

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESCRIMINALIZANDO O ABORTO E OS DIREITOS DO NASCITURO

THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT DECRIMINALIZING ABORTION AND RIGHTS OF UNBORN CHILD

Antonieta Maria de Carvalho Almeida Prado¹
 Helminara Moreira Lamounier Heringer²

RESUMO

Uma análise da decisão do julgamento pelo STF do HC 124.306/RJ, que descriminalizou o aborto consentido até 3 meses de gestação, sob o ponto de vista da legalidade e dos direitos fundamentais. Este artigo tem por objetivo questionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ser crime o aborto consentido até três meses de gestação, questionando a norma jurídica penal, mitigando o direito constitucional e inalienável à vida do nascituro frente aos direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à vida; direito do nascituro; crime previsto em lei; aborto.

ABSTRACT

An analysis of the decision of the Supreme Court of HC 124.306 / RJ, which decriminalized the consent abortion up to 3 months of gestation, from the point of view of legality and fundamental rights. This article aims to question the decision of the Superior Court of Justice who understood that abortion consented to up to three months' gestation was not a crime, questioning the criminal legal norm, mitigating the constitutional and inalienable right to the life of the unborn child regarding the fundamental rights of women.

Keywords: fundamental rights; right to life; right of the unborn child; crime foreseen by law; abortion.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar os fundamentos do voto vista do HC 124.306/RJ, expedido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do STF que descriminalizou o aborto

¹ Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP – Ribeirão Preto/SP. Email: antonietaap@hotmail.com

Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, Ribeirão Preto/SP
 Especialista em Direito Processual Civil pelo IDC – São Paulo/SP; Graduada em Direito, pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Advogada.

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. Professora da UEMG – Passos-MG. Advogada. Email: helimarah@hotmail.com

consentido em fetos até o terceiro mês de gestação. Esse entendimento expresso pelo STF causou insegurança e preocupação nos meios jurídicos e na própria sociedade, uma vez que o aborto sempre foi prática condenada pela sociedade e rechaçada pelo Judiciário, cuja lei penal prevê expressamente como crime a prática do aborto, não importando o tempo de gestação, o consentimento da gestante ou o seu sentimento quanto à gravidez.

O Brasil, tanto no ponto de vista jurídico como no ponto de vista social, sempre condenou a prática do aborto e o judiciário somente autoriza a intervenção em algumas hipóteses, como no caso de estupro, quando a gravidez causa risco à gestante ou no caso de fetos defeituosos ou anencefálicos.

Este pensamento inovador do STF, de entender não ser crime o aborto nos três primeiros meses de gestação, entendendo ser inconstitucional a previsão legal, que criminaliza o aborto por entender que viola direitos fundamentais, traz intranquilidade à sociedade, e, fragiliza até mesmo o próprio Estado de Direito, pois abre precedente para que as normas jurídicas passem a ser relativizadas em decisões judiciais, ignorando o ordenamento jurídico vigente, para inovar, consagrando pensamentos e convencimentos pessoais.

A grande preocupação que esta decisão causa é a abertura de precedentes, a instituição de uma cultura pró-aborto, relativizando o direito à vida, e estimulando a abertura de clínicas de aborto e sua prática abominável.

A par de toda a cultura jurídica que emana do aresto em comento, o fato que não pode ser desprezado é que a decisão extrapola os argumentos e pedido da defesa, que se cingiu apenas nos motivos que não autorizavam a prisão preventiva, para cultuar o entendimento pessoal do Relator ratificado com votação unânime pela Turma Julgadora. Defender tema tão sensível como os direitos fundamentais, como fez o STF, para descriminalizar o aborto, de forma informal, praticamente legislando *manus militarie* arbitrariamente, passando por cima do rito próprio, da necessidade de alteração da lei pelo Senado, é, no mínimo, temerário para a sociedade, que vê com insegurança a liberação informal da prática do aborto pela autoridade judicial, mas especialmente, uma afronta da ordem jurídica constituída, o Estado de Direito e a Constituição Federal. Esta afronta, supera o desprezo pelo bem jurídico mais importante tutelado, que é o direito do nascituro, que já é detentor de direitos fundamentais de personalidade, desde a sua concepção: direito à vida, à integridade física, à alimentos, à imagem, e direitos patrimoniais, para resvalar no desprezo ao próprio Estado de Direito.

É através do Estado de Direito, de seu ordenamento jurídico, de suas normas e regramentos que o país se sustenta e mantém sua estabilidade política e social. Permitir inovações, exceções, relativizações do ordenamento jurídico, para estabelecer nova conduta jurídica, um novo pensamento, ainda mais na seara da descriminalização de condutas, sem submeter à forma estabelecida pela regra constitucional é abrir porta para a prática delituosa, a desestabilização social e violação da ordem estabelecida.

O papel primordial do Supremo Tribunal Federal é fazer cumprir a Constituição Federal, e não abrir precedente para a sua violação e fazer dela letra morta.

Este trabalho demonstrará que os argumentos expressos no v. Acórdão não põem prevalecer frente a norma vigente e aos princípios e preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Para tal escopo, analisaremos a decisão questionada, em seus pontos principais, a questão legal envolvida, a previsão de crime de aborto pelo Código Penal, a função de guardião da Constituição exercida pelo Supremo Tribunal Federal, as violações que a decisão gerou, passando a analisar os regramentos que protegem o ser humano desde a sua concepção, o direito à vida e de existir, os direitos do nascituro e de nascer, e, uma análise dos direitos humanos apontados na decisão com violados.

2. A DECISÃO QUESTIONADA

No julgamento Habeas Corpus 124.306 - RJ, a visando a soltura de dois médicos integrantes de uma clínica de aborto clandestina, presos em flagrante. O pedido embasava-se na alegação de não estarem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, porque os réus são primários, com bons antecedentes e com trabalho e residência fixa, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF) de relatoria do ministro Marco Aurélio, teve em seu voto vista³, da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, aprovado por maioria, prolatada a decisão controvertida e inédita de que, além de não estarem presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, **a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da**

³ _____ Supremo Tribunal Federal – voto vista HC 124.306 – Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 25/01/2017.

igualdade, e que é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos, assim ementado:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

3. A PRÁTICA DO ABORTO É CRIME PREVISTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Contrariamente ao entendimento expedido pela decisão colegiada do STF, entendemos que é crime a prática do aborto, não importa o tempo da gestação, porque existe

uma previsão legal assim regulamentando o tema. O direito Brasileiro prevê nos artigos 124 a 127 do Código Penal o crime de aborto, e somente uma alteração desta lei, regularmente votada pelo Congresso, é que tem poder de decretar a descriminalização de uma conduta tipificada como delituosa.

Não importa o tempo da gestação ou, se há infração de direitos fundamentais da gestante, fato é que, a norma penal é cogente, não admite exceções, a não ser as já previstas, e a lei estabelecida deve ser cumprida e não pode ser relativizada ou mesmo mitigada por qualquer Tribunal frente a pretensos direitos fundamentais.

4. O STF EXTRAPOLOU SUAS ATRIBUIÇÕES

A lei e tipificação penal somente poderá ser alterada por alteração de lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Não é função do STF inovar e “legislar” arbitrariamente, o que, aliás, foi estrondosamente criticado pela imprensa e juristas.

A competência do STF é precipuamente, a guarda da Constituição, conforme prevê o *caput* do artigo 102 da Constituição Federal. Assim, ao STF compete aplicar os preceitos constitucionais expressos, defender a lei e a ordem estabelecida e manter incólume o Estado Democrático de Direito, que estabelece a forma de conduta da Nação e garante a ordem, a convivência pacífica e aplicação das leis vigentes do País. O Estado Democrático de Direito, apesar de ter foco nos direitos fundamentais, não pode deixar de respeitar a lei, que é o cerne do regime político estabelecido e que garante a estabilidade política e social da Nação.

Segundo José Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.⁴ **Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio de igualdade e da justiça não pela sua generalidade,** mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. **A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política.** Sem destaque no original.

Entende-se que, ao STF compete apenas a aplicabilidade da normas constitucionais vigentes e não inovações jurídicas para alterar preceitos legais estabelecidos pela constituição

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. rev. e atual.

e normas infraconstitucionais como o caso em comento, que é de alta relevância, pois gera a falsa impressão de que se abriu precedentes para a prática indiscriminada do aborto, bastando a mulher grávida alegar que a lei vigente fere seus direitos fundamentais.

No caso em comento, ressalta-se que, o pedido de *Habeas Corpus* cingia nos argumentos de que não estavam presentes os requisitos legais para a prisão preventiva, pois os réus são primários, com bons antecedentes e com trabalho e residência fixa. Ao expedir decisão de tamanha relevância e impacto, o STF causou insatisfação e insegurança na sociedade e no mundo jurídico e político, que vê com preocupação e receio que seja aberta brecha para questionamentos quanto a criminalização do aborto junto ao Pretório Excelso e a criminalidade normatizada passe a ser relativizada por questões filosóficas usando como bandeira os direitos fundamentais.

A lei enquanto vigente, e no caso, a lei penal, que prevê tipificação e penalidade expressa, é cogente, deve ser cumprida, não importando as convicções filosóficas dos julgadores, pois expressa o regramento estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e garante a paz social, caso contrário, estaríamos estabelecendo a insegurança jurídica e a ruptura da Ordem Social garantida pela Constituição e pelo Estado Democrático de Direito.

Costuma-se dizer que a segurança jurídica é um princípio essencial (e inerente) ao Estado de Direito e que sua configuração depende de cada contexto histórico. De fato, a doutrina acentua a relevância ímpar da segurança jurídica em conexão com as experiências do Estado de Direito e com a realização da própria ideia de justiça material.⁵

A Constituição de 1988 não só protege a segurança jurídica, mas também a consubstancia, ao definir, ilustrativamente: as autoridades competentes, os atos a serem editados, os conteúdos a serem regulados, os procedimentos devidos, as matérias a serem tratadas, tudo a potencializar os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas. Assim, a segurança jurídica é protegida constitucionalmente em várias de suas dimensões: segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito, dos direitos e como um direito. Sua relevância é muito grande, o que se denota pelo modo como é protegida, pela insistência de sua proteção, pela independência de seus fundamentos e pela eficácia recíproca desses mesmos fundamentos.⁶

Por exemplo, quando tratamos do princípio da legalidade e de todos seus desdobramentos normativos: processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-

Editora Malheiros, São Paulo, 2002. pág. 121

⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 487.

⁶Ávila, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no*

atividade da lei, reprimenda da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa (artigo 37, *caput*, CF/88), legalidade penal (artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88) e legalidade tributária (artigo 150, inciso I, CF/88),⁷ a norma é cogente e há de ser observado o regramento sob pena de ser considerado inconstitucional e ilegal o ato extrapolado.

A segurança jurídica, como segurança do direito instituído, tem na própria Constituição Federal uma série de disposições que refreiam o ímpeto por mudanças bruscas, sem o amplo debate. É o caso das cláusulas pétreas, os princípios sensíveis, o rigor do processo da emenda constitucional, os procedimentos para as alterações de leis complementares e leis ordinárias, por exemplo.

Assim, não pode o STF, extrapolar suas atribuições para expedir convicções que alterem uma norma jurídica estabelecida, como o caso do Código Penal, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ainda mais, sem que a questão tenha sido levada a discussão pelas partes interessadas do processo em comento.

O positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do direito⁸. O impacto causado é forte, resvala na sensação do povo de insegurança jurídica quanto às suas instituições e normas, o que não pode prevalecer.

Por isso mesmo, o texto constitucional estruturou o princípio da separação de poderes (artigo 2º, CF/88), em lembrança à lição de Montesquieu de que o poder só encontra limites no poder (é preciso que o poder detenha o poder)⁹, ficando a alteração de leis para o poder legislativo e não para o poder judiciário.

Assim, temos que a descriminalização do aborto pelo STF é totalmente revestida de ilegalidade e sem força de precedente, não podendo ser acatada para embasar novas decisões, servindo apenas como exemplo de arbítrio e desrespeito ao princípio da separação dos poderes e da legalidade.

5. OS DIREITOS DO NASCITURO

direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 679-680.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 487.

⁸ BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 109.

Etimologicamente, este termo se originou a partir do latim *nascituros*, que significa "que deve nascer". Nascituro é **aquele que irá nascer**, que foi **gerado e não nasceu ainda**.¹⁰

Em toda *concepção* há *vida* de um *ser humano*. Logo, o *nascituro* no ventre materno é um ser cujo direito à vida deve ser garantido, bem como os outros direitos que a lei lhe assegura.¹¹ A vida humana começa a partir da concepção, com a formação de um indivíduo único, com tábua genética própria. Não importa o tempo de gestação, ele já possui vida intrauterina, direitos de personalidade, e, inclusive direitos patrimoniais.

“O direito à vida principia com o primeiro germe da vida depositado no seio da mãe”¹².

Ensina Maria Helena Diniz¹³:

“Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida”.

5.1 O nascituro tem direitos preservados desde a concepção

O nascituro, desde a sua concepção, tem direitos assegurados pela lei. Assim é que, em 1940, o Código Penal já reconhecia, o nascituro como pessoa ao colocar o crime do aborto, tipificado em seus artigos 124 a 128. Igualmente o artigo 2º do Código Civil salvaguarda os direitos do nascituro desde a concepção:

Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**. Sem destaque no original.

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU¹⁴ afirmava, em 1948, que:

Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 6. Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Dez anos depois, em 1959 a Convenção sobre os direitos da criança da ONU¹⁵, :

¹⁰ Internet, Disponível em: <https://www.significados.com.br/?s=nascituro>, acesso em 27/01/2017.

¹¹ SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Os direitos do nascituro. O nascituro como sujeito de direito. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144636,41046-0s+direitos+do+nascituro+O+nascituro+como+sujeito+de+direito>, acessado em 27/01/2017.

¹² ARENDT, Hannah – “*The Origins of Totalitarianism*”, New York, The Harvest Book, 1973.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 145.

¹⁴ BRASIL - Declaração universal dos direitos humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 27/01/2017.

"A criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, **inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do seu nascimento**". Sem destaque no original.

Em 1969, o PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA¹⁶, do qual o Brasil é signatário, afirmava em seus artigos 1, 3 e 4 e 5:

Artigo 1º - 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 3º - Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**

Art. 5º - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Sem destaque no original.

Destaca-se que o direito à vida contemplado é desde a sua concepção, e que, inclusive, o nascituro não pode ser privado da sua vida arbitrariamente.

Sobre os direitos do nascituro, Maria Helena Diniz¹⁷ leciona:

"Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1.609, parágrafo único, 1.779 e 1.798; CP, arts. 124 a 127, 128, I e II; Leis n.º. 8069/90, arts. 7º a 10, 208, VI, 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único; Lei 11.105/2005, arts. 6º, III, 24 e 25), como o direito a alimentos (RT, 650:220), à vida (CF art. 5º, caput), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança, ser contemplado por doação, ser reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material e alcançando os direitos patrimoniais e os obrigacionais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida."

"O nascituro é um titular do direito ao nascimento com vida, pois como bem diz a Constituição Federal todos têm direito à vida, assim como a dignidade da pessoa humana."¹⁸

O Código Civil Brasileiro menciona como pessoas tanto "as nascidas como as já concebidas"(art. 1.798) ao tratar do direito de herança, possibilita o reconhecimento do filho

¹⁵ Brasil - Declaração dos Direitos da Criança Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 28/01/2017.

¹⁶ Brasil – Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf. Acesso em 28/01/2017.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 20. ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 180.

¹⁸ DANOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos: Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº 11.804/2008**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30166-30713-1-PB.pdf>, acesso em 27/01/2017.

apenas concebido (art. 1611, parágrafo único) e a curatela do *nascituro* (art. 1779), o direito de receber *doação* (art. 542) e de ser chamado a suceder (art. 1799, I e 1800).

Orlando Gomes ensina que o nascituro tem personalidade *presumida*, porque a lei resguarda seus direitos antes de nascer "*ainda não tem personalidade, pois que esta começa com o nascimento, mas, desde a concepção, é como se a possuísse*", pois a própria lei "*reconhece no nascituro aptidão para ter direitos*".¹⁹

A Lei 11.804 de 05 de novembro de 2.008²⁰ (Lei dos alimentos gravídicos), também atesta a previsão legal de direitos do nascituro à alimentação desde a fase intrauterina, prevendo o dever alimentar do genitor ao feto desde a sua concepção. A lei garante à gestante prestação alimentar desde antes do nascimento para garantia de sua gestação saudável, privilegiando o direito à vida e à saúde. A preocupação com o feto em sua fase intrauterina é tamanha que tramita no Congresso Nacional projeto de lei nº 478/2007 para instituir o Estatuto do Nascituro²¹. Dentre os direitos do nascituro ali previstos, ressalta-se o Artigo 4º, que afirma:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

O Estatuto do Nascituro, reconhece o direito à vida desde o momento da concepção, elenca todos os direitos inerentes à criança por nascer, tornando integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade e "veda ao estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores".

O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) impõe ao Estado o dever de garantir "o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso" do ser humano (art. 7º.), impondo implicitamente que sejam resguardados os interesses do nascituro. Como se denota, o nascituro, desde a sua concepção, tem seus direitos reconhecidos e preservados pela lei.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Ed. Forense, Rio, ed. 1957, n. 75, p. 135.

²⁰ BRASIL - [Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11804.htm). – Lei de alimentos gravídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11804.htm.

²¹ BRASIL - Projeto de lei nº 478, de 2007. Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/747985.pdf>.

Como não poderia deixar de ser, o direito à vida (art. 5º *caput*CF), está implicitamente insculpido em todos estes ordenamentos jurídicos que resguardam os direitos do nascituro.

Segundo o Ministro Nestor Duarte: é sustentável que a personalidade já se inicia com a concepção, pois, sem tal atributo, inviável supor a existência de direitos subjetivos; contudo, não se trata de um atributo definitivo para o nascituro, que se irá consolidar ou resolver conforme ocorra ou não o nascimento com vida.²²

O direito fundamental à vida, conjugado com todos os Pactos Internacionais sobre a proteção do ser humano, da criança e do nascituro, como a Declaração universal de direitos humanos da ONU, de 1948, a Convenção sobre os direitos da criança da ONU, de 1959, o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, todos ratificados pelo Brasil, e portanto, abaixo da Constituição Federal quanto a sua importância e aplicabilidade, conforme o artigo 5º § 2º e 3º da Carta Magna²³, e incorporados no Ordenamento Constitucional com força de emenda constitucional, reforçam o entendimento de que **o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seus direitos garantidos constitucionalmente e tem o direito de nascer**, por força do direito fundamental, primevo e inviolável à vida.

5.2 O Direito de nascer

Tem-se que a vida do ser humano se inicia com a concepção.

No Direito Romano, segundo JUSTINIANO, "a criança uma vez concebida, considera-se já nascida". Desde a concepção, o feto já possui todas as características genéticas, que irão determinar as suas particularidades físicas, os aspectos biológicos e morfológicos. A carga genética já está formada e é única e irrepetível, não existindo dois seres humanos com as mesmas características genéticas. Assim, desde a fecundação, uma nova vida humana se inicia, com todas as particularidades únicas de um ser humano, devendo, desde então, esta nova vida ser respeitada como pessoa de direitos.

²² PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso, diversos autores. 10. Ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2016.

²³ CF - Artigo 5º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A Constituição de 88 não tratou especificamente da interrupção voluntária da gravidez, seja para liberar ou para reprimir tal prática. O tema ficou sem aprofundamento, limitando-se a impor como cláusula pétrea o direito à vida em seu artigo 5º *caput*. Esta omissão não significa que o constituinte foi indiferente com o tema. Pois os princípios e garantias aos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal estão diretamente ligados à proteção do nascituro.

Impende reconhecer ainda, que, ao recepcionar o Código Penal vigente, a Constituição Federal atribuiu vigência às suas normas, atribuindo-lhes força cogente, reconhecendo assim o crime de aborto, independentemente do tempo de gravidez, conforme a previsão dos artigos 124 a 127 do Código Penal.

A vida que se desenvolve no ventre materno, já possui todas as características do gênero humano, através da tabua genética, originada desde a fecundação. Assim, o feto já é um ser humano. E tem direito à vida. A finalizar seu ciclo gestacional e vir à luz tornando-se pessoa e a viver. Tem direito de nascer. E, a partir de seu nascimento, passa a adquirir todos os demais direitos fundamentais da pessoa humana.

5.3 O direito à vida

O direito à vida é garantia fundamental e direito inviolável, e não admite exceção.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

O conceito de vida, para efeitos de projeção jusfundamental é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que **o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano**²⁴. Sem destaque no original.

Afirmando:

A vida – já por força do instinto de sobrevivência – sempre foi um bem caro para o ser humano, no contexto de sua organização social, política e jurídica, tanto é que a proteção da vida e da integridade física do ser humano foi considerada um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência, o que por exemplo, se constata na obra de Thomas Hobbes (1588-1679). Além disso, a noção de um direito à vida foi (e ainda é) muitas vezes associada à noção de um direito natural, no sentido de um direito inato e inalienável do ser humano, como bem ilustra a obra de John Locke (1632-1704).²⁵

²⁴SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 5ª. Ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 403. Sem destaque no original.

²⁵ Ob. Cit. pág. 400.

Temos assim que, **desde o início da civilização e da organização do Estado, o bem mais importante a ser tutelado é o direito à vida.** Foi para preservar a vida que o ser humano abriu mão de sua liberdade natural para agrupar-se em coletividade e submeteu-se a regramentos. Assim, a vida é fonte hodierna de todos os bens jurídicos a serem tutelados, como bem ensina José Afonso da Silva²⁶:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A “*vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo*”. **Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.** De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, com a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (de que já tratamos), o direito à privacidade (de que cuidaremos no capítulo seguinte), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente o direito a existência. No dizer de Jacques Robert: “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do *erro* ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação ao suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *I a fortiori da de outrem* e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano”

A vida é o bem mais importante a ser tutelado, tanto assim, que está expresso em nossa Constituição Federal no *caput* do artigo 5º, **o direito inviolável à vida**, e este direito fundamental é cláusula pétrea e portanto supera qualquer outro direito a ser considerado como fundamental, devendo ser observado e respeitado.

No mesmo diapasão é o entendimento de Gilmar Mendes:

A vida preservada e encarecida pelo constituinte há de ser toda a vida humana. **O direito à vida cola-se ao ser humano desde que surge até o momento que de sua morte.** Trata-se do direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo a ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, **a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do seu direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – direito de existir.** A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa.²⁷

Corroborando o entendimento já esposado de que o direito à vida é intrínseco do ser humano, que se inicia com a gestação e a formação do ser humano. É a partir do direito a vida que todos os demais direitos humanos se originam. Assim, resta claro que a titularidade do direito à vida é do ser humano e não do nascido vivo.

Nesta linha de pensamento, segue Gilmar Mendes:

²⁶ Ob. cit., pág. 133.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco – 11ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2016 – (Série IDP)

...nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida. Onde, pois houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e que se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade à vida está necessariamente aí pressuposto.²⁸

Assim, uma vez contemplado como direito máximo, o direito à vida, não é superado por nenhum outro direito do ser humano, por mais fundamental que seja, não necessitando que tal norma esteja explícita no ordenamento jurídico.

Afirma Gilmar Mendes:

É indiferente, portanto, que o ordenamento infraconstitucional resolva restringir a plenitude do gozo e do exercício de direitos vários, conforme fatores diversos, como a maturidade física e psicológica dos homens. O direito que é base de todos os demais, todavia, não pode ser suprimido em função de fatores acidentais da própria vida e do seu desenvolvimento.

Não se há se condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. O direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação extraordinária, máxime quando está não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito a vida. **Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa que legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida.**²⁹Não há grifos no original.

Assim, para defesa do direito à vida, não há que se impor limites quanto ao tempo de gestação, mas respeitar o singelo fato de existir vida humana no feto em desenvolvimento.

No caso em comento, o direito de viver do ser humano que está sendo gerado é inalienável, e primordial, e nesse compasso, a legislação penal do Brasil reconhece expressamente como crime a prática do aborto, independentemente do tempo de gestação, e somente abre exceção para fetos anômalos ou risco de vida da gestante. Gilmar Mendes, com especial sensibilidade, deixa claro que o direito à vida não pode ser relativizado pelo legislador infraconstitucional, porque o direito à vida é pleno e hodierno, tem previsão constitucional, e não se confunde com personalidade jurídica, deixando claro que ele surge a partir da concepção e não da certeza do nascimento com vida:

O direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação extraordinária, máxime quando está não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito a vida. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa que legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida.

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito a vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra

²⁸ Ob. Cit. Pág. 257.

²⁹ Ob. Cit. Pág. 258.

naturalmente ou in vitro. O nascituro é um ser humano. Trata-se indisputavelmente de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertence a espécie biologia do homo sapiens.³⁰

Finalizando tal entendimento, arremata Gilmar Mendes:

Isso é 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. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo da existência. (...) por conta dessa sua essência humana, o **ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio da igual dignidade humana. O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final.** Não há grifos no original.³¹

Permitir a eliminação de uma vida indefesa, que está por vir, sob o pretexto de que direitos fundamentais da mulher devem ser observados, entendemos que é passar por cima do direito humano mais essencial, que é o direito à vida, fonte de todos os outros direitos, subvertendo-se, assim, a ordem natural dos direitos humanos.

6. RELAÇÃO DO DIREITO À VIDA COM OS OUTROS DIREITOS DA MULHER, TIDOS COMO VIOLADOS NA DECISÃO DO STF

Como podemos reconhecer, o direito mais importante, do qual todos os demais se derivam, **é o direito à vida, e todos os demais direitos, se relacionam com o direito à vida, e decorrentes da existência do ser humano.**

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

A relação mais forte, como já foi possível identificar, é a que se estabelece entre o direito a dignidade da pessoa humana, precisamente em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, ademais do fato de que **a vida é o substrato fisiológico (existencial do sentido biológico) da própria dignidade, mas também de acordo com a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida.** Todavia, é preciso enfatizar que, por mais forte que seja a conexão, **dignidade e vida se confundem! Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar a interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia**

....

De qualquer sorte, a **necessária diferenciação entre direito à vida e a dignidade da pessoa humana** também serve ao propósito de se evitarem os riscos de uma “biologização” da dignidade nos limites da vida. **Importante é que se deixe assente que a vida e dignidade são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados em abstrato, respeitando-se ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção**³². Não há grifos no original.

³⁰ Idem ibidem.

³¹ Ob. Cit. Pág. 259.

³² Ob. Cit. Pág. 404-405.

Entendemos, assim que, por mais relevantes que sejam os direitos indicados pela decisão do STF, em comento, o direito à vida sobre-eleva-se, destaca-se, por ser hodierno, de modo que, somente após observado e respeitado o direito à vida de qualquer ser humano, nascido ou por nascer, todos os demais direitos sejam considerados,

7. DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS APONTADOS COMO VIOLADOS E A PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA

Segundo o Ministro Barroso, as violações do direito da mulher são: do direito de **autonomia das mulheres**, que devem ter direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem suas próprias decisões morais a propósito de sua vida; do direito à **sua integridade física e psíquica**, física porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação, e psíquica, afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser; **dos direitos sexuais e reprodutivos** e do direito à **igualdade de gênero**, porque é direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva, a ter uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, e é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não da gravidez; e ainda **discriminação social das mulheres pobres** que ficam prejudicadas porque não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo, e, por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Nossa posição é contrária a esse entendimento, pois, como já dito anteriormente, o direito à vida é direito fundamental, basilar, inviolável, do qual todos os demais direitos se originam, nenhum outro direito dele decorrente o suplanta.

Não bastasse tal situação, fato é que a **autonomia da mulher** não se amplia para passar por cima do direito principal, que é fonte de todos os demais direitos - o direito à vida - para ela poder escolher se o filho que concebeu deve viver ou não. Mas, sim, acreditamos que a mulher tem direito à sua autonomia quanto às escolhas que faz na sua vida, sua conduta, a forma de viver sua vida, escolher seus caminhos, sua conduta moral, sexual e afetiva.

O limite da sua autonomia se esbarra no direito inviolável de outro ser nascer e viver.

A mulher que quer ter autonomia, dentre elas, liberdade sexual, deve buscar conhecer métodos contraceptivos, hoje difundidos amplamente pela mídia e internet.

O Estado tem disponibilizado orientação, preservativos de forma gratuita nos postos de saúde, assim como pílulas anticoncepcionais, de forma que meios da mulher exercer sua liberdade sexual sem risco de uma gravidez indesejada estão disponíveis para todas as mulheres, inclusive as mais pobres, orientação sexual tem sido disponibilizada até mesmo nas igrejas e salas de aula, de forma que a mulher que quer liberdade e autonomia, deve ter responsabilidade em suas escolhas, ponderar os riscos de suas ações e evitar a gravidez, e não agir levianamente sem qualquer controle ou cuidado, para depois, buscar no aborto a solução do problema criado.

Os direitos sexuais da mulher devem estar diretamente ligados à responsabilidade da mulher com o seu corpo e suas escolhas devem ser conscientes e responsáveis, evitando-se que se culmine na situação de buscar no aborto a solução para a gravidez indesejada.

Não se pode pretender **igualdade de gênero** quando o ser humano é composto por dois gêneros, e cada um tem suas funções reprodutivas próprias. Pretender igualdade de gênero seria pretender que todos seres humanos fosse hermafroditas, e com as mesmas funções biológicas e reprodutoras. Se por um lado a mulher fica com o ônus da gravidez, de carregar o filho no ventre e dar à luz, ao homem compete outras responsabilidades e ônus.

Na sociedade organizada, sempre foram divididas as responsabilidades da família, e ao homem sempre competiu a proteção da família, inclusive o seu sustento.

Ainda que a dinâmica das famílias modernas alterasse os costumes, não se retirou do gênero masculino as obrigações de proteção e sustento da prole, ao contrário, o ordenamento jurídico tem dedicado com empenho a este tópico, editando leis em defesa da gestante e do nascituro, todas no sentido de impor ao homem responsabilidades pela concepção que participou. Prova disso são as leis que protegem o direito do nascituro.

O pensamento de que a igualdade somente poderá ocorrer quando for dada a mulher o direito de escolher se deseja ou não continuar a gravidez, nos parece simplista e despropositada, pois a vida gerada, apesar de estar acolhida no ventre materno, não é propriedade da mulher, mas daquele ser humano que está sendo gerado, e responsabilidade de quem a concebeu.

O relacionamento humano não pode ser relegado a uma simples escolha unilateral da mulher, devendo ser atuação de ambos os protagonistas daquela história da vida.

Importante ter-se em mente que o princípio constitucional da igualdade não contempla a igualdade *ipisis literis*, mas busca tornar iguais os desiguais, protegendo desigualmente os desiguais, respeitando as diferenças e necessidades de cada ser humano.

Assim, não se pode querer igualar os gêneros, deixando a escolha de manter uma vida gerada por conta de apenas um dos protagonistas, mas criar mecanismos legais cada vez mais eficientes, para que ambos tenham responsabilidade por aquela vida que foi gerada.

O pensamento de que a criminalização afeta a integridade física das mulheres também refoge de lógica, porquanto o corpo feminino é apto para gerar vida e os riscos de saúde as transformações e consequências da gestação são inerentes da vida humana e do gênero, e a partir do momento que uma mulher, resolve ter uma vida sexual ativa, ela sabe que está apta para a maternidade, tem conhecimento dos riscos, ainda mais nos dias atuais, que a informação é globalizada e de acesso a todos.

Quanto aos motivos que justificaram a assertiva para a violação da integridade psíquica das mulheres, porque ela tem que assumir uma obrigação para a vida toda, com renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser, nos parece exagerada, porque o que o Código Penal faz é impor os limites da lei, obedecer ou transgredir faz parte do livre arbítrio.

Assim como, faz parte do livre arbítrio, a opção de entregar a criança para adoção, quando a mãe não deseja criá-la.

Esta opção, nos parece muito mais ponderada, pois evita a transgressão da lei, bem como o peso de carregar um filho indesejado pelo resto da vida, além disso, evita, também, os transtornos psíquicos do arrependimento pelo aborto praticado, opção que não foi observada na defesa dos direitos fundamentais da decisão em comento, sendo que, os transtornos causados às mentes das mulheres que praticaram o aborto, com certeza, são bem maiores, do que os transtornos causados às mentes das mulheres que assumiram uma gravidez indesejada.

Não se tem, na vida cotidiana, muitos exemplos de pessoas que estão desequilibradas e sofrendo transtornos psicológicos porque tiveram que assumir uma gravidez não programada ou indesejada. Em sua maioria, filhos oriundos destas concepções se tornam grandes companheiros e bênçãos nas vidas dessas mulheres e as agonias, sofrimentos passados são esquecidos ante as alegrias trazidas pela vida mantida e pela maternidade.

Em contrapartida, os transtornos psicológicos e mentais de mulheres que se submeteram ao aborto, sejam legalizados ou clandestinos, são mais incidentes, e sem

condições de terem refrigério no futuro, pois a vida, uma vez ceifada, nunca mais volta. O aborto é uma via de mão única, enquanto a vida preservada sempre encontra um outro lado positivo. Seja através da assunção do filho ou da adoção.

O pensamento, de que a criminalização do aborto gera discriminação de mulheres pobres, vedando-lhes acesso a procedimento abortivo seguro, também não encontra eco em nosso entendimento, pois, primeiramente, deve ser reconhecido que, ainda que o aborto fosse liberado, as condições de atendimento médico do SUS para o aborto, seriam sempre precárias e talvez até piores que das clínicas clandestinas. Não raro a mídia notícia que pacientes morreram por falta de atendimento na fila do SUS.

Entendemos que o acesso das mulheres pobres ao procedimento continuaria dificultado e precário, pois o problema não está na criminalização do aborto, mas na precariedade do atendimento do médico gratuito do SUS.

O ministro Luís Roberto Barroso afirmou, ainda, haver **violação do princípio da proporcionalidade**, porque a lei deve respeitar os direitos fundamentais e o código penal é de 1940 e havendo uma defasagem dos crimes com os valores contemporâneos e apesar das alterações permanece inalterada a redação da previsão sobre o aborto dos artigos 124 a 128.

Afirma ainda que a tipificação penal apenas estará justificada se **(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).**

Entendeu, ainda, que a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto, portanto não há adequação; quanto à necessidade, entende que há outros instrumentos eficazes para proteção do feto e menos lesivos aos direitos das mulheres, que o estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou pressionam a mulher a abortar, inclusive com programas de planejamento familiar e educação sexual; com relação à proporcionalidade, deve ser verificado se as restrições aos direitos fundamentais são ou não compensadas pela proteção da vida do feto, entendendo que a criminalização do aborto não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos, entendendo que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação, e que o

grau de proteção constitucional é ampliado na medida em que a gestação avança e o feto adquire viabilidade extrauterina, entre outros argumentos.

Nosso pensamento é que, a criminalização do aborto ora praticada no Brasil não tem sido obstáculo para a prática abortiva, pelo menos ela inibe e refreia a prática desordenada, impensada e irresponsável do aborto, e na verdade, se não é a mais adequada para a tutela do direito à vida do feto, é a que melhor dispomos, não existindo outro meio de coibir o aborto senão a criminalização e pena.

Não será com a descriminalização do aborto, ainda que até o primeiro trimestre de gestação, que se conseguirá garantir a tutela do direito à vida do feto. Tampouco causará uma revolução social capaz de preparar as pessoas para uma vida sexual com responsabilidade, com programas sociais de planejamento familiar e educação sexual, ou prestação de serviços de saúde adequados.

De igual turno, não há como coexistir um meio que proteja o direito à vida do feto com a irrestritividade dos direitos das mulheres apontados, porquanto, no nosso entendimento, o direito à vida do feto está hierarquicamente acima dos direitos das mulheres, pretensamente violados.

Além disso, conjuga com estes direitos fundamentais das mulheres, direitos das outras pessoas humanas envolvidas, o homem envolvido na concepção e o nascituro, que também devem ser observados e respeitados. Não se pode imaginar que sempre há um homem vilão que oprime a mulher vitimada pela gravidez indesejada.

Existem situações diversas envolvendo cada gravidez, que nem sempre é tão indesejada assim, e liberada a opção pelo aborto poderá causar mais desestabilidade nas relações, nas condições psíquicas das pessoas que a restrição ora imposta pela legislação penal.

Não será relativizando a criminalização do aborto, excepcionando os fetos de até três meses de gestação da criminalidade, que se estará contemplando os direitos fundamentais das mulheres ou criando uma tutela adequada para o direito à vida do feto, ou ainda, tornando mais justa a nossa lei penal.

Toda essa situação analisada reflete a necessidade, não da descriminalização do aborto, mas de uma atuação maior e mais efetiva do Estado, seja proporcionando melhores condições de vida, trabalho e saúde à população, seja divulgação de meios contraceptivos e educação sexual, seja editando leis mais justas que responsabilizem e comprometam o

coparticipe da geração da vida para que igualem-se não os direitos de homens e mulheres quanto ao descomprometimento com a vida gerada, mas que se igualem as responsabilidades e obrigações do homem e da mulher, protagonistas da nova vida gerada.

8. CONCLUSÃO

A decisão expedida pelo Supremo Tribunal Federal foi arbitrária, *extra-petita*, ultrapassando os limites da lide e do pedido, que se cingia nos pressupostos da prisão preventiva, extrapolou as suas atribuições do STF de guardião da Constituição Federal e seus princípios, para, escorando-se na violação de direitos fundamentais, para relativizar o direito à vida do nascituro, que não se inicia com o nascimento com vida, mas sim com a concepção e a formação do ser humano.

Ficou demonstrado que o nascituro, desde a concepção já é um ser humano e como tal, detentor do direito à vida. Direitos estes que vem, ao longo do tempo, sendo observados e amparados por todos os instrumentos de defesa dos direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos DA ONU, a Convenção Sobre os Direitos da Criança da ONU, o PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, ratificados pelo Brasil, e incorporados na Constituição Federal, e portanto os **direitos do nascituro estão protegidos constitucionalmente desde a concepção e eles têm o direito à vida e de nascer.**

Conquanto os direitos fundamentais das mulheres apontados pelo voto em análise sejam relevantes, **não estão hierarquicamente acima do direito à vida, fonte de todos os demais direitos humanos**, cuja vida visa proteger, e os argumentos apresentados no voto como possíveis de relativizar o direito à vida do nascituro são frágeis e não são suficientes para descriminalizar o aborto. Deve ser melhor analisados os efeitos psicológicos causados pela criminalização do aborto com os efeitos psicológicos causados pela realização de abortos nas mulheres, pois a descriminalização do aborto não aplacará as consciências e o remorso, que se tratam de sentimentos subjetivos muito mais fortes e prejudiciais a psique do que o sofrimento de assumir uma gravidez indesejada.

A criminalização do aborto deve ser mantida, voltando-se os esforços e preocupação do Estado em proporcionar melhores condições educação, trabalho e de vida para a população, para que esta aprenda ter uma vida sexual com responsabilidade e sem riscos, a programar os filhos e evitar a gravidez, e não liberar o aborto para uma população despreparada e sem instrução.

A vida é o direito do qual todos os demais direitos se originam e nada supera a sua aplicação e respeito, nada supera o direito à vida, e os direitos fundamentais decorrentes devem se curvar a este direito que é a gênese dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARENDT, Hannah – “*The OriginsofTotalitarism*”, New York, The Harvest Book, 1973.
- BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- DANOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos: Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº 11.804/2008**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30166-30713-1-PB.pdf> , acesso em 27/01/2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 20. ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, Ed. Forense, Rio, ed. 1957, n. 75.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016 – (Série IDP)
- PENTEADO Jacques de Camargo Apud **A VIDA DOS DIREITOS HUMANOS: BIOÉTICA MÉDICA E JURÍDICA**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.
- PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/** coordenador Cezar Peluso, diversos autores. 10. Ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros, São Paulo, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **Os direitos do nascituro. O nascituro como sujeito de direito**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144636,41046-Os+direitos+do+nascituro+O+nascituro+como+sujeito+de+direito>, acessado em 27/01/2017.

SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 5ª. Ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL - Declaração Universal Dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 27/01/2017.

BRASIL - Declaração dos Direitos da Criança Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 28/01/2017.

BRASIL – Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf. Acesso em 28/01/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal –HC 12.306 – Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 25/01/2017.

BRASIL - Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. - Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm.

BRASIL - Projeto de lei nº 478, de 2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/747985.pdf>.

Submetido em 25.08.2017

Aprovado em 04.09.2017