

A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação

Isabela Graciana de Sousa Canhoni¹

Talita Guimaraes Coelho²

Orientador: Pedro Crisafulli³

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a possibilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, frente aos princípios constitucionais, em especial, ao da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, partindo da decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em relação ao Habeas Corpus N° 124.306. Para tanto, utilizou como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica, cujas bases serão fontes primárias, quais sejam as leis, em especial, a Constituição Federal e o Código Penal, e fontes secundárias, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências. O método de abordagem empregado foi o dedutivo, partindo das teorias e leis para uma especificidade. O material bibliográfico selecionado tem a finalidade de proporcionar informações capazes de fundamentar a tese explanada. Imperioso destacar que é pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro, que a detecção da morte ocorre pela ausência da atividade cerebral, de forma que ao contrário, porém, não uniformemente aceito, a vida deveria iniciar -se com a formação do sistema nervoso central. Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficará evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

Palavras-chave: aborto – descriminalização – direitos fundamentais.

1 Introdução

O estudo a respeito do aborto não é pacífico, uma vez que encontra barreiras jurídicas e religiosas. O tema aqui defendido será abordado sob a égide principiológica constitucional, jurídica e científica, em defesa da relativização de sua criminalização.

A defesa da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação se justifica pela necessidade de adequação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, na seara do universo feminino, garantindo à mulher o direito de decisão quanto à interrupção ou não de uma gestação não planejada, independentemente da situação que originou a fecundação, de forma fundamentada e ponderada através da identificação da extensão do direito à vida na Constituição Federal de 1988.

¹Graduanda em Direito pelo UNIPTAN (Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves) e MBA em gestão estratégica de pessoas pela Faculdade UNA. E-mail:isabelacanhoni@yahoo.com.br

² Graduanda em Direito pelo UNIPTAN (Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves). E-mail: talita_g21@hotmail.com

³ Professor do curso de Direito do UNIPTAN (Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves). E-mail: pedrocristofulli26@gmail.com

A tese do aborto permissivo, na sua limitação cronológica, como apresentado, até a 12ª semana de gestação, é respaldada também nas principais teorias que se dedicam à definição do início da vida humana. O feto, até a 12ª semana, não apresenta completude do sistema nervoso central, estado fundamental para detecção de vida.

Estudar as possibilidades de aborto no direito brasileiro e seus fundamentos é imprescindível para constatação da mutação constitucional interpretativa, que vem ocorrendo no mundo jurídico fático, em adequação aos direitos fundamentais.

Desse modo, vota o Ministro Marco Aurélio de Melo, do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema em relação ao Habeas Corpus N° 124.306, em que afirma ser inconcebível para um Estado Democrático de Direito obrigar uma mulher a manter uma gestação indesejada, o que violaria a igualdade de gênero, a integridade física e psíquica, bem como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, gerando impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

Nesse sentido, pretende-se evidenciar que descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação não viola o direito à vida de um feto que ainda se quer pode contemplá-la, uma vez que, conforme a biogenética, em sua teoria da formação do sistema nervoso central, não havendo formação do córtex cerebral, ainda não há vida.

Para tanto, o presente artigo terá como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica, cujas bases serão fontes primárias, quais sejam as leis, como o Código penal e a Constituição Federal, e fontes secundárias, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências. O método de abordagem será dedutivo, partindo das teorias e leis para uma especificidade. O material bibliográfico selecionado tem o intuito de proporcionar informações capazes de fundamentar a tese explanada.

A pesquisa desenvolvida fortalecerá o uso do princípio da razoabilidade para descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, em garantia à liberdade de escolha da mulher, uma vez que, em ponderação de princípios, ela é titular de direitos fundamentais frente a uma possibilidade de vida, o feto, que se quer possuiu estímulos neurais.

Assim sendo, a biogenética apresentará sua contribuição a respeito do marco para início da vida, através da teoria do sistema nervoso central, cujo ponto principal para a detecção da vida é a atividade central.

Imperioso destacar que é pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro, que a detecção da morte ocorre pela ausência da atividade cerebral, de forma que ao contrário, porém, não uniformemente aceito, a vida deveria iniciar -se com a formação do sistema nervoso central, momento em que o feto estaria apto a receber os estímulos neurais, sendo, nessa perspectiva, desarrazoada a criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficará evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

Nesse contexto, as reflexões acerca do tema necessitam de mudanças legislativas maduras, que possam abarcar, de forma efetiva, o direito de escolha inerente à mulher quando da continuidade ou não de uma gestação indesejada.

2 Do aborto

Os argumentos para descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação aqui defendida, vinculada ao preceito de inexistência de atividade cerebral, serão baseados em análises a princípios constitucionais e julgado do poder judiciário brasileiro, bem como ao instituto da biogenética, cujos resultados confrontam diretamente a letra da lei que tipifica o crime.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, em seu Título I, Capítulo I, artigos 124 a 126, o crime de aborto é tipificado como crime quando provocado pela gestante ou com o seu consentimento, outrem lhe provoque; bem como quando praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante.

Nesse contexto, as permissivas do aborto serão analisadas a seguir.

2.1 Das Excludentes de Ilcitude: As permissivas do Aborto

O ordenamento jurídico brasileiro, em caráter excepcional, como bem ilustra Jesus (2015), permite duas formas de aborto, o chamado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, do Código Penal, hipótese em

que o médico pratica a conduta, visto não haver outra forma de salvar a vida da gestante, sendo, nessa hipótese, dispensável o seu consentimento. Noutro sim, também não se pune o aborto, em decorrência do mesmo artigo, inciso II, quando praticado por médico, em caso de gravidez decorrente de estupro, precedido necessariamente do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, neste caso, denomina-se também como aborto sentimental ou humanitário.

Preleciona Jesus (2015, p.160 - 161), acerca dos fundamentos do aborto legal:

O aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde.

O CP também permite a prática do aborto no caso de resultar a gravidez de estupro e preceder o consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal (art. 128, II). Se a gravidez é resultante de estupro, crime previsto no art. 213 do CP, o aborto só é permitido em face de prévio consentimento da gestante. É possível, porém, que ela seja incapaz (menor, doente mental etc.). Neste caso, deve estar presente o consentimento de seu representante legal.

O médico deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.). Inexistindo esses meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual. Não é exigida autorização judicial pela norma não incriminadora. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente. Como o tipo não faz nenhuma exigência, as condições da prática abortiva não podem ser alargadas. O consentimento da gestante ou de seu representante legal só é exigível no aborto sentimental. Tratando-se de aborto necessário, previsto no inciso I do art. 128, é perfeitamente dispensável.

Partindo dessa premissa, a questão do aborto será amplamente discutida a seguir.

2.2 Dos Princípios Constitucionais: Dignidade da pessoa humana x Inviolabilidade do direito à vida

O tema aborto é bastante polêmico frente aos princípios constitucionais, portanto, para que possamos iniciar as argumentações sobre sua descriminalização de forma restrita, como logo se verá, necessário se faz

esclarecermos sobre alguns princípios constitucionais. Fato é que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe a prevalência do direito à vida. A constituição Federal de 1988 o elenca em seu título II, artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, conforme Ferreira e Porto (2017, p. 163) “não existe direito absoluto ou mesmo princípio irrefutável [...]. Na maioria das vezes, os princípios e direitos fundamentais encontram seus limites em outros princípios, ou em outros direitos”.

Nesse sentido, Moraes (2016, p. 74, apud FERREIRA; PORTO 2017, p. 164) destaca que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Exatamente a partir dessa premissa, é que se mostra indispensável a ponderação entre princípios e direitos, para que seja possível aqui demonstrar, quanto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está sendo reprimido quando se criminaliza o aborto de forma generalizada. Princípio este previsto expressamente na Carta Magna, em seu artigo 1º, III.

No entendimento de Ferreira e Porto (2017), a dignidade da pessoa humana é considerada o princípio matriz de todos os direitos fundamentais, ela deve ser entendida como um princípio que mantém relação com direitos fundamentais intrínsecos à pessoa, assim como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra, e que, por esse motivo, exige respeito dos demais indivíduos e do Estado.

Trazendo essa premissa ao aborto, verdade é que, a vida somente se concretizará, após o término de todas as etapas de formação do ser humano no

núcleo materno. No entanto, a divergência se encontra no absolutismo dessa vertente e não observância ao outro polo, a figura da mãe, um ser concretamente dotado de vida, que precisa ter tutelado seus direitos fundamentais. É exatamente visando a harmonização desses polos extremos, que a doutrina expressa a impossibilidade de existência de direito absoluto como acima demonstrado. Os princípios e garantias constitucionais se limitam uns pelos outros, pois não são absolutos.

Com isso, demonstra-se a necessidade de ponderação, entre a garantia do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para com a gestante, mulher, ser humano, em pleno exercício de seus direitos, sendo considerada perante lei, igual aos demais; frente ao direito de uma possibilidade de vida, o feto. Ser vivo esse, dotado de vida biológica e potencial vida humana, como logo se depreenderá do instituto da Biogenética. Observa-se que são extremos para os quais não se pode “vendar os olhos” unilateralmente. Importante se faz lembrar que a defesa aqui aludida do aborto não se dá de forma desordenada, é vinculada ao lapso temporal de inexistência de atividade cerebral ao feto carregado pela gestante.

Logo, repete-se, a ponderação a ser feita principiologicamente, ocorre entre uma vida em exercício e uma vida biológica passível de existência futura de vida humana, sob a tese de que até a 12ª semana de gestação, não existe atividade cerebral, logo não existe vida humana.

Sobre o assunto, Robert Alexy, em sua palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), no dia 7 de dezembro de 1998, relata que:

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

Em primeiro lugar, a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica logicamente na imposição de

limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente.

Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos traz ínsita a noção de que estes estão inseridos num ordenamento complexo e plural, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição. Esses dois aspectos conjugados ligam-se à forte propensão dos direitos fundamentais a chocarem-se.

A necessidade de solucionar conflitos de direitos implica, naturalmente, o estabelecimento de restrições recíprocas em sua aplicação. Em situações nas quais certos direitos que seriam, a princípio, aplicáveis, apresentam-se como antagônicos, torna-se necessário promover uma acomodação hermenêutica, devendo um deles ceder parcial ou totalmente, em favor do outro. Dessa forma, a proteção dos direitos não pode ser efetivada mediante “prevalência absoluta ou incondicionada de alguns, mas com a afirmação da vigência debilitada de todos.” (PEREIRA, 2006, p.3)

Nessa concepção, surge o julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF, guardião da Constituição Federal, referente ao Habeas corpus nº 124.306 que será abordado a seguir.

2.3 Do STF - Habeas Corpus nº 124.306: Voto favorável a Interrupção da gestação após a 12ª semana de gestação

O órgão máximo julgador de constitucionalidade no Brasil discutiu o tema aborto através do Habeas Corpus nº 124.306, o qual teve o voto do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio de Melo favorável à interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre.

Em acordo ao preceito defendido pelo Ministro Marco Aurélio (2016), a criminalização do aborto, até o primeiro trimestre ou mesmo até a 12ª semana de gestação, confronta com diversos direitos fundamentais da mulher, dentre eles o princípio da proporcionalidade. Isso porque, a tipicidade da conduta criminosa é uma medida de eficácia frágil para efetivamente proteger os direitos

do nascituro. Pois, na verdade, não causa repreensão significativa do número de abortos que ocorre no país, apenas impede que o seja feito de forma segura.

Outro ponto brilhantemente destacado pelo ministro Marco Aurélio (2016) é a possibilidade de o estado atuar na prevenção da ocorrência de abortos, por meios alternativos à sua criminalização, meios menos lesivos, como a educação sexual, custeio de contraceptivos e auxílio à mulher que deseja ter o filho, mas em condições adversas. Pontua também o Ministro que a criminalização é estritamente desproporcional, uma vez que o ônus social gerado, como problemas de saúde pública e mortes, ultrapassa os benefícios alcançados.

O Ministro Marco Aurélio de Melo (2016, s.p), em seu voto diz ainda:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e 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.

Para o Ministro Marco Aurélio (2016), a criminalização de uma conduta, considerada compatível com a Constituição requer a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento imputado não seja prática legal de um direito fundamental e que decorra proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

Na decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em relação ao Habeas Corpus N° 124.306, o Ministro Marco Aurélio de Melo (2016, s.p), relata que:

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

O Ministro Marco Aurélio (2016) ressalta que a prática do aborto envolve uma multiplicidade de efeitos físicos e morais e nesse sentido, o papel do Estado e da própria sociedade é de oferecer educação sexual, mediante a distribuição de métodos contraceptivos e do suporte àquela mulher que queira ter o bebê e esteja em circunstâncias desfavoráveis. Ele ainda afirma não ser a descriminalização, uma forma de propagar o procedimento, o intuito é que ele seja ocasional e assegurado.

O ministro Marco Aurélio de Melo (2016, s.p), em seu voto no Habeas Corpus N° 124.306, evidencia que:

Passando da teoria à prática, é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

Nessa conjuntura, o Ministro Marco Aurélio, no seu voto no Habeas Corpus n° 124.306 (2016), esclarece acerca da mulher que tem uma gravidez indesejada e não lhe é assegurada sua autonomia, a privacidade e a integridade física. Para ele, a criminalização do aborto nas condições aqui explicitadas, viola a autonomia da mulher, que representa o pivô primordial da liberdade individual, garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana anteriormente tratado. A autonomia significa o gozo do direito de escolha existencial básica, de tomadas de decisões próprias de cunho moral, a respeito dos caminhos da vida individual. A todo ser humano, seja homem ou mulher, é assegurado o direito de privacidade, o qual acolhe os valores, pretensões e interesses de cada um, que não podem ser submetidos à interferência do Estado e da sociedade.

A integridade da mulher é violada também, como bem alude o Ministro Marco Aurélio (2016, s.p), frente aos direitos de integridade psicofísica e psíquica:

O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões

aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. [...] A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

Outros direitos são violados pela criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, como relata o Ministro Marco Aurélio (2016). São coibidos os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o direito dela optar livremente pela escolha da maternidade em tempo que achar adequado, caso opte por ser mãe, sem qualquer discriminação ou imposição. A condição masculina a uma vida sexual ativa e satisfatória é pacificada, já as mulheres ainda sofrem preconceitos e discriminações, fundamentado também, na histórica figura de escolhida para o processo reprodutivo, o que deveria ser motivo para uma proteção ainda mais acentuada e não limitadora.

Por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio (2016) expõe o reflexo negativo da criminalização do aborto, na discriminação social. Mulheres pobres não podem se valer do sistema público de saúde, para realizar o procedimento abortivo, visto a conduta típica de crime, o que impede a realização de procedimento médico seguro. Em consequência, as mulheres recorrem às clínicas clandestinas, onde são submetidas a procedimentos impróprios e indignos que causam lesões, deformações ou mesmo as levam a óbito.

Para o Ministro Marco Aurélio (2016, s.p) “a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis”.

Em voto ao Habeas Corpus Nº 124.306, o Ministro Marco Aurélio (2016) reconhece também o grave problema de saúde pública, acarretado pela criminalização do aborto. Os reflexos da proibição são vistos na verdade não na diminuição de incidência da prática, mas sim na proibição da realização de procedimentos seguros, o que faz com que as mulheres recorram aos abortos realizados de forma clandestina, para interromper uma gravidez indesejada, trazendo complicações de saúde ou mesmo a morte dessas mulheres. A proibição tem hoje grandes dificuldades de se efetivar, visto a diversos

medicamentos utilizados de forma privativa para a prática abortiva, sem nenhum conhecimento do poder público para seu impedimento. Portanto, a criminalização do aborto não atende à proteção do direito à vida do feto.

Para o Ministro Marco Aurélio (2016, s.p): “[...] do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência [...]”.

Em complementação, Bonamigo (2015) aclara o assunto, a partir da exemplificação de um estudo realizado pelo Ministério da Saúde sobre o aborto, o qual aponta que 70% das mulheres que se submetem ao aborto vivem em união estável ou segura, sendo essas usuárias de métodos contraceptivos que por algum motivo falham.

Unido ao discutido acima, a Biogenética contribuirá para elucidar o início da vida, como se verá adiante.

2.4 Da Biogenética: Início da vida após o desenvolvimento do sistema nervoso central

A descriminalização do aborto, aqui defendida, imprescindivelmente, requer análise das principais teorias jurídicas a respeito do surgimento da vida.

Dentre outras, existem duas correntes doutrinárias significativas e antagônicas sobre o surgimento da vida, representadas pela Teoria Conceptionista e a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central.

Como bem conceituam Costa e Júnior (2015), a Teoria Conceptionista, caracteriza como marco inicial da vida humana, a concepção, ou seja, no ato em que o gameta masculino se funde com o gameta feminino, formando o zigoto, neste ser unicelular, já existe vida.

Em crítica a Teoria supracitada, Costa e Júnior (2015) acreditam que o conceito é sim provido de vida, até porque tem sua própria carga genética, mas destaca-se, vida biológica. Portanto, o que se discute é a existência de vida humana. Se elas se equiparassem, o espermatozoide também teria vida humana. Daí surge a crítica quanto ao espermatozoide não ter carga genética completa. Mas tão logo, diversos tecidos do corpo humano possuem carga

genética completa, então, um fígado ao ser transplantado mereceria reconhecimento de vida humana. Mas ora, a exemplo, o fígado, caso eventualmente por culpa ou dolo do transportador do órgão, resulte sua inutilização, a incidência é de crime próprio e não homicídio, portanto o mesmo não possui vida humana.

Em contrapartida, a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, aqui defendida e em consonância ao propósito dos autores Costa e Júnior (2015), retrata que a vida humana somente se inicia com o cérebro humano. Sendo a característica marcante da raça humana a capacidade de raciocinar, que se dá pela evolução do cérebro, sendo lógico concluir, portanto, que a vida humana somente poderia se dar com as primeiras ligações nervosas.

A Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, em consonância com Costa e Júnior (2015), fundamenta-se essencialmente na lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que trata da remoção de órgãos e tecidos para transplantes e terapias. Vertente essa que provem do art. 3º da lei, em que a remoção dos órgãos para doação, é precedida do diagnóstico de morte encefálica, tão somente.

Para prosseguimento da teoria, necessário se faz o estudo a respeito do momento da morte. Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016), promotor de justiça aposentado/SP, mestre em Direito Público, pós-doutorado em ciências da saúde, advogado, reitor da Unorp e membro ad hoc da CONEP/CNS/MS; trata do assunto dizendo que um dos critérios de grande relevância para a seara jurisdicional, quanto ao momento da morte, é a decretação da morte encefálica, que é ausência das funções neurológicas, de maneira irreversível. Pode parecer que é discricionário ao médico estabelecer esse momento, no entanto, existe um critério rigoroso para sua constatação, bem como relata o Promotor, a decretação depende de exames clínicos por mais de um médico, por no mínimo duas vezes em momentos distintos, recomendado ainda, exames complementares.

Esclarece mais, Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016, s.p):

O tronco cerebral, que faz parte do encéfalo, responsável por todas as estruturas nervosas do corpo humano e de suas

funções vitais, como o batimento cardíaco, respiração, sentimento, pressão arterial, pode ser considerado o administrador do grande latifúndio chamado corpo humano. Tanto é que, feito o diagnóstico de morte encefálica, apesar do paciente continuar “vivo”, é considerado legalmente morto. E as nossas legislações seguem rigorosamente o brocardo latino *mors omnia solvit*. Assim é que, a título de exemplo, o artigo 6º do Código Civil é taxativo em afirmar que a existência da pessoa natural termina com a morte e o Código Penal, por sua vez, no artigo 107, inciso I, estabelece que a morte do agente faz extinguir a punibilidade. [...].

Para Costa e Junior (2015), é partindo exatamente dessa premissa, de que a vida humana se encerra com o fim das atividades cerebrais, é que os defensores da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central afirmam que a vida humana, de igual modo, se inicia com a atividade cerebral.

Costa e Júnior (2015) materializam a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central com a comprovação de que a vida biológica pode existir independente de vida humana, tratam-se de institutos distintos, com proteções jurisdicionais específicas. Os autores exemplificam a afirmativa com o caso da americana Trisha Marshal, grávida em 1993, que teve diagnosticada a morte encefálica após ser atingida por um tiro na cabeça, mas o seu corpo foi mantido em funcionamento, a pedido da família, até o nascimento de seu filho, o que assim aconteceu. Em análise desse caso, os autores ratificam o fato de que é possível haver vida biológica em um corpo humano, e o ordenamento jurídico não reconhecer a vida humana neste.

Dois julgados do STF, a serem logo apresentados, são duas grandes fontes jurisdicionais comprobatórias da utilização da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei de Biossegurança, nº 11.105/05, retrata claramente o posicionamento da Suprema Corte, compatível com a teoria aqui defendida.

A ADI 3510, a ser investigada em detalhes, teve ênfase em impugnar, prefacialmente, o artigo 5º da Lei 11.105/05 que traz a seguinte redação:

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.

Em esclarecimento ao processo de fertilização *in vitro* Costa e Júnior (2015, p.132) definem:

[...] Como um procedimento intimamente ligado com as teorias do início da vida, pois se trata de um procedimento artificial de concepção, e dependendo da teoria adotada, mesmo que de maneira não natural, já será um ser dotado de vida humana, gozando, portanto, de toda a proteção constitucional [...]. A técnica de fertilização *in vitro* consiste, basicamente, em coletar os gametas, tanto os femininos como os masculinos, e fecundá-los em um ambiente laboratorial, ou seja, “*in vitro*”, ao contrário do processo natural, no qual a fertilização é feita “*in vita*”, e depois de realizado esse procedimento, o produto da fertilização será transferido para o útero materno, dando continuidade ao processo natural da gestação. (p.312).

Acontece que, para tratativa do surgimento da vida, o preceito da Lei 11.105/05 ora analisado, refere-se, principalmente, aos embriões excedentes à inserção ao plano materno. Como bem esclarecem Costa e Júnior (2015), os embriões excedentes são armazenados em nitrogênio líquido, em temperaturas de -196°C, para uso em novas tentativas de implantação, seja por insucesso na primeira tentativa, seja pela decisão do casal em ter mais filhos. O que facilita o processo, evitando que a mulher seja submetida a novos tratamentos hormonais.

Nesse diapasão, adentra-se ao julgado da ADI 3510 no STF. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta em desfavor da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança). Julgada improcedente depois de reunir 22 especialistas em biogenética para auxílio na incessante descoberta do surgimento da vida, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º, foi reconhecida.

Costa e Júnior (2015) então indagam, posto isso, que se a teoria concepcionista prega exatamente que a vida se inicia na concepção e, uma vez essa teoria sendo adotada, a destruição destes embriões acarretaria a eliminação de uma vida humana, logo, seria cometido um crime contra a vida:

Se for aceita esta teoria, não só as pesquisas com células-tronco devem ser proibidas, como também a FIV, pelo menos da maneira como são feitos hoje, pois ao se armazenar os embriões em nitrogênio líquido, eles estão mantendo “seres humanos” em uma espécie de “crio prisão”. Seria digno manter um “ser humano” congelado? Uma vez adotada esta teoria, é possível afirmar, categoricamente, que não, pois isto seria reduzir o “homem” à condição de objeto (COSTA; JUNIOR, 2015, p.315).

Em relação à ADPF 54, que trata da Anencefalia, Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016) afirma que a mesma se orientou exatamente pela vertente da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, no momento em que decidiu, por maioria de votos, pela legalização de aborto de feto anencéfalo, aquele desprovido do encéfalo e da calota craniana. Sendo importante acrescentar que, nesses casos, não se pode pretender a doação de órgãos desses fetos, visto a desarrazoabilidade em obrigar a mulher, a manter a gravidez para esse fim. Imperioso se ressaltar que, um ato ilícito praticado a um ser humano com decreto de morte encefálica, não recairia em crime contra pessoa, e sim eventualmente, em vilipêndio ao cadáver.

Derradeiramente, fica comprovada a fática teoria utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nesses julgados. A ADPF 54 legaliza o aborto de um ser desprovido de atividade cerebral.

[...]. Note que se trata de um feto fecundado e nidado, mas não lhe foi reconhecida vida humana, pelo fato de não possuir cérebro. O produto da concepção se desenvolveu chegando a possuir o corpo praticamente idêntico ao de qualquer ser humano nesta fase de seu desenvolvimento. Mas somente o corpo desenvolvido não é o suficiente para que se tenha vida humana (COSTA; JUNIOR, 2015, p.324 - 325).

Por fim, é absolutamente respaldada, a afirmação de que a vida se inicia com o surgimento da atividade cerebral, até porque já pacificado e jurisdicionado, ela se encerra com a inexistência dessa atividade, bem como por todos os

pontos aqui tratados, principalmente pela atuação do Poder Judiciário que a contempla de forma camuflada.

3 Conclusão

A constatação desse artigo foi pela viabilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, embasada cientificamente na teoria da formação do sistema nervoso central, bem como fundamentada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 124.306, abrindo precedentes para a retomada do assunto no campo legislativo nacional.

O objetivo era analisar a compatibilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação frente aos princípios constitucionais, em especial, ao da Dignidade da pessoa humana e do direito à vida, partindo da decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em relação ao Habeas Corpus Nº 124.306.

Nesse sentido, tendo como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica e documental, bem como a abordagem dedutiva, foram analisadas e expostas várias doutrinas, as quais coadunam com a hipótese aqui apresentada qual seja demonstrar que descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação não viola o direito à vida de um feto que ainda se quer pode contemplá-la, uma vez que, conforme a teoria da formação do sistema nervoso central, ainda não há formação do córtex cerebral.

Fato é que, para se detectar a morte de um ser humano, torna-se necessária a falência cerebral, de modo claro, ao inverso, a vida só seria possível com a formação cerebral.

Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficou evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

Nesse contexto, as reflexões acerca do tema encontram grande obstáculo frente a questões religiosas, postergando mudanças legislativas maduras e eficientes, que possam abarcar, de forma efetiva, o direito de escolha inerente à mulher quando da continuidade ou não de uma gestação indesejada.

A pesquisa chegou ao fim, tendo como intuito a abertura para possibilidades futuras de enquadramento ao ordenamento jurídico brasileiro do tema ora defendido.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) em 07.dez.1998.

BONAMIGO, Elcio Luiz. **Manual de bioética: teoria e prática**. 3. Ed. São Paulo: All Print Editora, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 25 mar.2018.

COSTA, Raphael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias Jurídicas a cerca do início da vida humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249165,81042A+lei+e+a+morte+enc> efalica. Acesso em: 15 mar. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz C. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca amargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins, 2009.

FERREIRA, Clécia Lima; PORTO, Carolina Silva. Eutanásia: Uma reflexão acerca do homicídio piedoso. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. ano 5, n 10,Jul\Dez.2017.

JESUS, Damásio de . **Direito penal, 2º volume**: parte especial ; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 35ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, relator no Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília, ano 1, 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, acesso: 01 set.2017.