da América, em Oklahoma, foi sancionada a mais rigorosa lei antiabortiva, a qual permite que qualquer cidadão processe as pessoas que auxiliarem as mulheres na interrupção da gravidez. Os únicos casos que não se aplicam a essa lei são de emergência médica, estupro ou incesto.⁶¹ Os argumentos utilizados para o

⁵⁸ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6. Ed. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 269.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 70.

⁶⁰ GONZALEZ, Luisa. **Colômbia descriminaliza aborto até a 24ª semana de gestação**. CNN Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/colombia-descriminaliza-aborto-ate-a-24a-semana-de-gestacao/>. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁶¹ **Governador de Oklahoma sanciona a mais rigorosa lei antiaborto dos EUA**. O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2022/05/governador-de-oklahoma-sanciona-a-mais-rigorosa-lei-antiaborto-dos-eua.ghtml>. Acesso em: 2 jun. 2022.

movimento contra a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez estão diretamente relacionados ao direito à vida.

Diante do exposto, a atuação do princípio da proporcionalidade se dá justamente nesse conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade. Ou seja, esse princípio serve como ponderador aos interesses conflitantes que, nesse cenário, deve-se observar o compactamento desses direitos e, conseqüentemente, sua acomodação entre eles.⁶² Essa atuação do princípio da proporcionalidade como ponderador acaba trazendo uma função limitadora que, nas palavras de Suzana de Toledo Barros⁶³

Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo **princípio da proporcionalidade**. [grifo no original]

Logo, entende-se que não se trata de um conflito fácil a ser ponderado, no entanto é uma questão necessária a ser observada pelo judiciário. Diante disto, o item a seguir trata sobre a análise da Arguição de Direito de Preceito Fundamental N° 442, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

8 ANÁLISE DE CASO: COMENTÁRIOS A ADPF N° 442 – DF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 442/DF, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pleiteia a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, com o intuito de descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem fundamento na violação dos direitos fundamentais à inviolabilidade à vida, liberdade, igualdade, proibição de tortura ou tratamento desumano, à saúde e ao planejamento familiar, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação.

Diante disso, o mérito da ação recai sobre os direitos de liberdade das mulheres no que tange à autonomia, e ao reconhecimento dos direitos reprodutivos, que se sobrepõe à vida do embrião. Entende-se por direito reprodutivo a autodeterminação para o livre exercício da reprodução, ou seja, trata-se da liberdade para decidir sobre ter filhos ou não.⁶⁴ A ação conta com fundamentação no direito comparado, utilizando de decisões de cortes internacionais sobre o tema, inclusive sobre julgados no Brasil acerca do aborto em casos de estupro e feto anencéfalo.

⁶² ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista do direito**. V. 3, n. 3. Uruguaiana: Câmpus Uruguaiana-PUCRS, 2003. P. 31-42. P. 35.

⁶³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. P. 173-173.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 53-72. P. 55.

Já fora sinalizado que a tipificação do aborto como crime não impede que as mulheres realizem o procedimento, colocando em risco, assim, a vida e saúde. Nesse sentido, a Aline Mignon de Almeida argumenta que⁶⁵

Milhares de mulheres ficam estéreis ou morrem por ano em clínicas clandestinas ou em outros estabelecimentos onde não existem profissionais habilitados e onde a falta de higiene impera. Ocorrem também abortos feitos com agulhas de tricô, pedaços de pau, de cabides ou outros objetos que as pessoas utilizam perfurando a genitália para provocar a morte do concepto.

Na mesma linha, afirma-se que a descriminalização do aborto nas primeiras semanas de gestação não seria uma apologia à prática, mas um direito adquirido.⁶⁶ Ainda, com o mesmo posicionamento, Sílvia Pimentel corrobora com o argumento acima, mencionando que o aborto legal trata-se de uma questão de saúde pública e cidadania.⁶⁷

Nesse sentido, há jurisprudência que confirma o entendimento de que, de fato, ocorrem mortes por abortos realizados de maneira ilegal, conforme Recurso em Sentido Estrito nº 70082110677 julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ABORTO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PEDIDO DE DESPRONÚNCIA. INCABÍVEL. Presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria que autorizam a manutenção da sentença que pronunciou o acusado, inviabilizando a acolhida do pleito defensivo de despronúncia. In casu, a partir dos relatos dos informantes e das testemunhas extrai-se dúvidas se o réu praticou ou participou do crime de aborto com o consentimento da gestante, que resultou na morte da mesma, restando, pois, inadmissível outra conclusão que não o seu encaminhamento para julgamento pelo Conselho de Sentença, sob pena de afronta à Soberania do Júri Popular. RECURSO IMPROVIDO.⁶⁸

Ainda, apesar de o aborto ter tipificação como crime na legislação brasileira, há interpretações precedentes no que tange a flexibilização da imputação penal em casos de interrupção voluntária no primeiro trimestre, conforme Habeas Corpus nº 124.306 julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. [...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e

⁶⁵ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 146.

⁶⁶ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 147.

⁶⁷ PIMENTEL, Sílvia. Um pouco da história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 159-181. P. 180.

⁶⁸ Recurso em Sentido Estrito, Nº 70082110677, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 26-09-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 16 jun. 2022.

reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. [...].⁶⁹

Ademais, no que se refere aos fundamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, a imposição da gravidez compulsória fere a dignidade da pessoa humana, no que tange a ausência de capacidade para decisões que efetivamente realizem suas idealizações pessoais. Ainda, envolve a discriminação quando o tratamento é dado desigualmente em relação a homens e mulheres, bem como por atingir majoritariamente mulheres pobres de regiões periféricas. Em vista disso, Eva Blay defende que⁷⁰

Toda mulher tem direito a decidir, então, sobre sua vida, mais ainda quando se trata de seu próprio corpo. Se o direito à vida do feto se contrapõe ao direito de toda mulher a decidir sobre sua vida, sobre seu projeto de vida e sobre seu corpo, por um lado, essa livre escolha causará danos ao feto e a terceiros, cabendo aí o limite constitucional (também relativo) da autonomia pessoal. [...] se trata de ter consciência de uma situação: uma mulher que não quer ter um filho, que está grávida e que, se seu direito não existe, deverá ver como seu corpo se modifica por um filho indesejado e o verá nascer, quando não o quer em sua vida. Assim, também se pode argumentar que a vida digna de uma mulher não tem menor valor do que a vida de um feto. O aborto é um procedimento demasiadamente intrusivo e ninguém o deseja. É uma situação temida, dolorosa, mas milhares de mulheres recorrem a isso, amparadas ou não pela lei.

Não obstante o exposto, hoje em dia a interrupção voluntária da gravidez é considerada crime no Brasil, exceto nos casos de feto anencéfalo e estupro. Trata-se, portanto, de um extenso debate que, como mencionado no tópico anterior, observado o princípio da proporcionalidade, deve ser decidido. O questionamento que prevalece é: qual direito é mais importante? O da mulher, em poder exercer o direito à liberdade, respeitando a autonomia, ou do embrião para com o direito à vida? Nos dias atuais a ação encontra-se conclusa com a relatora desde janeiro do corrente ano.

Trazidas as principais considerações acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, parte-se às considerações finais.

⁶⁹ HC 124306, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017. Vide íntegra do acórdão disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁷⁰ BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008. P. 35

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada a análise sobre o assunto, conclui-se que decidir pela descriminalização da conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação, ou não, trata-se de um enfrentamento de questões relevantes para o ordenamento jurídico e para a própria sociedade. A partir da decisão, que será dada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a repercussão de tal tema terá impacto direto, principalmente na vida das mulheres e dos embriões, que terão seus direitos atingidos de alguma maneira.

Ainda, nesse cenário, verifica-se a observância da inviolabilidade do direito à vida, disposto no artigo 5º da Constituição Federal, que pode ser aplicada tanto para a mulher, quanto para o embrião. Esse benefício é de tamanha importância, pois é considerado pressuposto para todos os demais direitos e princípios a serem interpretados. Diante disso, a omissão do legislador quanto ao marco de início e fim da vida gera discussões no que tange ao alcance da norma. Além disso, no mesmo artigo, tem-se o direito à liberdade assegurado. Dessa forma, no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, esse direito abrange apenas a tutela à mulher. Trata-se, portanto, de um grande conflito direto entre as tutelas constitucionais.

Nessa linha, o direito ao próprio corpo está diretamente relacionado à liberdade individual. Essa liberdade, que possui plena vinculação com a autonomia, trata-se da realização de planos e projetos conforme a idealização pessoal de cada um. Nesse sentido, questiona-se a atuação estatal para impor limitações que não o cabem e, ainda, até que ponto o Estado é legítimo para interferir nessas questões.

Ademais, também considera-se o princípio da dignidade de pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que possui tanta importância quanto os demais direitos e princípios no ordenamento jurídico para as interpretações a serem dadas. Esse princípio ocupa-se de um papel de suma relevância, cuja função tem como norte, servindo como ponto de partida e chegada para as interpretações.

Tendo em conta a dignidade da pessoa humana, observou-se a evolução da ciência e da tecnologia e, de modo a acompanhar esse crescimento, o direito se viu impelido à criação do biodireito, que advém da bioética. Esse novo ramo está interligado com a moral, com o senso de coletividade, tutelando os direitos pessoais como pertencentes a uma espécie, não apenas como um ser individual.

Além disso, analisou-se o artigo 2º do Código Civil, que dispõe do início da personalidade civil, o qual informa da aquisição de tal direito apenas após o nascimento com vida. Nesse sentido, discute-se sobre o início da personalidade jurídica em diversos momentos desde a sua concepção. Fato é que o mesmo diploma legal, nos artigos 11º a 21º, trata dos direitos da personalidade da pessoa natural, ou seja, ultrapassado o tema acerca do início da personalidade civil, o legislador no Código Civil se preocupou em resguardar os direitos da pessoa natural.

Outrossim, observa-se algumas das jurisprudências colacionadas sobre os temas que versam à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 certa tendência de o julgamento ser desfavorável, considerando o posicionamento conservador por parte do judiciário brasileiro. No entanto, conforme demonstra-se, também há argumentação dada em sentido favorável, a qual se utilizou dos mesmos fundamentos arguidos demonstrados no que tange a

(im) possibilidade de descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação.

Ainda, destaca-se a questão de saúde pública no que diz respeito ao aborto que, mesmo possuindo tipificação no Código Penal como crime, é realizado de diversas formas e em lugares precários. Vê-se necessária atenção do Estado para que sua legislação seja efetiva e não prejudicial para quem tem o direito de receber essa tutela.

Nesse sentido, apesar de tratar-se de várias questões extremamente relevantes, o presente estudo de caso limitou-se em abordar os pontos principais de uma visão panorâmica acerca do assunto. Dessa forma, por meio das análises doutrinárias e jurisprudenciais, verifica-se os diversos posicionamentos que um mesmo tema pode gerar, afinal, as interpretações que podem ser dadas são inúmeras.

Diante de todo exposto, conclui-se que a sentença a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que pleiteia pela não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, os quais tratam da tipificação do aborto como crime, deverá observar e levar em consideração o princípio da proporcionalidade, o qual possui um papel de extrema relevância para atuar como ponderador dos direitos e princípios envolvidos. Não se trata de uma matéria fácil a ser decidida, no entanto, considerando a evolução social, ocupa-se de um tema contemporaneamente pertinente.

REFERÊNCIAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista do direito**. V. 3, n. 3. Uruguaiana: Câmpus Uruguaiana-PUCRS, 2003. P. 31-42.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%2C%20desumano%20ou%20degradante](https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%2C%20desumano%20ou%20degradante.). Acesso em: 21 abr. 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1966). **Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos**. Resolução n. 2.200-A (XXI). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações. Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação pelos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.415.727**. Direito civil. Acidente automobilístico. Aborto. Ação de cobrança. Seguro obrigatório. Dpvat. Procedência do pedido. Enquadramento jurídico do nascituro. Art. 2º do código civil de 2002. Exegese sistemática. Ordenamento jurídico que acentua a condição de pessoa do nascituro. Vida intrauterina. Perecimento. Indenização devida. Art. 3º, inciso i, da lei n. 6.194/1974. Incidência. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Lider do Consorcio do Seguro Dpvat AS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4 de setembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303604913. Acesso em 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental Em Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676**. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Fornecimento pelo poder público do tratamento adequado. Solidariedade dos entes federativos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Colisão de direitos fundamentais. Prevalência do direito à vida. Precedentes. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Patricia Morais Dantas de Souza. Relator: Min. Roberto Barroso, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4544374>. Acesso em 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e

Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**. Criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, iv, na redação dada pela ec nº 53/2006) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) - Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - Princípio “jura novit curia” - Invocação em sede de apelo extremo - Impossibilidade - Recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Consitucionalidade do uso de células-

tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 124.306**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70054988266**. Apelação cível. Assistência à saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento vital. Apelante: Ministério Público. Apelado: Joao Carlos Ferreira. Relator: Irineu Mariani, 20 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Recurso em Sentido Estrito nº 70082110677**. Recurso em sentido estrito. Aborto. Insurgência defensiva. Pedido de despronúncia. Incabível. Recorrente: Luiz Tadeu Barros Pereira. Recorrido: Ministério Público. Relatora: Rosaura Marques Borba, 26 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 16 jun. 2022.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6. Ed. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva. 2001.

FABRIZ, Dauray Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª edição. Curitiba: Positivo, 2010.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento humano. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63 - 89.

GONZALEZ, Luisa. **Colômbia descriminaliza aborto até a 24ª semana de gestação**. CNN Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/colombia-descriminaliza-aborto-ate-a-24a-semana-de-gestacao/>. Acesso em: 2 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Governador de Oklahoma sanciona a mais rigorosa lei antiaborto dos EUA. O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2022/05/governador-de-oklahoma-sanciona-a-mais-rigorosa-lei-antiaborto-dos-eua.ghtml>. Acesso em: 2 jun. 2022.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Código penal comentado**. 8. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1. v. 4. Ed., 1960.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como um direito fundamental**: possibilidade e consequências. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

MARTINS, Vlademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

MILL, John Stuart. **A sujeição das mulheres**. Lisboa: Almedina. Trad. Benedita Bettencourt. 2006.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. V. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTEL, Sílvia. Um pouco da história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 159-181.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 53-72.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais e justiça**, Porto Alegre, ano 1, n° 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico) algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 3-51.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.