

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

JORDAN REIS DA SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO QUE IMPEDE
DECISÃO JUDICIAL AUTORIZANDO ANTECIPAÇÃO
TERAPÊUTICA**

VOLTA REDONDA

2018

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO QUE IMPEDE
DECISÃO JUDICIAL AUTORIZANDO ANTECIPAÇÃO
TERAPÊUTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Jordan Reis da Silva

Professora Orientadora:

Ma. Marise Baptista Fiorenzano
Henrichs

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Dispensabilidade civil de execução que impede decisão judicial autorizando antecipação terapêutica

Elaborado por Adnan Reis da Silva apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 19 de junho de 2018

Banca Avaliadora:

Raíse Baptista Sidonizomo Benichs

Professor Orientador - Unifoa

Indufer

Professor Avaliador - Unifoa

Elaine Regina Roberto

Professor Avaliador - Unifoa

À Deus, à minha família, aos amigos, à minha orientadora e a todos os profissionais do Unifoa que de certa forma estiveram envolvidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me acompanhar e proteger em todos os momentos que mais necessitei de sua presença, em especial a Nossa Senhora da Aparecida, a qual eu sou devoto e acredito em sua fé.

Aos meus pais, Ione e Adalberto, os quais me deram a vida e os ensinamentos que carrego comigo e aplico em meu dia a dia, que sempre fizeram o possível e o impossível para concretizar meus sonhos, me fortaleceram nos meus momentos mais frágeis, além de darem força para eu continuar firme e forte em minha jornada, sendo os meus exemplos de garra e determinação.

À minha irmã, Marinalva, a qual admiro muito e tenho um carinho especial por sua cumplicidade e lealdade em todos os momentos.

À minha professora orientadora Ma. Marise Baptista Fiorenzano Henrichs pela paciência, cuidado, atenção e por todo o conhecimento adquirido ao longo desse tempo de convivência.

RESUMO

Uma das questões que atualmente geram conflitos para o operador do direito é a hipótese de antecipação terapêutica de fetos portadores de anomalias, as quais geram malformações tornando inviável a vida extrauterina. Diante disso, os pais vêm recorrendo cada vez mais ao Judiciário em busca da autorização desta prática abortiva, tendo como fundamento do pedido a ADPF nº 54, que autoriza o aborto anencéfalo. Ocorre que, em razão dessa permissão terceiros insurgem para impedir tal ato, o que vem a gerar danos às vítimas deste impedimento. E como é sabido há a impossibilidade de compatibilização entre o direito à saúde e bem estar dos pais com o direito à vida do feto. Desta forma surge-se a necessidade de compreender quais são os limites deste intercessor, e se este incorreria em uma responsabilidade civil por abusar de seu direito de ação ao impetrar mandado de segurança que impede a intervenção.

Palavra-chave: Antecipação Terapêutica; Abuso do Direito; Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil	16
3 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO ABUSO DO DIREITO	19
4 EXCLUDENTES DE ILICITUDE	22
5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À VIDA	27
6 EVOLUÇÃO DO ABORTO	30
6.1 Espécies de Aborto	32
6.2 Antecipação Terapêutica x Aborto Eugênico	34
7 ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA.....	38
8 CONCLUSÃO	47
9 BIBLIOGRAFIA	49

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe trazer reflexões sobre decisões judiciais que autorizam a antecipação terapêutica de fetos com malformações genéticas, uma vez que tal situação gera inviabilidade de vida extrauterina, e a responsabilidade civil de terceiros diante do impedimento desta decisão.

Analisando que quando se tem uma decisão que garante a intervenção terapêutica, já que a probabilidade de vida de um feto com determinada síndrome ou anomalia fora do útero é mínima de existência, nasce para os pais o direito de optar por esta intervenção e conseqüentemente, diminuir qualquer prejuízo emocional, respaldando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que vela pelo respeito e pela proteção da integridade física e emocional (psíquica) do indivíduo.

Por outro lado, embora o Estado seja laico, sabe-se que a religião tem uma grande influência na forma de pensar da sociedade, influenciando significativamente em sua cultura. Assim sendo, em determinados casos, é possível perceber autoridades religiosas posicionar-se contra qualquer intervenção que venha retirar a vida de um ser, interferindo com base, no que acredita e ensina. Utilizando-se como fundamento o exercício regular do seu direito, que importa em uma excludente de ilicitude, pois acredita estar agindo dentro dos parâmetros legais. Resta saber se a intervenção deste terceiro contra uma decisão que garante a intervenção terapêutica estaria incorrendo por abuso do direito e se é passível de indenização.

Perante essa situação surge a discussão se essa intervenção configuraria um abuso do direito resultando assim em uma obrigação de indenizar, já que este terceiro estaria violando direitos inerentes aos pais, causando assim danos aos mesmos. Porém em alguns casos, a lei considera, ainda que a conduta de um agente venha a causar um dano a outrem não haverá obrigação de indenizar, para isso é necessário estar amparado por um interesse jurídico-social.

Deste modo, far-se-á necessário ponderar os princípios jurídicos fundamentais, como o direito à vida do feto em contraponto com o direito de autodeterminação dos pais frente à questão, utilizando-se a dignidade da pessoa humana, que é um princípio, que no plano axiológico, serve como balizador de todos os demais princípios e direitos fundamentais que regem nossa sociedade.

À vista disso, discussões envolvendo se uma vida deve existir ou não trazem à tona uma série de questionamentos e conflitos, ainda mais quando há essas interferências de terceiros.

Diante disso, quando de um lado da relação tem-se um sujeito que tenta intervir com o intuito de zelar pela vida acreditando em suas crenças, ideologias, dogmas e amparado em seu exercício regular de um direito e do outro lado têm aqueles que são os responsáveis por zelar por esta vida, podendo com base em princípios e garantias constitucionais buscar a melhor solução para determinada situação a fim de evitar um maior sofrimento.

Nesse contexto, pode-se ressaltar a tamanha relevância que acompanha este tema, o que se torna extremamente importante o estudo dessa relação e conseqüentemente seus efeitos e limites.

Pretende-se, ainda, com este trabalho, analisar decisões que servem como base para o caso em tela, na tentativa de vislumbrar, mesmo que de forma modesta, possível solução para a questão.

Com o referido objetivo, o presente trabalho parte de uma estrutura de seis capítulos, buscando-se, inicialmente, tratar das considerações iniciais da responsabilidade civil, no que tange às relações jurídicas, os seus conceitos, espécies, sua evolução e concepção no ordenamento jurídico. Além de seus pressupostos para que configure tal estado de obrigação de indenizar.

Sequencialmente, no segundo capítulo tratar-se-á das noções e conceitos deste dever de reparar um dano decorrente do abuso do direito, aonde nesse o sujeito parte de uma conduta lícita, mas que vem a exorbitar os

limites impostos na sociedade não sendo nem necessário para a vítima demonstrar o elemento culpa do autor.

Adiante, no terceiro capítulo, serão tratadas as espécies de excludente de ilicitude, que são utilizadas como matéria de defesa e alegadas na ação indenizatória pelo agente causador do dano, afastando assim a sua obrigação de indenizar.

No quarto capítulo, apresentar-se-á a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, analisando a questão da interrupção de gestação de fetos com má formação à luz desses direitos e princípios fundamentais, que servem para compreensão do caso em tela.

Posteriormente, no quinto capítulo busca-se observar a evolução de práticas abortivas, no que tange aos fetos com má formação. Além da necessidade de compreender as espécies de abortos que são apresentadas no Código Penal Brasileiro, e a distinção entre a expressão “antecipação terapêutica” com aborto eugênico, uma vez que cada uma dessas situações possuem efeitos e amparos legais diversos.

Por fim, no sexto capítulo, relevam-se as questões sócio jurídicas quanto à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que legitima o aborto de fetos anencéfalos e, analogicamente, aplica-se às outras anomalias de mesmo efeito, qual seja, a inviabilidade de vida extrauterina, bem como o posicionamento do Tribunal brasileiro frente ao caso que serviu como base para o trabalho.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão Responsabilidade, a partir do século XIX, passou a ter um uso constante, porém sua noção é bem antiga, visto que já existia desde a jurisprudência romana. O seu significado vem do latim *respondere*, de *spondeo*, o que significa garantir, responder por alguém, prometer. É possível de se ver a aplicação deste conceito no Direito Quiritário, onde o devedor se obrigava perante o credor, nos contratos verbais, respondendo à sua indagação com a palavra *spondeo* (prometo).

Embora alguns pensem que o termo Responsabilidade está ligado estritamente ao campo jurídico, a expressão é utilizada em várias outras áreas, como por exemplo, no campo da moral, além de ser considerada pela Religião e pelas regras de trato social. E seu conceito varia de acordo com o contexto, no qual foi empregado, por isto o termo responsabilidade, a princípio não se vincula a ideia de compensar um prejuízo causado a uma pessoa (NADER, 2016).

Já sob a égide do Direito Civil, a ideia de responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, no que tange ao dever de reparar um dano, quando uma conduta humana vem a causar uma lesão a outrem. Estando essa conduta vinculada a um fim econômico ou social. Porém ainda que exista essa integração, o conceito de obrigação e responsabilidade é distinto.

A obrigação advém de diversas fontes, onde cabe cumprir de forma espontânea e voluntária, como por exemplo, as regras previstas por lei. Há também a responsabilidade que advém do inadimplemento proveniente do não cumprimento de tal obrigação, por exemplo decorrente de contrato ou declaração unilateral de vontade (GONÇALVES, 2014).

Em toda obrigação há um dever jurídico originário e quando ocorre a violação deste surge então a responsabilidade, sendo esta um dever jurídico derivado. Desta forma a "Obrigação é sempre um dever jurídico originário;

responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro” (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Em regra, a responsabilidade gera um dever de indenizar, conforme artigo 927 do código civil, que preceitua que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Além do mais, responsabilidade não se restringe somente ao dever de indenizar, mas também ao dever de cumprir determinada obrigação para não ocasionar o inadimplemento.

Responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma, de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever, como o de conduzir a causa de seu cliente com zelo e dedicação; outra, de ordem secundária, quando o agente descumpra o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária (NADER, 2016, p.7).

Embora haja a correlação entre responsabilidade e obrigação é possível que uma ocorra sem a existência da outra. Então é correto dizer que existe responsabilidade sem obrigação e obrigação sem responsabilidade.

Feito a conceituação, se faz necessário compreender a sua evolução ao longo da história, examinando seus aspectos e seu percurso ao longo dos tempos.

O instituto em estudo revela-se de grande importância para o mundo jurídico, sendo um tema cada vez mais atual e relevante, pois à medida que os indivíduos se relacionam à expectativa de que alguém venha em algum momento provocar um dano a outrem. Assim “À medida que a sociedade se torna mais complexa, ampliando-se as relações e a interdependência das pessoas, a probabilidade de danos cresce” (GONÇALVES, 2016, p. 3).

O Direito Romano, pela cultura ocidental, serve como um ponto de partida para estudar a base histórica de um determinado instituto, facilitando assim a sua compreensão. E a responsabilidade civil segue essa premissa, sendo por meio deste Direito que se permite analisar as primeiras formas de organizações da sociedade (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

Nas origens da humanidade, quando um indivíduo provocava um dano a outrem, esta ação gerava de imediato uma reação, sendo esta voluntária e brutal por parte da vítima.

Acontece, porém, que essas atitudes não sofriam nenhuma espécie de restrição já que o direito não se fazia presente, assim dominava no cenário a chamada *vingança privada*, ou *vendetta*. Vigorava nessa época a lei de Talião, onde era representada pela ideia de “olho por olho, dente por dente” (GONÇALVES, 2014).

Gonçalves (2014, p. 24) conceitua a vingança privada como sendo uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Pela teoria clássica, a responsabilidade civil molda-se em três pressupostos: a ocorrência de um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano. Porém até o presente momento não se cogitava culpa.

O período da composição sucede este período acima. Com isso ofendido passa a perceber que tal vingança não era conveniente e nem tão pouco possuía vantagem para reparação do seu dano, dessa forma a compensação econômica passa ocupar o lugar da vindita. Sendo essa substituição um critério da vítima (GONÇALVES, 2014).

O princípio aplicado é que o patrimônio do ofensor deveria responder por suas dívidas e não a sua pessoa. Surge-se as tariffações como forma de pagamento de acordo com determinado dano causado, sendo essas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XXII Tábuas.

A partir de então, é vedado à vítima fazer justiça com as próprias mãos, e a composição econômica deixa de ser voluntária e passa a ser obrigatória. Momento este

[...] quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda á vítima fazer justiça pelas as próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso,

tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábulas as de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. E a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XXII Tábuas (GONÇALVES, 2014, p.25).

É ainda, no período dos romanos que surge as ideias de distinção entre a pena e a reparação, por meio da diferenciação de delitos públicos e os delitos privados. O primeiro se referia a ofensa mais gravosa de conotação mais elevada, que perturbava a ordem pública. Já o delito privado, a ofensa era feita em relação as pessoas e seus bens (GONÇALVES, 2014).

No entanto, somente com a *Lex Aquilia*, que tem-se um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, pois em razão dela é possível aplicar o elemento culpa na obrigação de indenizar, surgindo desta forma responsabilidade extracontratual, denominada também como “responsabilidade civil aquiliana” (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

É com a Lei Aquília que há a indicação do princípio que regula a reparação do dano, além disso, a mesma traz um elemento caracterizador da culpa, como se verifica, *in verbis*:

Regulava ela o *damnum injuria datum*, consiste na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal (STOLZE; GAGLIANO 2014, p.55).

Através de um aperfeiçoamento das ideias românicas e após o Código Civil Francês, pelo qual serviu de influência para os demais povos por meio da influência de princípios que foram sendo estabelecidos. A partir de então é inserido expressamente a diferença entre a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Essa influência também serviu para o Direito Brasileiro, o qual apenas adotava ordens do Reino Português desde a criação do país. Contudo em 1916 com o advento do código civil, foi adotado o princípio da independência da competência civil e da criminal. E o Código passou a filiar-se à teoria subjetiva,

a qual exige para que o causador do dano seja condenado a repará-lo a prova da culpa ou do dolo.

Com tudo, temos o surgimento de novas teorias e Gonçalves aponta como fatores para o aparecimento dessas “o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos”. Por meio de tais teorias inseridas dentro da responsabilidade civil, é possível oferecer as vítimas uma maior segurança (GONÇALVES, 2014, p.27).

E pelo direito moderno há a presença de duas teorias sendo uma a teoria do risco e a outra a teoria do dano objetivo. A primeira se configura quando o exercício de uma atividade gera um risco a uma pessoa, ficando assim o agente obrigado a reparar o dano, exceto quando ficar comprovado que adotou todas medidas necessárias para evitar o dano (GONÇALVES, 2014).

Embora o Código Civil tenha adotado a teoria do risco (art.927 parágrafo único código civil), mas a culpa ainda é utilizada como fundamento para a responsabilidade, elemento este que foi mantido fielmente no ordenamento, presente no artigo 186 do Código Civil (GONÇALVES, 2014).

Dessa forma, o ordenamento jurídico atual adotou duas espécies de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva, baseada na teoria da culpa, sendo a regra geral, onde para que o agente fique obrigado a indenizar é necessário a comprovação da culpa genérica (inclui o dolo e imprudência, negligência ou imperícia) (TARTUCE, 2016).

E por fim a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, sendo assim o agente fica obrigado a indenizar, desde que presente o nexo causal entre sua conduta e o dano causado pela mesma. Não sendo necessária a comprovação do elemento culpa (GONÇALVES, 2014).

E como será analisado, logo mais, a responsabilidade decorrente do abuso do direito, traz a necessidade de entender a diferença dessas responsabilidades já que presente o abuso do direito a responsabilidade será objetiva (TARTUCE, 2016).

Em resumo, a evolução histórica da responsabilidade civil teve grandes momentos, onde inicialmente esta se caracterizava pela vingança como forma de reparar um dano sofrido. Ideia essa que partia em razão do equívoco da não separação entre responsabilidade civil da responsabilidade penal. Daí verifica-se um salto na sua evolução, onde o fator culpa passou a ser pressuposto para a responsabilização, e o surgimento da teoria do risco objetivando tal responsabilidade.

2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O artigo 186 do Código Civil, o qual preceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Pela análise deste dispositivo, é possível extrair os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, sendo eles: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Sendo assim, a responsabilidade pode ser decorrente de ato de terceiro, danos causados por animais, de coisas sob a guarda do agente e por ato próprio do mesmo. Dessa forma, a lei prevê que qualquer pessoa que por ação ou omissão responderá se vier causar dano a outrem.

O elemento culpa ou dolo, como já apresentado, está presente na responsabilidade subjetiva. Onde o dolo consiste na vontade do agente a vir causar um dano a outrem e a culpa no *stricto sensu*. Embora haja esses pressupostos, nosso código admite em alguns casos a responsabilidade sem o elemento culpa sendo neste caso a responsabilidade objetiva (GONÇALVES, 2014).

Já a relação de causalidade, para que esta ocorra é necessária uma relação entre a causa do dano com o comportamento do agente, ocorrendo essa relação de causa e efeito existirá a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2014).

Por fim, tem-se o dano, e embora haja responsabilidade civil sem o elemento culpa o contrário não ocorre com este requisito. Isto é, para se ter responsabilidade civil ou dever de indenizar é necessário haver o dano. Dessa forma Gonçalves diz que “ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto” (2014, p.366).

Há de ser observada outra questão a respeito da indenização do dano, já que para este venha a ser indenizado é preciso que preencha alguns requisitos. O primeiro requisito é a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, isso porque o bem violado tem que ser tutelado e ter uma natureza patrimonial ou não (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

O segundo é a sua certeza, ou seja, sendo o dano certo, estável será indenizado. Até porque se o dano for hipotético e abstrato, este não obriga ninguém reparar a vítima. Isso também se aplica aos bens ou direitos personalíssimos, ainda que não fosse possível estabelecer um critério exato para sua mensuração econômica o mesmo não deixa de ser um dano certo (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

Por fim, tem-se como último requisito, a subsistência do dano, ou seja, no momento em que a vítima venha exigir a reparação do dano em juízo o mesmo deve existir. Já que a responsabilidade civil perde seu interesse, caso o dano já tenha sido reparado espontaneamente pelo contudente (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

A ideia de reparação de dano surge como uma forma a restaurar o *statu quo ante* da vítima. Essa concepção é o que significa indenizar, isto é, devolver ao sujeito que sofreu uma violação a sua situação anterior que se encontrava antes de ser violado. Porém, como existe uma dificuldade em devolver esse estado, a compensação ocorre através do pagamento de uma indenização monetária (GONÇALVES, 2014).

Dentro dessa matéria de dano, é possível destacar as suas duas espécies, sendo essas: os danos patrimoniais e dano extrapatrimonial.

O dano extrapatrimonial, também, chamado de dano moral é aquele em que a lesão ocorre nos direitos da personalidade. E para que esse dano venha a ser reparado, não é necessário determinar um preço para a dor ou sofrimento da vítima e sim, formas de diminuir as consequências do ato lesivo, por esta razão que se utiliza a expressão reparação (TARTUCE, 2016).

Este dano pode ser ainda direto ou indireto (ou reflexo), esse por último, pode ser chamado também de “dano em ricochete” onde é aquele em que o dano causado a um sujeito reflete em um terceiro (GONÇALVES, 2014).

Agora já acerca dos danos patrimoniais ou materiais, são aqueles que ferem o patrimônio corpóreo da vítima. E para que estes venham a ser ressarcido, necessitam de ser provados, com fulcro nos artigos 186 e 403 do Código Civil (TARTUCE, 2016).

Verifica-se que a expressão utilizada é ressarcimento uma vez que se trata de danos materiais e não moral, dessa forma, Gonçalves diz que “ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa” (2014, p.368).

Além disso, como mencionado acima, os danos materiais se subdividem conforme o artigo 402 do Código Civil, em danos emergentes e lucros cessantes. Sendo o primeiro aquele em razão do sinistro, a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Podendo citar, como exemplo, um acidente envolvendo um taxista.

Já os danos emergentes é o dano efetivo, ou seja, o que o sujeito efetivamente perdeu com o dano causado, sendo de fato a diminuição patrimonial sofrida. Para exemplificar, é o caso em que o dono de um veículo danificado por outrem gasta para arrumá-lo (TARTUCE, 2016).

3 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO ABUSO DO DIREITO

Conforme se observa pelo conceito e a evolução da responsabilidade civil, esta impõe que aquele que agir culposamente e vier causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Dessa forma, alguém que por culpa venha causar um dano a outrem terá que reparar este dano causado (RODRIGUES, 2003).

Embora haja essa regra, a doutrina do abuso do direito aponta que não é necessário para que um agente venha a reparar um dano causado, em virtude da violação de um dever primário, tenha que agir culposamente.

Pelo Direito Romano vigorava um princípio que possuía um caráter individualista, já que por muito tempo foi utilizado como justificativa para os abusos e excessos de direitos, sendo tal princípio referido o *nemine laeditqui jure suo utitur* (aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica).

A aplicação desse princípio deixou de se fazer eficaz, uma vez que passou a se perceber, que havia uma injustiça, pois o agente praticava um ato com evidência de *animus laedendi* e por estar no limite de seus direitos subjetivos não era condenado.

Com base nisso, tal princípio foi substituído por outros os quais eram universalmente aceitos (*nemine laedere, summum jus e summa injuria*), já que toda sociedade possui um dever limitativo dos direitos subjetivos, onde esse é o de não prejudicar outrem, servindo como norma fundamental para todos (GONÇALVES, 2014).

Mas é possível de perceber que a lei em alguns casos isenta o agente que causou danos a outrem, da obrigação de repará-lo. Então é possível um agente ter certa vantagem, enquanto esta representa um prejuízo ou dano para o outro, ainda que isso ocorra, se este estiver agindo dentro dos limites da lei, como é o caso de concorrência leal, haverá uma exceção ao dever de responsabilizar, conforme o entendimento de Sílvio Rodrigues, *in verbis*:

Em alguns poucos casos a lei admite que alguém cause dano a outrem impunemente. Assim, por exemplo, no caso de concorrência. Enquanto não usa de processos ilegais, o que caracterizaria a concorrência desleal, é legítimo que um comerciante dispute com outro, de igual ramo, a clientela que ambos pretendem. Do lucro de um ordinariamente resultará o prejuízo do outro (2003, p.43).

Porém, há certa problemática em torno da doutrina do abuso do direito, já que às vezes, pode o agente estar agindo maliciosamente dentro do limite de seu direito subjetivo e vir a causar dano a outrem ou ainda exercer de forma antifuncional o seu direito. E em algumas doutrinas inclusive ilustram alguns casos acerca dessa questão, como por exemplo, os retirados de julgados franceses.

Em um determinado julgado, em 1902, entendeu-se que um agente ao construir grandes obstáculos, ainda que em sua propriedade, para ocasionar a destruição de dirigíveis de seu vizinho forçando esse a comprar seu terreno. *A priori*, o proprietário do imóvel tem seu direito à propriedade, para aproveitá-la da melhor forma que o quiser, porém entendeu-se que a sua finalidade era para prejudicar terceiro, configurando dessa forma em abuso (RODRIGUES, 2003).

Visto que a prerrogativa de que aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica foi superada, inclusive pelas jurisprudências. O código civil de 1916 consagrou, de forma implícita, a ideia do abuso do direito através do artigo 160, I, já que este preceituava não constituir ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito (GONÇALVES, 2014).

Em o atual código civil, o legislador expressamente disciplina o abuso do direito, dessa forma o código civil de 2002, como se verifica, *in verbis*: “Art. 187 - Também comete ato ilícito aquele o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Pela análise deste artigo, observa-se que o abuso do direito está amparado em quatro conceitos indeterminados, sendo eles o fim social, fim econômico, boa fé e os bons costumes. Trata-se de cláusulas gerais que

devem ser preenchidas pelo juiz de acordo com cada caso, julgando dessa forma de acordo com sua carga valorativa.

E o abuso do direito mantém relação com certos princípios, sendo um deles o princípio da socialidade, uma vez que o dispositivo mencionado se refere ao fim social do instituto jurídico violado. Devendo os bons costumes, também, serem analisados sobre uma óptica sociológica, possuindo natureza tanto objetiva, quanto subjetiva.

Nesse sentido a V Jornada de Direito Civil aprovou um enunciado n.143 que possui o entendimento que quanto ao abuso de direito por violação aos limites impostos pelos bons costumes, a natureza é subjetiva, como a seguir:

Os bons costumes previstos no artigo 187 do Código Civil possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa fé objetiva.

Há também, um outro princípio que interage com tal figura, que é o da eticidade uma vez que é previsto em lei as consequências para o sujeito que pratica atos ilícitos ferindo a boa-fé. Sendo este por último, um instituto de natureza objetiva relacionado com a conduta leal integrante nas relações negociais (TARTUCE, 2016).

Como se pode ver, a teoria do abuso do direito começa a aparecer em diversos diplomas legais, onde o ato abusivo tem duas formas de ser classificado, quais sejam, pela teoria subjetiva, onde é abuso do direito o ato praticado deliberadamente para prejudicar outrem. E há também a teoria objetiva, que diz respeito ao uso anormal e antifuncional do direito para estar configurado o ato abusivo. Nosso código adotou a teoria objetiva, sendo assim aquele que pratica o abuso do direito responde objetivamente.

4 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes de ilicitude previstas no Código Civil são semelhantes às previstas no Direito Penal, no seu art. 23. Importam em exonerar o agente do dano, da obrigação de indenizar, porque sua conduta é lícita, protegida pelo ordenamento, exceto quando agir em estado de necessidade, por força do art. 188, II junto com o art. 929 e 930, do Código Civil, mas não se confundem com as excludentes de responsabilidade. Ainda que o a gente cometa um dano, sua conduta é tida por lícita.

Essas excludentes utilizadas como matéria de defesa e alegadas na ação indenizatória pelo agente causador do dano, afastando assim a obrigação de indenizar. São elas: Legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Essas causas têm por finalidade romper um dos pressupostos da responsabilidade civil, que é o nexos causal, onde havendo uma excludente deixa de estarem presentes todos os elementos da responsabilidade. Sendo assim, eliminam qualquer pretensão indenizatória aplicando-se para qualquer espécie de responsabilidade (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

Como primeira causa há o estado de necessidade, onde está pelo código de 1916 foi contemplada parcialmente, tratando apenas da figura do estado de necessidade, em relação às coisas e não às pessoas. Já o código atual, tendo como referência o direito italiano, inovou trazendo esta figura para as duas relações (GONÇALVES, 2014).

Dessa maneira dispõe o artigo 188 do Código Civil de 2002:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Este artigo serve como assentamento legal para esta figura tratada, e por meio do seu parágrafo único é possível destacar o que a lei prevê como estado de necessidade. Onde se configura quando as circunstâncias autorizam o agente a proteger seu direito, para remover um perigo eminente, e este vem a lesionar um direito alheio de igual ou inferior valor jurídico (STOLZE; GAGLIANO 2014).

Em contrapartida, o referido parágrafo único deste artigo disciplina que o ato só se torna legítimo, quando as circunstâncias o permitir e desde que o agente pratique dentro dos limites relevantes para a remoção do perigo. Caso extrapole, ou seja, venha praticar um excesso, nesse caso o sujeito poderá incorrer tanto em abuso do direito (artigo 187 do CC) ou ao próprio ato ilícito (artigo 186 do CC) (TARTUCE, 2016).

Ainda sobre esta causa de exclusão de ilicitude, têm-se dois dispositivos do Código Civil atual que merecem ser reproduzidos, já que são aplicáveis ao instituto. São eles: “Art.929. Se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso do inciso II do art.188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito á indenização do prejuízo que sofreram” e “Art.930. No caso do inciso II do art.188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”.

Com estes dispositivos, percebe-se que o agente que atua em estado de necessidade, pode agir tanto na defesa de seu direito, como na defesa de direito de terceiros. Porém, caso ele venha a causar algum dano a este terceiro, e o mesmo não for quem deu causa ao perigo terá direito à indenização este quem sofreu o prejuízo já que não causou a situação.

Ainda ressalta o dispositivo 930, que poderá o agente que causou o dano, entrar com uma ação regressiva em face do verdadeiro causador do perigo (TARTUCE, 2016).

Nesse seguimento, no STJ, tem-se um acórdão que demonstra uma hipótese de estado de necessidade, onde motorista para evitar atropelamento,

faz manobra evasiva, abalroando outro veículo (REsp 124.527, DJ, 5-6-200) de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Jr. dizendo que:

A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede à manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente por sua reparação, ainda que não se configure na espécie a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade. Direito de regresso assegurado contra o terceiro culpado pelo sinistro, nos termos do art. 1520 c/c o art.160, II, do Código Civil" (STOLZE; GAGLIANO, 2014, p. 159).

Há também outro exemplo para estar compreendendo melhor a aplicação desses dispositivos legais no caso do estado de necessidade. Imagine-se um pedestre ao estar passando em uma rua, depara-se com uma criança gritando em meio a um incêndio que atingiu sua casa.

Visto a cena, o pedestre arrombar a porta e salva esta criança da morte iminente. Ainda que este pedestre tenha sido um herói, caso o incêndio não tenha sido provocado pelo dono da casa, caberá o pedestre indeniza-lo (artigo 929 CC) e terá este o direito de regresso contra o real culpado do acidente (artigo 930 CC). Agora o contrário, ou seja, se o proprietário do imóvel causou o incêndio não caberá indenização (TARTUCE, 2016).

Apesar do estado de necessidade obrigar o sujeito a reparar o dano causado, na legítima defesa isso não ocorre. Porém caso a agressão venha a lesionar um terceiro, em decorrência de um engano ou até mesmo erro de pontaria terá direito esse a ser reparado pelo agente do dano (GONÇALVES, 2014).

Assim como no caso de legítima defesa putativa onde nessa o agente prevê um perigo, do qual não está ocorrendo no plano real, e dessa forma passa a defender seu direito (TARTUCE, 2016).

Nesses casos, a legítima defesa não isenta o agente do dever de indenizar o dano, na esfera cível e ficará assegurado ao ofensor o direito de regresso ao culpado que gerou a situação que causou dano. Sendo assim somente quando este instituto for real e praticado contra o agressor que o sujeito se exime de reparar o dano causado (GONÇALVES, 2014).

E por meio do artigo 25 do Código Penal, é possível retirar o conceito de legítima defesa, onde este dispositivo preceitua, *in verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Desse conceito, pode-se observar um ponto em comum entre a legítima defesa e o estado de necessidade, que é a obediência dos limites legais para que autorizem o dano.

Já o estrito cumprimento do dever legal serve como excludente para os agentes, os quais ficam desobrigados a repararem os danos causados. Porém em muitos casos o Estado é quem fica obrigado a fazer o ressarcimento, e nesta situação, não poderá o estado entrar com uma ação regressiva em face do agente que causou o dano, em razão da excludente (GONÇALVES, 2014).

Dessa forma, o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição, prescreve “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Outra exceção da regra de indenizar é o exercício regular de um direito, também previsto no mesmo artigo 188, I do Código Civil de 2002. Nesta figura, o agente atua protegido por um Direito, dessa forma, não pode estar agindo contra esse mesmo direito.

Tal situação ocorre, por exemplo, em algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, onde é possível um agente vir a violar a integridade física do outro e não haverá o dever de indenizar, desde que não haja o excesso. Pois havendo a ocorrência deste, configura-se o abuso do direito o qual é o oposto do exercício regular (STOLZE; GAGLIANO, 2014).

É possível destacar outras situações, em que os sujeitos estarão respaldados por esta excludente, como o caso de inclusão do nome de devedores no *rol dos inadimplentes ou devedores*, em cadastros de natureza privada (SPC e Serasa).

Por fim, há quem considere que o exercício regular das próprias funções seria uma espécie de exercício regular de um direito, já que o agente neste caso possui um dever legal ou administrativo para atuar.

Para exemplificar, é o caso em que ocorre com o bombeiro ao apagar um incêndio ou um policial ao combater o crime. Então, se esse bombeiro arromba a casa de alguém para vir salvar uma criança de um incêndio, sua conduta não estará tipificada no inciso II do artigo 188 (estado de necessidade), diferentemente ocorre no exemplo dado no estado de necessidade, com isso não terá o dever de indenizar como dispõe o artigo 929. Isto porque ele se enquadra no inciso I do artigo 188 (exercício regular de um direito) (TARTUCE, 2016).

5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À VIDA

Atualmente, percebe-se cada vez mais o uso comum da expressão “direitos fundamentais”, onde em diversos discursos é possível destacar essa expressão sendo utilizada de forma incorreta. É necessário, primeiro compreender o seu significado e suas características para então entender a sua importância e aplicação em certos contextos.

Esses direitos tratam-se de cláusulas pétreas, ou seja, não podem sofrer nenhuma espécie de alteração, sendo imune, inclusive, contra emenda constitucional em razão do artigo 60 § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988. Além disso, possuem uma hierarquia constitucional, isto é, caso alguma lei venha impedir ou dificultar que tais garantias sejam efetivadas, esta será afastada devido a inconstitucionalidade. E por fim, por força do artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, esses direitos tem uma aplicação imediata e vinculante (DIMOULIS; MARTINS, 2016)

Por outro lado, também previstas em dispositivo constitucional, há as garantias fundamentais, as quais têm como intuito prevenir ou corrigir a violação de direitos, com isso não enunciam direitos. Essas garantias podem ser repressivas (remédios constitucionais) ou preventivas (garantias da Constituição) (DIMOULIS; MARTINS, 2016, p.67).

Os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana, embora ela não englobe todos esses direitos, porém a mesma serve como base para um indivíduo em sociedade ter uma vida digna, em suma, esses direitos são uma concretização do princípio fundamental da dignidade humana, sendo consagrado em nossa lei Fundamental.

Além disso, a dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, e que possui uma dupla concepção, já que trata esse fundamento uma proteção do direito individual em relação ao Estado e aos demais indivíduos. Quanto a sua segunda ideia, é que deve haver entre os indivíduos um tratamento igualitário, onde deve um respeitar a dignidade do outro.

Alexandre de Moraes se refere a tal princípio fundamental, como sendo “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas [...]” (2011, p.48).

Pode-se dizer que dignidade da pessoa humana trata-se de um elemento inerente ao indivíduo, pelo qual não é passível de alienação e nem possível à renúncia do titular. Uma vez que ao nascermos já adquirimos essa qualidade, que nos qualifica como ser humano não sendo possível destacá-la.

Vale ressaltar ainda, que está qualidade é inerente a toda e qualquer pessoa, não há discriminação, sendo o próprio entendimento trazido pelo artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual, preceitua que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade.”

É importante lembrar que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana é a autonomia e o direito de se autodeterminar a sua conduta, bem como dispõe a Declaração acima, além de entendimento majoritário da doutrina. Tal autonomia (liberdade) é a capacidade potencial de cada ser humano se autodeterminar, sendo considerada em abstrato (SARLET, 2012).

Além do mais, a dignidade da pessoa humana é utilizada como argumento para se ampliar a titularidade dos direitos fundamentais, já que esta possui um caráter universal e possui um conceito abstrato. Vale destacar, que tal princípio fundamental não sofre limitação, ao contrário ocorre nos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2016).

A titularidade de um direito fundamental não é para vida toda, porém é possível em alguns casos que ela possa permanecer após a morte ou ser adquirida antes do nascimento, caso este que se trata da capacidade jurídica do nascituro, mais especificamente ao direito à vida. Neste último caso a Constituição fica silente, permitindo ao legislador constituinte analisar em que

circunstâncias o nascituro seria contemplado pelos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2016).

Ressalta-se, por oportuno, que a Constituição Federal protege a vida de forma geral, dessa forma a vida uterina também estaria sendo protegida, uma vez que a gestação gera *tertium*, e este possui vida humana e existência distinta da mãe, apesar de desenvolver em seu útero (MORAES, 2011).

No que tange o direito à vida, este é assegurado pela Constituição, sendo o mais fundamental de todos os direitos, até porque o mesmo é um pré-requisito para a existência e exercício dos outros direitos. Este direito cabe ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo elas o direito de um indivíduo continuar vivo e a outra está relacionada a este ter uma vida digna quanto à subsistência. Contudo, nem o direito à vida é absoluto, afinal em estado de guerra admite-se tirar a vida (MORAES, 2011).

6 EVOLUÇÃO DO ABORTO

Compreendido os direitos fundamentais, visto a sua importância e ampla aplicação em nossas vidas, com especial destaque para o direito à vida, que é um dos valores mais caros da constituição. Sendo assim, quando se evolue essa temática junto com o aborto diversas opiniões são geradas, ocasionando uma discussão de grande polêmica e com diversos posicionamentos acerca do assunto.

Para isso, é necessário compreender um pouco mais do aborto, de sua evolução, quais suas espécies e como o mesmo é tratado atualmente pelo nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, para se tratar do aborto faz-se necessário uma breve digressão histórica, principalmente, no que diz respeito à política relacionada aos recém-nascidos portadores de anomalias. Diversas atitudes eram tomadas com os recém-nascidos, e essas ocorriam logo após o parto, vez que na época não era possível se ter conhecimento das deformidades durante a gravidez.

A sociedade indiana possuía o sistema de castas, o qual foi criado pelos Brâmanes (sacerdotes), cujo costume era matar ou abandonar na selva crianças que após dois meses de nascidas aparentavam ser de má formação. Tal sistema se tornou a principal instituição deles e até nos dias de hoje é reconhecida dessa forma (KARAGULIAN, 2007).

Na antiga Grécia, o costume era outro, uma vez que aqueles nascidos não desejados eram abandonados, no alto de alguma montanha, os gregos não consideravam os fetos como seres vivos, razão pela qual, não acreditavam que os mesmos possuíam alma.

No que diz respeito ao tratamento dado aos bebês nas cidades gregas, tínhamos o posicionamento de alguns filósofos da época. Aristóteles pregava que o aborto era uma forma eficaz de manter estável a população, além de limitar os nascimentos, porém era contra o aborto se a mãe se encontrava com uma gravidez avançada.

Platão preconizava que o aborto deveria ser obrigatório nos seguintes casos: para mulheres acima de 40 anos, por motivos eugênicos e para manter a pureza da raça dos guerreiros. Ainda ressalta o aborto em caso de incesto, onde quando consumado o feto não poderia vir a nascer, dessa forma, em caso de famílias incestuosas deveria ser rompido à descendência.

Já em Esparta, reinava-se um espírito bélico, onde aqueles que seriam prováveis francos eram eliminados, tendo em conta o impedimento de servir o Estado especialmente em guerras (KARAGULIAN, 2007).

Diante desse cenário diversas opiniões se tinham na época, como por exemplo, Sócrates, que era filho de uma parteira, sugeria para essas facilitarem o aborto em mulheres que assim desejassem.

Já os sumérios, os assírios, o código de Hamurabi e dos persas, que vão desde 200 a 600 a.C. eram contra o aborto e decretavam punições severas a quem causasse a morte de uma criança nascitura.

Em Roma, o aborto já era considerado uma prática comum e principalmente tolerada, quando a natalidade era alta, havia também o infanticídio, o qual era moral e legalmente aceito nos casos de recém-nascidos que tinham aparências distantes dos humanos, onde eles eram jogados do penhasco. Questionava-se mais o infanticídio do que o aborto, este por último, era punível quando realizado sem o consentimento do pai.

Quando houve o declínio da população de Roma, por volta do segundo século depois de Cristo, a perspectiva quanto ao aborto foi mudada. Uma vez que a Roma Imperial decretou leis bastante rígidas que eram antiabortivas com objetivo de cessar a decadência moral, além de fortalecer a nação.

O surgimento do Cristianismo fez a perspectiva do aborto ser alterada, o qual passou a ser condenado tendo base no mandamento: *não matarás*. Este pensamento, que vigora até os dias de hoje, serve como argumento para aqueles que são contra a prática do aborto, teve algumas alterações durante os séculos que interesses econômicos e políticos interferiam diretamente na óptica.

Quanto às práticas realizadas em recém-nascidos malformados, essas cada vez mais foram ficando escassas durante o período do cristianismo, onde o mesmo substituiu o antigo costume por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida humana. Durante os primeiros séculos, tivemos alguns importantes teólogos alegando que o aborto não se tratava de um homicídio quando ocorresse durante as primeiras etapas da gravidez (KARAGULIAN, 2007).

O próprio Santo Agostinho não era contra o aborto até 40 dias após a concepção para homens e até 80 dias para as mulheres, já que em seu entendimento, somente depois desses períodos o nascituro seria dotado de “alma”.

Foi com a Igreja Católica que o aborto passou a ser severamente punido, uma vez que o direito canônico tratava como questão principal a perda da alma do feto que ficava sem batismo, razão pela qual, passou-se a aplicar pena de morte, pela espada, afogamento e fogueira, por exemplo, tanto para mulher, quanto para o partícipe.

Até certo tempo, não se falou mais sobre interrupção de gestação com feto portador de anomalia fetal, devido à ausência de tecnologias para diagnosticar ainda no ventre da mãe. Somente a partir de 1950, com o surgimento de técnicas diagnósticas feitas durante o pré-natal passou a ser possível, embora no campo da ciência houvesse o advento de tecnologias no que diz respeito aos nossos legisladores estes não acompanharam o mesmo avanço (KARAGULIAN, 2007, p.14).

6.1 Espécies de Aborto

Visto essa pequena evolução do aborto, principalmente no que tange a fetos malformados sem perspectiva de vida extrauterina, passa-se, neste tópico, a compreender como o nosso ordenamento classifica e trata a temática.

No Direito Brasileiro, o nosso Código Penal, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940, em razão da natureza do agente e pela existência ou

não de consentimento da gestante, diferenciou quatro formas de aborto, estando estes presentes entre os artigos 124 a 128 deste código. São eles: Aborto provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento, com conduta tipificada, no artigo 124, sendo nesses dois casos, quando a gestante provoca em si ou permite que alguém realize o aborto, cuja responsabilidade penal e punição serão as mesmas.

Há também o aborto provocado por terceiro, que poderá ser com ou sem o consentimento da gestante, com fulcro nos artigos 125 e 126. Ainda que haja o consentimento, este consentir não tem eficácia jurídica, o mesmo se equivale se a permissão for obtida mediante fraude, violência ou grave ameaça. Em caso de ausência da autorização trata-se da forma mais gravosa do delito (FRANÇA, 2012).

Por fim, tem-se o aborto médico ou aborto necessário nos casos de perigo de vida da gestante ou quando a gravidez resultou de estupro (artigo 128, I e II), onde não se pune (FRANÇA, 2012).

Este último aborto realizado pelo médico para salvar a vida da gestante, é chamado de aborto necessário ou terapêutico, o qual encontra respaldo em uma excludente de ilicitude, que é o estado de necessidade, onde sacrificar a vida do filho é a única forma para salvar a vida da mãe. Uma vez que se têm dois bens jurídicos expostos ao perigo (CAPEZ, 2012).

São cinco os requisitos que autorizam o médico a praticar esta modalidade de aborto, são eles: quando a mãe apresentar perigo vital; tal perigo esteja ligado diretamente com a gravidez; a interrupção da gravidez faça cessar o perigo para mãe; desde que este método seja a única forma de salvar o bem jurídico da gestante e por fim, se possível, outros dois colegas do médico autorizem ou concordem com sua decisão (FRANÇA, 2012, p.229).

Dentro desse dispositivo acima mencionado, que trata do aborto necessário ou médico, há o aborto sentimental, chamado também de piedoso ou moral, cuja essas denominações são dadas ao aborto nos casos de estupros. Em tais situações, por questões de ordem ética e emocional, não se

pode obrigar a mulher a gerar um filho, sendo este fruto de um coito violento (CAPEZ, 2012).

Nesta hipótese acima, para alguns, embora seja uma forma de aborto difícil ser justificada juridicamente, defende-se o princípio do estado de necessidade em sentido oposto às consequências vindas de um grave dano à pessoa. Uma vez que o filho, resultado dessa violência traria a vítima uma imagem de ofensa e humilhação (FRANÇA, 2012).

Por fim, há também outras espécies de aborto, como o natural o qual não há crime, já que decorre de uma interrupção espontânea. Tem também o acidental, que além de não ser crime, como o primeiro, porém consiste em um traumatismo ou outro acidente. E por último o aborto social, que não é admitido em nosso ordenamento, uma vez que o Estado não admite ameaçar a existência de um ser em razão de critérios financeiros e sociais da família (CAPEZ, 2012).

6.2 Antecipação Terapêutica x Aborto Eugênico

Far-se-á necessário a diferenciação entre essas duas “espécies” de aborto, que necessitam de uma atenção maior em estudo, uma vez que, essas denominações muitas das vezes são confundidas. Além do mais, na ótica jurídica e social elas possuem tratamentos diferenciados, já que em uma, o feto não tem nenhuma probabilidade de vida extrauterina e na outra, o mesmo apresenta apenas má deformações, condição que pode limitá-lo física ou mentalmente, mas nada o impede de sobreviver.

O aborto Eugênico é uma prática que visa à intervenção em fetos que possuem chances de serem defeituosos ou assim são, e por se tratar de um método que impede que esses seres nasçam com deformidade ou enfermidade incurável nosso ordenamento não isenta de pena a quem o pratica (FRANÇA, 2012).

Oportuno destacar que o termo Eugenia significa purificação de raças, em razão de seu conceito e além de inviabilizar vida daqueles que não são

considerados perfeitos, como mencionado acima, seu conteúdo é bem discriminatório, afinal, independentemente de ser ou não perfeita ou saudável a vida intrauterina, sendo possível de viver não pode este bem sofrer limitações, razão pela qual, essa modalidade não é tutelada pelo ordenamento. Dessa forma Capestre diz:

Eugenia é a expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação de raças. A vida intrauterina perfeita ou não, saudável ou não, há de ser tutelada, não só por força do direito penal, mas por imposição direta da Carta Magna, que consagrou a vida como direito individual inalienável (2012, p.162).

Afinal, ninguém está autorizado a retirar de um ser a vida, que se trata de um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, como direito fundamental.

Além disso, trata-se de um bem jurídico inalienável e protegido por todos os diplomas legais, sendo assim, não é porque se trata de um deficiente que este não tem direito de viver, pelo contrário, com muito mais razão, por ser tão vulnerável merece amparo, proteção e não represália. Até porque nenhum indivíduo é desprezível ou irrelevante ao ponto de merecer a morte.

Algumas são as alegações para a intervenção de gravidez por motivo eugênico, como por exemplo, o papel da medicina, em face dos meios avançados da ciência e da tecnologia para valorizar o indivíduo e democratizar as disponibilidades médicas, razão pela qual se indica esse aborto para evitar o nascimento de crianças defeituosas (FRANÇA, 2012).

Outro argumento seria devido algumas mulheres que possuem uma condição financeira maior poderem custear médicos e internações em hospitais particulares, já aquelas que são menos favorecidas economicamente, quando se submetem a algum processo sempre procuram curativos, o que ocasiona acidentes de abortos provocados. Tendo por base este cenário, utiliza-se a falta de democracia quanto às disponibilidades médicas como um motivo.

Contudo, ainda que haja esses argumentos favoráveis, existem aqueles que acreditam que tais fundamentos não se mantêm, uma vez que, a prática

não seria adequada. Além do mais, ainda que exista um sentimento de todos quererem que seu filho nasça saudável e perfeito, não se pode julgar o ser humano por sua inteligência ou pela perfeição de seus traços, afinal não foi com esse intuito que nasceu muito menos para competições e sim para concretizar o destino da criatura humana. Assim leciona França:

O ser humano, como já sublinhado, não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela “plenitude de vida e independência socioeconômica”, nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino da criatura humana. E, como tal. Não pode ser avaliado por quem quer que seja, pois isso não é o resultado de uma simples convenção, senão um imperativo da própria natureza humana (2012, p.231).

A “antecipação terapêutica” trata-se de um procedimento médico que pode ser realizado após ficar constatado o diagnóstico de malformação do feto sem vida extrauterina. Diante dessa situação, a mesma tem por objetivo adiantar o parto por questões humanitárias e terapêuticas, com a intenção de resguardar o bem-estar físico-psíquico-emocional dos pais (DINIZ; RIBEIRO *apud* KARAGULIAN, 2012).

A denominação dada a tal procedimento é porque, “antecipação” se refere ao fato da gestação terminar antes do período natural, e “terapêutica” porque tem por objetivo proteger a integridade física e mental não só da gestante, mas como do pai também.

Porém tal expressão, para alguns autores não é a mais correta, outros até entendem que “antecipação do parto” seria um “eufemismo”, uma vez que parto trata-se da retirada do feto, quando este atingiu sua maturidade, após uma série de ações naturais. Contudo quando se trata da expulsão de um feto que é incompatível com a vida, e isso ocorre antes de sua maturação, a denominação técnica correta para alguns seria aborto ou parto prematuro. Razão pela qual vemos em diversos veículos expressões como “aborto de anencéfalos”, “aborto de síndrome de Body Stolk” e afins (KARAGULIAN, 2012).

Embora exista essa divergência semântica, fato é, que o aborto nos casos de anencéfalos, síndromes de *Body Stolk* e outras patologias que venham inviabilizar a possibilidade de vida extrauterina, também nesses casos chamada antecipação terapêutica, não se confundem com o aborto Eugênico.

Uma vez que, quando se tem um diagnóstico atestando que a há inviabilidade de vida do feto após o fim da gestação, em razão da própria patologia, a indução antecipada do parto nesses casos não tipifica crime de aborto. Até porque se tem uma preocupação dos legisladores ordinários quanto à preservação da vida e da saúde psicológica da mulher, em especial, tendo por base certos princípios justificadores.

Aliás, no tocante de abortamento de fetos anencéfalos e de síndrome de *Body Stolk*, entende-se que não há crime, em razão da inexistência de bem jurídico (CAPEZ, 2012).

A síndrome de *Body Stolk* é uma anomalia que gera a malformação fetal decorrente de uma falha na formação das dobras cefálica, caudal e laterais do corpo embrionário, fato este que ocorre em média um a cada quinze mil gestações. Diante disso, o feto não possui cordão umbilical, tem seu abdome aberto colado na placenta da mãe.

Já a Anencefalia é caracterizada por um defeito no fechamento do tubo neural, estrutura essa que dá origem ao cérebro, cerebelo, bulbo e medula espinhal. As crianças que possuem essa grave alteração fetal, nascem sem a fonte, com pescoço curto, orelhas malformadas e de implantação baixa. É também característico deles terem bocas pequenas, nariz longo, excessos de pele nos ombros, além de olhos grandes e protrusos.

Tal alteração é possível ocorrer entre 21^o e o 26^o dia de gestação, cujo diagnóstico pode ser feito a partir de 12 semanas de gravidez, por meio de ultrassom ou ressonância magnética, onde por elas se observam a ausência da maior parte do cérebro e da calota craniana e na maioria das vezes faltam o demais órgãos do encéfalo e da medula espinhal. Ainda que quase todos os bebês tenham reflexos primitivos de recém-nascido, estes não sobrevivem horas ou minutos (FRANÇA, 2012).

7 ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA

Analisado todo aspecto conceitual e histórico de algumas temáticas tratadas ao longo do presente trabalho, se faz necessário partir para análise de caso concreto frente à legislação brasileira existente e analisar certos posicionamentos envolvendo o mesmo.

Diante disso, o ponto de partida, é um caso que ocorreu em 2005 onde um padre foi condenado a pagar danos morais por impedir interrupção de gravidez, e o Superior Tribunal de Justiça noticiou este conforme se verifica abaixo.

Trata-se um casal, no qual, conseguiram na justiça uma autorização que permitia o aborto de seu feto, o qual foi diagnosticado com Síndrome de *Body Stolk*, que importa em um conjunto de má- formação, o que tornava inviável a vida extrauterina.

O Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, ao saber de tal situação, impetrou o *habeas corpus*, alegando o seguinte fundamento: que os pais iriam praticar um homicídio, defendendo assim o nascimento deste feto.

Durante a internação hospitalar da gestante, foi dado início ao procedimento de intervenção, ocorre que os pais foram surpreendidos com a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, onde este deferiu a impetração de *habeas corpus* feita pelo padre.

Diante do impedimento acolhido pelo tribunal, o casal retornou para seu domicílio onde passaram oito dias agonizantes, quando assim retornaram para o hospital e o feto veio a falecer, logo após o parto.

Em decorrência dos fatos e de todo sofrimento, os pais ajuizaram uma ação de dano moral, em face do Padre, não alcançando sucesso na Justiça de Goiás recorreram ao STJ, que o condenou a pagar R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por interrupção de gravidez, aos pais (STJ, 2018).

A decisão condenando o padre ao pagamento de indenização veio da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acreditou que o padre abusou do seu direito de ação e violou direitos da gestante e de seu marido, ocasionando-lhes sofrimento inútil (IDEM).

Antes de adentrar na análise do conteúdo do voto proferido pelo STJ, no caso em tela, vale ressaltar que sete anos depois do ocorrido foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, com intuito de descriminalizar a realização da antecipação terapêutica de fetos sem possibilidade de vida extrauterina que far-se-á necessário à sua compreensão *a priori*.

O relator desta ADPF foi o Ministro Marco Aurélio, o qual tendo por base o conhecimento de que o feto portador de anencefalia possui uma malformação do tubo neural, que enseja uma série de consequências em sua formação acarretando a certeza de inviabilidade de sua vida fora do útero da mãe, razão pela qual compara-se os fetos anencéfalos com o morto cerebral, inclusive os chamando de *natimorto cerebral*, ou seja, possuem batimentos cardíacos e respirações contudo não tem atividade cerebral e, se quer, potencialidade de vida. Desta forma ele destaca em seu voto tal entendimento:

ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - MULHER -- LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Ementa).

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº

1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral[43] (AURELIO, Marco – Ministro relator – STJ, ADPF 54, 2012).

Outro ponto relevante tratado no voto do relator envolve a questão da impossibilidade de invocar o direito à vida para um feto anencéfalo, afinal, vida e anencefalia são expressões antônimos, diante disso, é impossível classificar a hipótese que está em julgamento no dispositivo 124 do Código penal, uma vez que, o aborto exige potencialidade de vida o que não se tem na anencefalia, o que torna claramente procedente o julgamento da ADPF, à medida que é demonstrado pelo voto do relator:

ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Ementa).

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais [...] Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível (AURELIO, Marco-Ministro relator- ADPF 54, 2012).

Visto os pontos mais relevantes que fundamentaram o julgamento da ação perante o STF, o qual ficou evidenciado ser possível a realização do procedimento de antecipação terapêutica, que se enquadraria em uma nova excludente de hipótese de crime de aborto.

É possível verificar que tal entendimento será utilizado como uma das sustentações para o julgamento do caso narrado inicialmente e que será analisado a diante, por isso a necessidade de compreender antes a ADPF 54/2012.

Conforme já visto, a 3ª turma do STJ condenou o padre a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo a relatora do julgamento do recurso especial interposto perante este tribunal foi a Ministra Nancy Andrighi (STJ, 2018).

O padre tendo conhecimento de que uma criança seria “abortada” em razão de uma “deficiência”, já que possuía Síndrome de *Body Stolk* e por ter a ciência que ainda que houvesse uma autorização do Judiciário, não descaracterizaria o crime de aborto, razão pela qual impetrou um *habeas corpus* (CRUZ, 2016).

Cruz (2016) diz que “O *habeas corpus* serve apenas como medida de emergência para salvar o bebê de um ato de desespero dos pais, mas não substitui o cuidado pastoral junto à família”.

Quando foi impetrado tal remédio constitucional, o Padre não se manifestou perante o Judiciário como sacerdote e sim, como mero estudante de direito, não utilizando argumentos de cunho religioso, mas apenas jurídicos, cujo recolhimento do pedido foi pelo fato da verificação de ilegalidade e abuso do direito por parte do juiz que autorizou o procedimento, entretanto, a defesa dos pais ao saber que o impetrante era padre se utilizaram desse fato para alegar a imposição de um entendimento religioso afastando a juridicidade, segundo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz:

Ao impetrar o *habeas corpus* em favor do nascituro, tive o cuidado de identificar-me não como sacerdote, mas como “estudante de Direito”. Não usei argumentos religiosos, mas jurídicos. E o desembargador relator acolheu meu pedido simplesmente porque verificou que o juiz que autorizara o aborto agira com ilegalidade e abuso de poder em relação à vida de um inocente. No entanto, os promotores do aborto, ao descobrirem que o impetrante tinha sido um “padre”, desviaram a questão jurídica para a acusação antirreligiosa. Teria tal padre “imposto” seus conceitos e valores a terceiros, “obrigando” uma gestante a carregar o peso “inútil” de um “feto” (não se diz bebê) “inviável” (não se diz deficiente) (2016).

Além do mais, quanto à indenização surge o questionamento se seria correto a responsabilidade do impetrante, uma vez que, quem impediu o “aborto” foi o poder judiciário na figura do Desembargador e não o Padre ao exercer o seu direito de ação (CRUZ, 2016).

Quanto ao voto da Relatora que condenou o eclesiástico, a mesma entende que a ADPF 54/2012, embora posterior à ocorrência do caso, pode ser utilizada como base para caracterizar a licitude da interrupção da gravidez e não obsta a utilização por analogia do entendimento firmado no julgamento da arguição, até porque esta possui efeito *ex tunc* além de ter sido firmada, no ano de 2004, antes ao ocorrido, e anomalia no caso é tão fetal quanto a tratada na arguição, assim é destacado no voto:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO DE HABEAS CORPUS. DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. 1. A propositura de habeas corpus por padre visando a suspensão de procedimento de antecipação de parto não configura abuso do direito de ação, vez que o caso da gestante não está previsto como causa de excludente de ilicitude pelo Código Penal ou mesmo por construção jurisprudencial. 2. Não há que se falar em responsabilidade civil quando a conduta imputada ao requerido não é contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, a restrição ao direito constitucional de ação deve ser analisada com cautela, pois o abuso de tal direito está estreitamente relacionado à má-fé processual da parte contrária, o que não se evidencia nos autos. 3. Não merece censura a decisão monocrática prolatada pelo relator que nega seguimento a recurso interpôs, nos termos do artigo 557, caput, do CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E IMPROVIDO (Ementa).

E para dizer da licitude da interrupção da gestação, socorro-me do julgamento da ADPF 54, (julgada em 12/04/2012, pub. em 30/04/2013), pois embora a conclusão do julgamento seja posterior aos acontecimentos, a orientação forjada na ADPF, que de regra possui efeito *ex tunc*, disse de um preceito fundamental que vinha sendo descurado, ou em outras palavras, mesmo em 2005, a orientação firmada pelo STF, já se mostrava a mais consentânea com a norma constitucional. E mais, a arguição foi formalizada em 17 de junho de 2004, calcada em ações penais que discutiam a incidência do apenamento relativo ao aborto, nas interrupções de gestação de anencéfalos (ADRIGHI, Nancy- Ministra relatora- STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016).

O outro entendimento, além da extensão do uso da ADPF 54/12, é o de que houve um abuso do direito de ação pelo impetrante do *Habeas Corpus*, pois diante da situação que os pais se encontravam já vulneráveis e acometido

por diversos acontecimentos, compreendidos desde a internação até a morte do feto.

Com isso, não poderia o padre impor as suas convicções particulares e tirar dos pais a autonomia na escolha de continuar ou não com a gestação, ficando configurado o abuso do direito, no momento em que este provoca o estado juiz para impor tais ideais sobre terceiros, violando os direitos destes. Embora o direito de ação seja um ato lícito o exercício desse foi além dos limites, ocasionando danos a vítima, conforme firmado pela Ministra:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO DE HABEAS CORPUS. DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. 1. A propositura de habeas corpus por padre visando a suspensão de procedimento de antecipação de parto não configura abuso do direito de ação, vez que o caso da gestante não está previsto como causa de excludente de ilicitude pelo Código Penal ou mesmo por construção jurisprudencial. 2. Não há que se falar em responsabilidade civil quando a conduta imputada ao requerido não é contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, a restrição ao direito constitucional de ação deve ser analisada com cautela, pois o abuso de tal direito está estreitamente relacionado à má-fé processual da parte contrária, o que não se evidencia nos autos. 3. Não merece censura a decisão monocrática prolatada pelo relator que nega seguimento a recurso interpôs, nos termos do artigo 557, caput, do CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E IMPROVIDO (Ementa).

E é de se notar aqui, que também o momento em que se utilizou do seu direito de ação (já no terceiro dia do procedimento de interrupção da gravidez), e os termos em que deduziu seu pleito – irrogando ao casal, inclusive, a prática de homicídio - traduzem, para efeitos de responsabilidade civil, não de convicções pessoais, friável motivação e distância teleológica do quanto lhe é dado buscar, na prevalência de seus particulares valores morais. A base axiológica do que defende, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das ideias, podendo nele defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, inclusive, tentando em linha de convencimento, demover aqueles que não pactuam de seus ideais. Faz medrar, contudo, em seara imprópria, esse corpo de valores – e isso caracteriza o abuso de direito – quando busca, mesmo que por via estatal, a imposição de seus conceitos e valores a terceiros, retirando deles, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si (ADRIGHI, Nancy- Ministra Relatora-STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016).

É oportuno destacar, que quanto ao argumento utilizado pelo recorrente pelo fato de não ser correto à indenização por sua parte, uma vez que apenas exerceu um direito, o qual foi de provocação, e quem de fato deferiu foi o Judiciário, então a que cabia a obrigação de reparo deveria ser a este.

Porém, tal argumento não encontra respaldo uma vez que aquele que se utiliza de uma tutela de urgência gera ônus de reparar danos causados quando ficar configurado o abuso do direito, assim se posiciona a relatora em seu voto:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO DE HABEAS CORPUS. DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. 1. A propositura de habeas corpus por padre visando a suspensão de procedimento de antecipação de parto não configura abuso do direito de ação, vez que o caso da gestante não está previsto como causa de excludente de ilicitude pelo Código Penal ou mesmo por construção jurisprudencial. 2. Não há que se falar em responsabilidade civil quando a conduta imputada ao requerido não é contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, a restrição ao direito constitucional de ação deve ser analisada com cautela, pois o abuso de tal direito está estreitamente relacionado à má-fé processual da parte contrária, o que não se evidencia nos autos. 3. Não merece censura a decisão monocrática prolatada pelo relator que nega seguimento a recurso interpôs, nos termos do artigo 557, caput, do CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E IMPROVIDO (Ementa).

Aqui, convém, ainda, deixar fixado, que qualquer tentativa de disfunção do nexos causal, sob a alegação de que o recorrido apenas provocou o Estado-Juiz, e foi, efetivamente este que determinou a interrupção da gestação, não merece guarida. A busca do Poder Judiciário por uma tutela de urgência traz, para àquele que a maneja, o ônus da responsabilidade pelos danos que porventura a concessão do pleito venha a produzir, mormente quando ocorre hipótese de abuso de direito (ADRIGHI, Nancy- Ministra relatora- STJ, Recurso Especial Nº 1.467.888, 2016)

Sobre a decisão da 3ª Turma, Nelson Rosendal entende que “a decisão do STJ deve ser fatiada em dois segmentos. Há um ângulo extremamente positivo e outro que me desagradava” (2017).

O ponto positivo, ao qual ele se refere é em relação ao avanço na tutela dos direitos da integridade psíquica, intimidade e preservação da autonomia da gestante, uma vez que ficou bem claro com o julgamento da ADPF 54/12 que quando se trata de fetos anencéfalos não há de se falar em aborto e sim

antecipação terapêutica, e o mesmo raciocínio se aplica para os que possuem síndrome de *Body Stolk*.

Até porque em ambos os casos não se tem possibilidade de vida extrauterina, razão pela qual, não se faz necessário uma adequação aos direitos da gestante com o do nascituro, pois a personalidade humana requer vida fora do útero da gestante.

Por isso a relevância desse avanço, já que os pais devem ter o poder da autodeterminação de quererem ou não continuar com a gravidez, processo este que pode ser traumático, doloroso e difícil para ambos. Daí a ilegalidade do estado de retirar essa escolha destes.

Quanto ao ponto negativo este se funda no fato da condenação do padre na reparação dos danos morais, uma vez que o autor questiona se houve de fato algum comportamento antijurídico praticado pelo padre, que justificasse tal condenação, onde este apenas estaria exercendo um direito.

Diante disso faz uma crítica quanto à configuração do abuso do direito, já que pelo fato de vigorar um sistema democrático, não estaria o padre agindo de forma abusiva ou antifuncional em provocar o Estado juiz para tentar ao menos impor seus conceitos, vez que o sistema democrático vige no país, porém o mesmo fato embasou outro entendimento para a Ministra, pelo qual fez a mesma classificar a conduta como abuso do direito (ROSENVALD, 2017)

Nelson Rosenvald ainda alega que o tribunal criou uma nova modalidade do abuso direito ao retroagir no seu entendimento, uma vez que, o cenário quando ocorreu o caso era muito menos complexo e se restringia a excludente do código penal para autorização do aborto, conforme se apresenta adiante:

Ora, não queira o STJ criar um “abuso do direito retroativo”, pois o mérito dessa cláusula geral é a de justamente atualizar o limite ao exercício de direitos, pela adequação da regra estrita às exigências éticas do ordenamento da atualidade, jamais para sancionar comportamentos pretéritos tidos como regulares naquele “zeitgeist”¹ (2017).

¹É uma palavra alemã que é traduzida como sinal dos tempos. O termo refere-se ao conjunto do clima cultural e intelectual de certa época do mundo, assim como as características genéricas que pertencem a um determinado período de tempo.

Quanto à responsabilidade pelo dano processual na tutela de urgência, sabe-se estará configurada quando o sujeito requerer uma liminar valendo-se de fumaça, (probabilidade) e alegação de risco, em ocorrendo sucumbência do requerente este só indenizará a parte contrária caso esta prove o nexo causal e o dano injusto.

Diante disso, a ministra entendeu ser a ação temerária, estando mais claro ainda o abuso do direito de ação, contudo, o doutrinador aponta que não houve de fato nenhuma decisão definitiva que revogou o provimento para continuar com a gravidez, onde para o mesmo ouve uma inovação do dano processual.

Outro ponto destacado por ele, é que no conteúdo do voto da relatora foi utilizado o argumento de que o Estado é laico e por isso não podia o padre invocar suas questões religiosas, porém em seu ponto de vista isso se mostra controvertido, uma vez que, Estado laico não é sinônimo de Estado ateu, pode sim os religiosos invocar suas crenças.

Assim como se torna incorreto o STJ impor seu entendimento jurídico em relação à proteção da vida a qualquer pessoa que seja, afinal não existe um consenso médico, religioso e nem científico quanto ao início da vida humana (ROSEVALD, 2017).

8 CONCLUSÃO

Vivemos em um estado laico e imparcial quando se trata das relações religiosas, a ideia de laicidade vem da não intervenção quanto à escolha da religião de cada indivíduo e, principalmente, da separação do Estado da religião. Além do mais é um dever do Estado permitir e garantir a liberdade religiosa, possibilitando assim que cada pessoa se identifique com sua crença e assim possa seguir acreditando nela.

Embora vivamos em uma sociedade democrática regida por um Estado laico, temos consciência de que a religião foi e permanece tendo uma grande importância. Sendo a base para a construção dessa e servindo como um condutor para o homem nas escolhas de sua vida, modo de pensar e se determinar além de promover o crescimento deste indivíduo nas relações sociais, contribuindo assim para o seu desenvolvimento pessoal.

Porém essa influência da religião na vida das pessoas pode ser significativa, fazendo com que elas tomem determinadas decisões com base no que seguem ou até mesmo influenciarem em suas vidas a ponto de determinar ou impedir algo. Diante disso, quando certas entidades religiosas, leia-se terceiros, se deparam com alguma questão, da qual eles se sentem na necessidade de tutelar, como por o exemplo, o caso em tela, estes querem se amparar em seu exercício regular de um direito como excludente de ilicitude para tentar impedir qualquer decisão que seja contrária aos seus valores.

Embora o Estado seja imparcial, quando se envolve religião, isso não significa que o indivíduo, que segue determinada ideologia ou professe dada religião, esteja proibido de invocar suas crenças e dogmas à outra pessoa. Porém, não é cabível que esta imposição ultrapasse a esfera do agente e venha violar direitos às vítimas do dano decorrente dessa violação.

Como verificamos no julgamento do caso em tela, entendeu-se que ainda que o padre tivesse o direito de ação, no exercício deste direito, excedeu-se, exercendo-o de forma abusiva e antifuncional, à medida que se

insurgiu contra uma decisão judicial, que havia autorizado a antecipação terapêutica. Tanto que a gestante já havia tomado remédios, internado em hospital, e foi impedida de se submeter a procedimento já iniciado.

Por outro lado, este entendimento está longe de ser unânime, tanto que o respeitado doutrinador civilista, Nelson Rosenvald não compactua com os fundamentos da decisão que condenou o impetrante do mandado de segurança ao pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a título de dano moral.

Conclui-se que apesar do livre exercício de uma crença ser considerado um direito fundamental, o qual é protegido como cláusula pétrea, e permite a possibilidade de se processar uma religião, por outro lado a dignidade da pessoa humana é também considerado um fundamento da república e serve como interpretação para os demais direitos.

Então quando diante do caso concreto, existe um conflito entre o direito a seguir os dogmas religiosos e do outro lado o direito a dignidade da pessoa humana, diante da inexistência de hierarquia entres estes direitos, já que se encontram em um mesmo plano, o julgador deve buscar a solução deste conflito utilizando-se da técnica da ponderação dos interesses, levando em conta o caso concreto.

Apesar da respeitável opinião do professor Nelson Rosenvald conforme citada no capítulo anterior, entendo que o julgado em tela no exercício da ponderação dos direitos, privilegiou o direito da mãe, uma vez que já havia iniciado o procedimento terapêutico, o que lhe causou mais danos dos já ocorridos.

9 BIBLIOGRAFIA

AURELIO, Marco Aurélio (relator). STF. **ADPF 54/2012**. Disponível em: jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=Zn4kXnO58VI1vpd03rp6V%2F8Mu0E%3D&Expires=1522002080&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337. Acesso em: 25 de Março de 2018.

ADRIGHI, Nancy (relatora). STJ. **Recurso Especial Nº 1.467.888**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1548482&num_registro=201401589820&data=20161025&formato=PDF. Acesso em: 25 de Março de 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial arts. 121 a 212. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi. Condenação por impedir o aborto. **Provida de Anápolis**. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/529-condenacao-por-impedir-aborto>. Acesso em: 25 de Março de 2018

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian. **Aborto e legalidade**: malformação congênita. São Caetano do Sul, SP: Yendis Editora, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil do Padre**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/01/17/O-STJ-e-a-responsabilidade-civil-do-padre>. Acesso em: 25 de Março de 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL JUSTIÇA. **Padre é condenado a pagar danos morais por impedir interrupção de gravidez**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Padre-%C3%A9-condenado-a-pagar-danos-morais-por-impedir-interrup%C3%A7%C3%A3o-de-gravidez. Acesso em: 25 de Março de 2018

STOLZE, Pablo; GAGLIANO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2016.