



O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA CONTRA O ABORTO

Laís de Oliveira Cardoso dos SANTOS¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

Resumo: O presente artigo tem o intuito de gerar uma reflexão acerca dos valores constitucionais estabelecendo uma análise sobre a excelência do direito fundamental à vida e uma breve vistoria no que diz respeito a legislação penal vigente e o que declaram os Tratados Internacionais quanto ao crime do aborto. Também foram alvo de pesquisa e análise cada teoria fundamentada na busca de estabelecer o marco inicial do que considera-se como vida correlacionado ao nascituro e seus direitos. Além de resgatar através da história da humanidade em sua totalidade, todo o histórico envolvendo o tema aborto e sua problemática incluindo as legislações e práticas adotadas para proceder no tocante a quem praticasse o tal ato.

Palavras-chave: Vida. Aborto. Nascituro. Constituição. Jurisprudência.

1. Introdução:

O presente trabalho é uma apreciação acadêmica sobre o direito à vida digna dentro do que estabelece a Constituição Federal de 1988. No primeiro capítulo foram feitas algumas considerações sobre a relação do direito à vida digna do qual decorrem os direitos da personalidade, como intimidade, privacidade, honra e imagem, entre outros que também estão no Código Civil.

No capítulo seguinte foram reveladas às várias teorias que buscam definir o início da vida, sendo que a escolha de uma delas é importante para definir o recorte temático abordado.

O quarto capítulo abordou o aborto, pois a vida como direito fundamental na Constituição ou direito humano presentes nos tratados apresenta

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. laís_oliveirasantos@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). e-mail sergio@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

como característica não ser absoluto. Além do abordo, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, além do estado de necessidade podem mitigar o direito à vida digna. Aliás, a dignidade é importante e também um dos motivos para fazer um aborto no caso de estupro, impedindo que a mãe vitimada pela violência perca a sua dignidade. Em seguida, utilizou-se o método histórico para fazer um relato sobre o instituto do aborto nas variadas legislações infra-constitucionais brasileiras até alcançar os atuais dispositivos do Código Penal que foram recepcionados pela Constituição Federal de 1998.

Os tratados internacionais de direitos humanos que tratam do tema também foram visitados e as conclusões estão em capítulo próprio, que apresentam o entendimento aferido dentro da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A partir dos direitos estabelecidos na Constituição Federal busca-se entender o direito à vida, fato jurídico inicial, a partir do qual surgem os direitos da personalidade seriam aqueles inerentes à pessoa humana, sendo que a preservação deles busca a proteção à vida, mas não apenas isso, especialmente, da dignidade da pessoa humana.

Segundo o civilista Orlando Gomes (1999, p.11) “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.

Os direitos da personalidade são todos os direitos fundamentais ou humanos para a realização da personalidade e para sua introdução nas relações jurídicas. Os direitos da personalidade são individuais. São aqueles que os indivíduos têm para proteger o que é seu, como: a vida, a liberdade, a intimidade, a integridade, a sociabilidade, a privacidade, a honra, a imagem, a autoria e outros. A grande maioria dos direitos depende da vida.

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos”.(CHAPLIN,Charles).Deste modo, um dos mais importantes artistas que já passou pela nossa sociedade, definiria o seu conceito em relação ao que se é entendido como vida.

Já de acordo com o dicionário online Michaelis, a palavra vida é definida como:

“1. Atividade interna substancial por meio da qual atua o ser onde ela existe; estado de atividade imanente dos seres organizados. 2. Duração das coisas; existência. 3. União da alma com o corpo. 4. Espaço de tempo compreendido entre o nascimento e a morte do ser humano. 5. Espaço de tempo em que se mantém a organização dos seres vivos. 6. Animação em composições literárias ou artísticas. 7. Maneira de viver no tocante à fortuna ou desgracia de uma pessoa ou às comodidades ou incomodidades com que vive. 8. Estado da alma depois da morte. 9. Ocupação, emprego, profissão. 10. Alimentação, subsistência, sustento, passadio. 11. Condições para viver e durar; vitalidade”.

Todavia, mais importante do que o conceito de vida é interessante que se estabeleça qual o seu valor jurídico, afinal o que seria do ser humano caso não lhe fosse protegido o maior de seus patrimônios naturais que é a vida em sua totalidade numa sociedade democrática.

Visando esta questão foi previsto no artigo 5º da nossa Constituição Federal como um dos direitos fundamentais, o direito à vida dessa forma o tornando um direito inviolável. Considerando a hierarquia de normas e mais especificamente a icônica pirâmide de Hans Kelsen para fundamentar e de certa forma ilustrar o que foi dito, temos a Constituição Federal como o instrumento que valida todas as demais normas do sistema, logo nenhuma norma do ordenamento jurídico pode se opor à ela. A lei suprema estabelece a prevalência da vida digna e partir dela assegura direitos.

No entanto, há manifestações em prol da liberação do aborto. Os movimentos como palestras e passeatas pró aborto estão em ascensão no Brasil e no mundo exigindo a descriminalização de tal ato.

Visando toda essa realidade compreendida entre prós e contras de um assunto já previsto na legislação vigente, o presente trabalho procura estabelecer uma análise sobre a importância dos bens jurídicos tutelados na nossa Constituição, dando destaque ao direito fundamental à vida.

3 O INÍCIO DA VIDA

Entende-se a importância de analisar o marco inicial do que se considera como vida e em decorrência desse fato, em qual ponto a pessoa recebe proteção constitucional para exercer à sua dignidade. Visto que a vida é um direito fundamental ou humano quando nos tratados, além dos deveres constitucionais que cabem ao Estado dispor, busca-se definir as definições do início da vida e depois as maneiras para sua proteção, já sabendo que não se trata de um direito absoluto. E é sobre isso que o presente item se segue.

Temos previsto no artigo 2º do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) que:

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

Portanto, fica clara a escolha do legislador ordinário que estabeleceu o início da personalidade atrelado ao nascimento com vida. No entanto, o termo "nascituro" refere-se aquele que já está concebido mas seu nascimento é pendente devido o tempo habitual que leva uma gestação. No entanto, os direitos desse "embrião" estão assegurados.

Já o termo "concepção" refere-se ao momento em que o embrião passa a ter determinadas características biológicas que o identifiquem como pessoa.

A partir dessas definições pode-se estabelecer um nexos entre o direito Civil e sua legislação vigente com as diversas teorias que discorrem à respeito do que é considerado como o início da vida.

A personalidade é o primeiro bem da pessoa, até os nascituros (dentro do ventre materno) detém os direitos da personalidade (como a vida, incolumidade física, moral, honra) desde sempre. Porém, os direitos patrimoniais estão condicionados ao nascimento com vida. No artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos no que lhe diz respeito (UNESCO, 1948), declara: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques" .

Segundo Fachin (1999, p.28) os direitos da personalidade são direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina

moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, com direitos limitados, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

3 AS TEORIAS SOBRE A VIDA

Essa teoria tem como característica principal o fato de defender que o nascituro não é considerado pessoa detentora de quaisquer de seus direitos. Fundamentando-se no que o Código Civil dispõe acerca da necessidade do nascimento com vida para que se possa obter a personalidade civil.

O questionamento que essa teoria trás em relação a concepção seria que, ao afirmar que o nascituro não é um ser humano logo o coloca na posição de um objeto, negando ademais seus direitos fundamentais tais como a integridade, honra e a tão “invulnerável” vida.

De acordo com a teoria nidacionista a vida inicia-se a partir do momento em que o zigoto nida na parede do útero materno, uma vez que esse é o ambiente propício para seu pleno desenvolvimento.

Isto significa que, assim que o embrião se encontra em condições favoráveis para que se desenvolva, este é considerado um ser vivo detentor de seus direitos tal como toda a proteção jurídica de que lhe é favorável.

A teoria da personalidade condicional como o próprio nome sugere, implica uma condição suspensiva para que o nascituro seja considerado como pessoa detentora de seus direitos, que seria o seu nascimento com vida.

O artigo 121 do Código Civil de 2002 prevê a condição suspensiva como:

“Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

Em vista disso, a condição suspensiva subordina a eficácia de um negócio ou ato jurídico a um evento futuro provido de incerteza, tal como o

nascimento com vida. O nascituro seria portanto titular de um direito eventual (aquele protegido por lei que ainda não foi cumprido com todos os elementos da norma jurídica).

A problemática implicada aqui situa-se justamente no fato de impor uma condição aos direitos existenciais dos nascituros onde, é mister que os direitos de personalidade que culminam aqui nos direitos fundamentais, não podem em grau nenhum serem submetidos a quaisquer que sejam as condições.

Os adeptos dessa teoria, em sua maioria neurocientistas partem da asserção acerca do que se é sabido sobre a morte encefálica, visto que, se esse fator (onde ocorre a parada total da atividade funcional cerebral) determina morte, logo também pode estabelecer o conceito de vida.

Em outras palavras, após algumas semanas de gestação ocorre uma aceleração no desenvolvimento do zigoto, que passa a ter vestígios da formação de órgãos com destaque para o cérebro e todo o sistema nervoso.

A presente teoria também dá ênfase para o fato de que o sistema nervoso está em sua totalidade associado ao sentimento de dor.

E então é chegado a tão insigne teoria concepcionista, defendida por figuras notáveis como o ilustre jurista, professor e filósofo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, além da ilustríssima professora e autora jurídica Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pampola Filho, dentre outros.

Sendo o oposto da Teoria Natalista, baseando-se na segunda parte do artigo 2º do Código Civil onde põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a presente teoria assume a posição de que o nascituro passa a ter sua personalidade civil desde a concepção, sem a necessidade de quaisquer circunstancia para se consumir como o nascimento.

Silmara June Chinelato e Almeida reconhece o artigo 2º do Código Civil como fundamentação da teoria concepcionista quando cita:

“A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie por inaplicável, a regra de hermenêutica excepciones sunt strictissimaeinterpretationis. Reitera nosso modo de ver quanto à não taxatividade dos direitos reconhecidos ao

concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistente no texto do art. 4º, que ao contrário, refere-se genericamente a 'direitos do nascituro'.(2000,p .255.)”

A teoria chega a um determinado ponto em sua abrangência onde não só estende os direitos ao nascituro, como também trás direitos da personalidade tais como: direito ao nome, sepultura e imagem, para aquele que em termos jurídicos é chamado natimorto (nasce morto). Uma vez que, sendo a personalidade não condicionada como a capacidade, por não depender do nascimento, esta já é postulada desde a concepção

O Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer ao nascituro o direito á reparação do dano moral, acabou por acolher a teoria concepcionista no que tange o nascituro ter direitos á personalidade já na concepção.O Recurso Especial n. 399.028, de São Paulo, onde foi reconhecido dano moral ao nascituro pela morte do genitor, salienta o fato de que a devida morte ocorreu em momento anterior ao seu nascimento.

Do escólio jurisprudencial da Corte da Cidadania se extrai:

“Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do quantum. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e

retardamento da solução jurisdicional (STJ, REsp 399.028/SP - grifou-se).”

À vista disso, no que concerne o Judiciário brasileiro, levando em consideração outros diversos julgados que aplicam a presente tese, pode-se afirmar que sua aplicação é quase majoritária.

Outra lei que manuseia a teoria concepcionista seria a Lei nº 11.804/2008 de Alimentos Gravídicos, que disciplina a possibilidade do pagamento de pensão por parte do genitor paterno para arcar com os gastos relacionados à alimentação do nascituro, logo o mesmo passa à ter direito de receber alimento antes do nascimento visto que esse direito alimentício não é da mãe, cabendo à ela apenas pleitear tal direito representando o nascituro. Um direito que ajuda à vida, pois o direito à alimentação acaba por assegurar o desenvolvimento da criança ainda dentro da barriga da mulher.

4 SOBRE O ABORTO: ESCORSO HISTÓRICO

Etimologicamente a palavra “aborto” significa a interrupção de uma gravidez resultante da remoção do feto. Logo o termo “ab-ortus” constrói a idéia de privar do nascimento, visto que “ab” significa privação e “ortus” nascimento. Onde do latim o termo “aboriri” equivale a “separar do lugar adequado”.

De acordo com dados acerca da quantidade de abortos por gestação aproximadamente 20% terminam em aborto devido anomalias cromossômicas. Quando o aborto ocorre até a 12ª semana ele é denominado aborto precoce, cerca de 80% dos abortos são precoces. E a partir da 12ª semana de gestação ele é denominado aborto tardio..

O aborto espontâneo seria o caso mais comum entre as gestantes independente da idade, caracterizando-se pela perda involuntária do feto no período de até a 20ª semana de gestação, sendo a sua causa, em grande parte dos casos indeterminada.

A execução do aborto já era documentada nas antigas sociedades orientais entre 2737 e 2696 a.C, o imperador Chinês Shen Nung escreve a receita de um abortífero oral contendo mercúrio em meados da mesma época. Porém com os riscos resultantes da ingestão de substâncias prejudiciais à saúde da mãe, fez-se

comum o infanticídio por parte das progenitoras uma vez que a criança não se encontrava mais em seu interior. Quando os navegadores portugueses atracaram no Japão em meados do século XVI, se horrorizaram com a facilidade em que as mães japonesas matavam seus recém-nascidos sem qualquer pudor ou culpa.

Já na Pérsia o chamado “Zen Avesta”, que consistia no código de conduta pérsio que submetia a população da época, a questão do aborto era compreendida como ilícita e não só a mulher, como também seus pais, eram responsabilizados pelo ato. Através da execração pública e por conseguinte a execução, como discorre o seguinte fragmento:

“Se a jovem, por vergonha do mundo, destrói o seu gérmen, pai e mãe são ambos culpados; pai e mãe partilharam do delito; pai e mãe serão punidos com a morte infamante” (MATIELO, Fabrício Zamprogna. Aborto e o Direito Penal. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996. p. 13).

Sabe-se que, tanto na Grécia quanto na Roma Antiga o feto era considerado parte do corpo da mãe, com a cultura acerca do Pater Familiaee, o feto passava a ser propriedade do marido assim como a mulher, logo o aborto só seria permitido caso ocorresse a autorização por parte do pai.

Filósofos como Platão e Aristóteles, eram defensores da prática para fins de controle por parte da população das cidades gregas, diminuindo os índices de fome e pobreza. Platão ainda defendia que as mulheres com mais de 40 anos de idade fossem obrigadas a executar o aborto, visto que assim manteria a “pureza” da raça de guerreiros gregos.

Todavia, a Bíblia Sagrada em suas escrituras discorre sobre o tema condenando a prática desde os primórdios, como escrito no livro de Êxodo 21:22,23:

“Se alguns homens renhirem, e um deles ferir mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se o desfecho desta situação for a morte dela, dará vida por vida. Olho por olho, dente por dente, pé por pé.

Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura”.

Neste enfático capítulo das escrituras de êxodo é possível identificar claramente o nascituro como sendo um ser humano digno de proteção. Logo todo israelita sabia que o nascituro era um ser humano detentor de seus direitos e personalidade a partir do incontestável mandamento “Não matarás” (êxodo 20:13).

Assim os termos feto e embrião seriam compatíveis com criança e/ou adolescente partindo da premissa que essas são apenas fases de um ser humano em seu desenvolvimento e não corpos sem direitos, proteção e ainda personalidade

4.1 A Legislação Brasileira e o Aborto

Aborda-se a questão do aborto não apenas na perspectiva do direito penal, mas como um fenômeno social e muito ligados às políticas de saúde pública. Darnival Brandão, ginecologista e obstetra, membro da Academia Fluminense de Medicina, detalha que:

“no ato sexual, a união dos gametas humanos com a fertilização do óvulo pelo espermatozóide, gera um novo ser da espécie, um embrião humano, nesta fase inicial denominado zigoto. A vida humana biologicamente é originada quando, na união dos gametas humanos, se estabelece um novo genoma especificamente humano, único e irrepetível. É o embrião humano, e não mais espermatozóide ou óvulo. Desde então é um ser humano completo no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe será acrescentado após a concepção. Todo ele já está previsto e contido no seu genoma. Há um novo sistema de informações genéticas/moleculares independentes, operando em unidade, com uma individualidade biológica e identidade humana”(p. 570-571).

O estudo acima é de extrema relevância pois distingue qualquer célula do corpo humano, do próprio embrião no momento exato da concepção, visto que toda a sua essência esta prevista e contida dentro do genoma. Isso o torna um ser humano novo, titular de seus direitos, ainda que dependa de terceiros. E é nessa mesma ótica que a legislação brasileira trata a problemática do aborto, na própria

Constituição Federal de 1988 quando garante “a inviolabilidade do direito á vida” como um dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º.

Nesse sentido, e visando uma questão pertinente á quando especificamente essa proteção começa a valer, o jurista e professor Paulo Gustavo Gonet Branco autor do Direito Constitucional Nacional, escreve:

“o elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção (...). O nascituro é um ser humano. (...) um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do homo sapiens. Isso é o bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie homo sapiens“. (Curso de Direito Constitucional, 2017, p. 258-259).

Contudo, abstraindo as afirmações feitas pelos doutrinadores constitucionalistas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição Federal omissa sobre o momento que marca o início da vida. Logo cabe aos Tratados Internacionais e as Leis Nacionais, cujo caráter infraconstitucional permite decidir acerca do momento em que a proteção jurídica do direito á vida passa a valer.

5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A JURISPRUDÊNCIA

Com o final da Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades cometidas pelos sistemas nazista, fascista e nipônico, cresceu a preocupação com a vida. Nasceu com a Carta de São Francisco a Organização das Nações Unidas, que, depois trouxe a Declaração Universal dos Direitos do Homem, buscando assegurar o direito à vida do gênero humana. Toda a violência devida o preconceito de raça, cor, etnia e origem de vida, serviu para impactar ordem Jurídica Mundial que passou a defender direitos por meios de tratados de direitos humanos.

Nesse rumo, surge a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, publicada pela Organização das Nações Unidas de 1948, que anuncia no seu artigo 1º que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Esse documento segundo Norberto Bobbio marca a terceira dimensão de direitos

cujos os titulares são o gênero humano. São direitos humanos de fraternidade ou solidariedade que estarão previstos nos tratados e não mais nas Constituições, mas que dependem do direito à vida digna;

Convém citar o estudo feito por Norberto Bobbio (1992, p. 30), “Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. Mas, existem outros tratados.

Temos no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente que:

“Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento"; (DECRETO No 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990).”

Onde claramente é possível identificar a preocupação da norma acerca da vida da criança ainda no momento da concepção, admitindo assim a necessidade acerca da tutela da vida intra-uterina.

A partir da Convenção Americana de Direitos Humanos cognominada Pacto de São José da Costa Rica, onde no seu artigo 4º trata acerca do direito à vida em seu parágrafo I:

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.(CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) (1969)* (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)”

Acaba por admitir o momento exato em que o nascituro passa a ser pessoa humana detentora de seus direitos e protegida pela norma que lhe assegura. E como assentou a Suprema Corte no regime de Repercussão Geral os Tratados Internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados pelo Congresso na forma prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem status infraconstitucional não podendo ser contrariados ou alterados por qualquer Lei

Nacional. Dessa forma uma Lei Nacional, hoje, não poderia revogar ou restringir a tutela da vida para apenas o nascimento.

6 O ABORTO NOS CÓDIGOS PENAIS

A datar de 1830, com a criação do Código Penal do Império o aborto passou a ser criminalizado no Brasil, todavia no caso de o crime ser praticado pela própria mãe não se imputava a pena.

Posteriormente, no Código Penal Republicano de 1890 o auto-aborto também passa a ser criminalizado, porém sua pena é atenuada caso a finalidade da mãe tenha sido para ocultar a própria desonra em relação ao julgamento social afunilado pelo pensamento da época. O devido Código também apresenta em seus artigos 300 á 302 a hipótese de aborto legal em caso de complicação que encadeasse na morte da gestante.

Atualmente o crime de aborto é tipificado na parte especial, no capítulo I - Crimes contra a vida, nos artigos 124 á 128 do Código Penal 1940. Onde o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina e o nascimento com vida, ele também prevê, respectivamente: O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

O aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O aborto necessário

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

E por fim o aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Os presentes artigos da legislação penal vigente apenas evidenciam o quão repugnante, covarde e sem propósito é o crime de aborto, caso não seja justificado pelo estupro da gestante, com ordem judicial e consumado por um médico legal, ou em ocorrência de graves complicações que coloquem em risco a vida da gestante. Médicos quando se formam juram perante todos os presentes:

“(...) não usarei os meus conhecimentos médicos para violar direitos humanos e liberdades civis, mesmo sob ameaça; faço estas promessas solenemente, livremente e sob palavra de honra.”

Dessa forma, quando ocorre um aborto em prol da mãe em decorrência de qualquer complicação que lhe ameace a vida, o médico em questão está priorizando a vida da mãe.

Porém quando o aborto ocorre estando a mãe saudável e da mesma forma o feto, então nenhuma vida está sendo priorizada, e sim encerrada sem qualquer justificativa biológica.

CONCLUSÃO

O direito à vida não é um direito absoluto, pois a legislação penal permite o chamado aborto em dois casos, sendo um de estupro e outro de risco da mãe na gestação. A finalidade é assegurar no caso de estupro de que a mulher tenha uma vida digna no seu convívio na sociedade. Visando todo o conteúdo apresentado e discutido acerca do contexto em que está inserido o crime do aborto e sua problemática, concluiu-se que a tutela da vida humana intra-uterina seria o resultado de tudo o que entendemos como os valores constitucionais reconhecidos na legislação vigente e nos tratados Internacionais de direitos humanos. Onde, o crime de aborto configuraria, fora dos casos legais, absoluta ofensa ao principal direito fundamental de todo o ser humano, a vida.

Logo percebe-se o impacto que a devida tutela intra-uterina causa no tocante a redução dos números de abortos praticados, visto que nos países onde o aborto foi permitido por lei os índices apenas cresceram. Como é o caso dos EUA onde, a partir de 1970, quando o aborto foi permitido no estado de Nova Iorque, os índices marcaram cerca de 190 mil e em 1973, apenas três anos depois, a marca passara dos trágicos 615 mil mortes.

Estes índices são a prova viva do poder que uma lei detém, no caso, para amparar o assassinato de crianças inocentes em desenvolvimento. Um índice que avulta em decorrência das mortes destas crianças, de modo algum deve ser considerado como um "avanço da sociedade moderna" e sim um retrocesso, visto que não beneficia sociedade alguma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara June Chinelato e. Tutela civil do nascituro São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Dignidade da pessoa humana**. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Revista do Instituto Municipal

de Ensino Superior de Assis – IMESA. Disponível em:
<<https://www.fema.edu.br/images/revistavale/revista9.pdf>>. Acesso em: 21 agosto.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **A transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 61, p. 30-48, out. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

Bíblia, Êxodo, Capítulo 21, versículos 22 a 23.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARBONIERI, F. Novo Juramento do Médico. [online] Academia médica. Disponível em <<https://academiamedica.com.br/blog/novo-juramento-do-medico>>. Acesso em: 21/08/2020.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. A Tutela jurídica do nascituro. São Paulo: Ltr, 2000.

De Paulo, Antônio – organização. Pequeno Dicionário Jurídico, Ed. DP&A, Rio de Janeiro. 2002.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Humano. **Site da UNESCO**. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 22 agosto 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.); et alii. Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____, **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. SP: Saraiva.

- _____, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: V. 1. Parte Geral. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *apud* GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HAVEL, Václav. **O tribunal da humanidade**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz28069808.htm>>. Acesso em: 21 abril 2020.

KANT, I. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011.

_____, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 399.028 São Paulo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 26 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=2002...>