

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MARTHA ANGÉLICA SOSSAI

**ÉTICA, DIGNIDADE DA MULHER E DA CRIANÇA: REFLEXÕES SOBRE O
ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2019**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MARTHA ANGÉLICA SOSSAI

**ÉTICA, DIGNIDADE DA MULHER E DA CRIANÇA: REFLEXÕES SOBRE O
ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de Filosofia do Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Gabriel Benedito Issaac Chalita.

**SÃO PAULO
2019**

Banca Examinadora

Aos meus pais,

Florípes (in memoriam) e José,

exemplos de persistência e perseverança, que despertaram em mim o amor pelos estudos e me ensinaram a sua importância em minha vida, sempre me auxiliando e guiando nesse caminho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida;

À minha saudosa mãe Floripes, pelo seu “sim” à minha vida;

Ao meu estimado pai José, por todo o incentivo aos meus estudos;

À minha amada irmã Úrsula Daniele, pelo seu auxílio incondicional;

Aos meus amados irmãos Wagner Jesler e Sara Regina, por terem sido exemplos de vida;

Aos meus sobrinhos Anderson, Nayara, Pietra, Luiz, Brayam, Ana, Thainá e Eric, meus tesouros;

Ao estimado Márcio Donizeti de Barros, pelo incentivo para a realização deste sonho;

Aos meus “filhos do coração”, Márcio Donizeti de Barros Júnior e Juliana Cristina de Barros, pelo apoio e auxílio;

Ao meu incrível orientador, Professor Doutor Gabriel Benedito Issaac Chalita, por ter sido, principalmente, uma inspiração para o desenvolvimento deste estudo;

À inesquecível e maravilhosa Professora Doutora Márcia Alvim, pelas valiosas contribuições para o desenvolvimento e concretização deste estudo;

Ao sábio Professor Doutor José Renato Nalini, pelas valiosas contribuições teóricas para o desenvolvimento deste trabalho;

Ao querido Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, pelos inesquecíveis ensinamentos teóricos e de vida;

Ao estimado Professor Doutor Márcio Pugliesi, por fazer parte da construção do conhecimento para esta dissertação;

Ao brilhante Professor Mestre Silvio José Farinholi Arcuri, pelos preciosos exemplos de sua carreira jurídica e contribuições de ideias durante o mestrado;

Ao Professor Doutor Ivanaldo Santos, por seus estudos fundamentais para o desenvolvimento desta dissertação;

Ao Padre Luis Carlos Lodi da Cruz e a todos que trilham na incansável luta a favor da vida humana.

“Nunca, jamais desanimeis, embora venham ventos contrários”.

Santa Paulina

RESUMO

O presente estudo tem por escopo buscar refletir sobre a realidade jurídica do aborto no Brasil e a sua relação com a ética e a dignidade da pessoa humana. Também é realizada uma reflexão a respeito das definições sobre o início da vida humana que influenciam na prática do aborto previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, sendo o conceito do início da vida humana um assunto controverso na esfera jurídica, é apregoado neste estudo sobre a possibilidade de se viabilizar uma medida cabível para se dirimir o conflituoso tema sobre o aborto, que se divide entre o direito à vida do nascituro e a sua dignidade em contraponto com a dignidade da pessoa humana da mulher, relacionando à ética presente nos estudos filosóficos. Também são analisados os dispositivos jurídicos que versam sobre o aborto no Brasil, e as consequências que esse ato contra a vida acarreta sobre as pessoas de maneira individual e coletiva. Mediante pesquisa de análise e estudo documental e bibliográfico, é definido o conceito de vida e a sua proteção no âmbito jurídico e são identificados e descritos os tipos de aborto que não são penalizados no Brasil.

Palavras-chave: ética, aborto, dignidade da mulher, dignidade da criança, vida humana, direito da mulher, direito da criança.

ABSTRACT

This study aims to think about the legal reality of abortion in Brazil and its relationship with to ethics and the dignity of human person. A discussion is also made on the definitions about the beginning of human life that influenced the practice of abortion foreseen in the Brazilian legal system. In this sense, as the concept of the beginning of human life a controversial issue in the legal system, it is proclaimed in this study the possibility of achieving a reasonable measure to solve the contentious issue of abortion, which is divided between the right of unborn life and this dignity in counterpoint with the dignity of the human being of the woman, relating to the ethics part of the philosophical studies. Also it is reviewed the legal provisions that deal with abortion in Brazil, and the consequences that this act against life entails on people in an individual and collective ways, presenting the philosophical ethics as a guide for this study. Through a method of research of analysis and documentary and bibliographic study, the concept of life and its protection in the legal scope is defined; identified and described the types of abortion that are performed in Brazil.

Key words: ethics, abortion, woman's dignity, dignity of the child, human life, woman's rights, child's rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ÉTICA	15
1.1. Conceito de ética	15
1.2. Classificação de ética.....	18
1.2.1. A ética empírica	18
1.2.1.1. A ética anarquista.....	19
1.2.1.2. A ética utilitarista	20
1.2.1.3. A ética ceticista	21
1.2.1.4. A ética subjetivista.....	21
1.2.2. A ética dos bens	22
1.2.2.1. O eudemonismo, o idealismo ético e o hedonismo	22
1.2.3. A ética formal	23
1.2.4. A ética dos valores.....	24
1.2.5. A ética pós-moderna.....	25
1.3. Ética e a prática do aborto	26
2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	34
2.1. Conceito de dignidade da pessoa humana	34
2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana	37
2.3. Dignidade da pessoa humana da mulher	43
2.4. Dignidade da pessoa humana da criança	44
2.5. Dignidade da pessoa humana da mulher e da criança: direitos fundamentais em conflito	47
3. A VIDA HUMANA	53
3.1. Definição	53
3.2. Início da vida humana	56
3.3. O direito à vida do nascituro e a dignidade da pessoa humana da mulher ..	61
3.4. A vida humana e a Encíclica Evangelium Vitae	62
4. O ABORTO	65
4.1. Conceito	65

4.2.	Espécies de aborto.....	66
4.3.	A pretendida legitimidade do aborto.....	67
4.4.	Eufemismos utilizados para amenizar a atrocidade do aborto	71
4.5.	As sequelas do aborto para a mãe e as falsas alegações em favor de sua legitimidade.....	74
4.6.	Aspectos socioeconômicos	76
4.7.	O aumento populacional e a Encíclica Populorum Progressio	78
4.8.	O tema do aborto na Encíclica Evangelium Vitae	79
5.	O DIREITO E O ABORTO	82
5.1.	A Constituição Federal	84
5.2.	O Pacto de São José da Costa Rica	85
5.3.	Estatuto da Criança e do Adolescente	89
5.4.	A objetividade jurídica do crime de aborto	90
5.5.	A questão no Brasil	92
5.6.	O Código Penal	94
5.7.	Espécies de aborto criminoso previstas na legislação penal brasileira	101
5.8.	Conflitos no sistema normativo	104
5.9.	Caracterização do crime de aborto	108
5.10.	Condições jurídicas do crime de aborto	110
5.10.1.	O dolo	110
5.10.2.	O estado fisiológico da gravidez	110
5.10.3.	Emprego de meios dirigidos à provocação do aborto	111
5.10.4.	Morte do feto	112
5.11.	Aborto qualificado	113
5.12.	Tentativa de aborto	113
5.13.	Aborto necessário	114
5.14.	Aborto de estuprada	115
5.15.	Aborto eugenésico	115
5.16.	O Código de Ética Médica	115
5.17.	A Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 442	116
5.17.1.	Manifestação da Advocacia Geral da União sobre a ADPF nº 442	121
5.17.1.1.	Da impossibilidade de atuação do STF como legislador positivo.....	121
5.17.1.2.	Requisitos necessários à concessão de medida cautelar	123

5.17.1.3.	Inexistência de disposição constitucional a respeito do aborto...	123
5.17.1.4.	A proteção do direito à vida segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	126
5.17.1.5.	A prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade de escolha da gestante na ordem constitucional brasileira	129
CONCLUSÃO		130
REFERÊNCIAS.....		135

INTRODUÇÃO

Refletir a respeito dos aspectos que envolvem a temática do aborto no Brasil, as definições sobre a vida humana e direitos humanos da mulher e do nascituro que influenciam na prática do aborto, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, nos remete à definição do início da vida humana.

Nessa senda, percebe-se que o conceito do início da vida humana é um assunto controverso na esfera jurídica. O nascituro indefeso muitas vezes não é visto como uma pessoa humana, mas sim como um aglomerado de células que faz parte do corpo da mulher, sendo que há os que pensam que o nascituro pode ser morto por esse motivo, corroborando para a morte de uma pessoa humana que está em desenvolvimento.

Diante do imbróglio acima apresentado, a finalidade deste estudo é buscar compreender a realidade jurídica sobre o aborto no Brasil e sua relação com a ética e a dignidade da mulher e da criança.

Dessa maneira, existe a necessidade de compreensão e reflexão de um problema jurídico que afeta o ser humano desde seus primórdios e merece especial atenção devido a sua complexidade.

A partir disso, percebe-se a necessidade da realização de algumas reflexões que visem minimizar os conflitos sobre essa temática, com o intuito de se vislumbrar alguma medida que seja viável para as partes envolvidas. Apesar de vivermos na “era da informação”, é cediço que ainda persiste a falta de maiores esclarecimentos para que as pessoas possam ter elementos concretos para auxiliar no seu posicionamento a respeito dessa questão. Devido a essa dificuldade, com base em autores que tratam sobre essa temática, este trabalho expõe os principais aspectos que contribuem para a sua compreensão, no desejo de elucidar a respeito da realidade do aborto.

Assim, supondo uma prática de aborto sem punição pelo Código Penal brasileiro nos casos em que nele estão dispostos, para alguns, essa prática poderia ser considerada um direito à dignidade da mulher e uma forma de se alcançar uma solução exequível para o problema vivenciado em relação aos casos de aborto. Nesse diapasão, será apregoadado neste estudo sobre a possibilidade de se viabilizar uma medida cabível para se dirimir o conflituoso tema sobre o aborto, que se divide entre o direito à vida e a dignidade do nascituro em contraponto com a dignidade da pessoa humana da mulher, relacionando à ética presente nos estudos filosóficos.

Haja vista a amplitude do tema, este trabalho se delimita a ter como objetivo analisar os dispositivos jurídicos que versam sobre o aborto no Brasil, as consequências que esse ato contra a vida acarreta sobre as pessoas de maneira individual e coletiva e a dignidade da mulher e da criança, apresentando aspectos éticos e filosóficos do Direito como um norteamento para este estudo, notadamente com base nos estudos de José Renato Nalini, Jacques Maritain e Hannah Arendt.

Para tanto, é apresentada a definição de conceito de vida e a sua proteção no âmbito jurídico, a identificação e descrição dos tipos de aborto no Brasil e a caracterização dos instrumentos jurídicos atinentes ao aborto.

Por fim, a realização deste trabalho é concretizada por meio de pesquisa bibliográfica, tomando por base textos e artigos acadêmicos, além da legislação vigente. O método de pesquisa empregado é o dedutivo, escolhido em virtude de favorecer o alcance dos objetivos propostos.

1. ÉTICA

“Sem o norte, sem o destino certo, de nada adianta um navio deixar o porto. A ética é a navegação e é ao mesmo tempo o destino certo dos navegantes. É o ponto de partida, o caminho e a chegada. Se todas as ações humanas têm como objetivo final a felicidade, a ética tem muito a dizer sobre todas elas.”¹

(Gabriel Chalita)

Este estudo é pautado na legislação brasileira e nos conceitos de ética descritos por autores renomados como José Renato Nalini, que possibilitam uma “navegação” coerente pelos rumos da justiça.

1.1. Conceito de ética

A origem da palavra ética é grega: *éthos*, que diz respeito ao caráter, morada, lugar onde se habita, modo de ser, e pode ser entendida como o estudo das noções e princípios que sustentam as bases da moralidade social e da vida individual.

Para José Renato Nalini, a ética é “justamente saber discernir entre o devido e o indevido, o bom e o mau, o bem e o mal, o correto e o incorreto, o certo e o errado.”²

Nesse aspecto, é pertinente o que aduz o autor supramencionado: “...há quem sustente que a moral é ampla e abrangente. Quando suas normas são positivadas, está-se a falar de ética. Por isso é que existem ‘Códigos de Ética’ e não ‘Códigos de Moral’.”³

¹ CHALITA, Gabriel. **Os Dez Mandamentos da Ética**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003, p. 28.

² NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

³ Ibidem, p. 45.

A ética elucida as normas, mostrando os valores e princípios que devem nortear a existência das pessoas, aprimorando e desenvolvendo o sentido moral do comportamento e influenciando a conduta humana.

Essas normas exprimem, pois, um dever para as pessoas que possuem capacidade de cumpri-la ou de violá-la. Disso decorre a liberdade, sendo possível a sua violação.

Nessa perspectiva, José Renato Nalini afirma que “...não é tão importante *definir* ética, senão *vivenciar* ética.”⁴ Essa declaração pode remeter à ideia de que o homem tende naturalmente para o bem, e pode ser otimizado atuando no sentido de estimular a boa prática perante o que deve ser.

E para ser ético é importante estudar a ética. Não quer dizer que esse estudo seja o suficiente, mas pode motivar a reflexão das pessoas, pois convém lembrar que “...a postura de quem se propõe a estudar e a vivenciar ética deve ser a de um esperançoso em dias melhores. Utopia? Talvez. Mas sem o sonho utópico não se consegue suportar a carga de angústia que se intensificou nos últimos tempos.”⁵

Ademais, os princípios éticos são normas que nos obrigam a agir em função do valor do bem visado pela nossa ação, ou do objetivo final que dá sentido à vida humana; e não de um interesse puramente subjetivo, que não compartilhamos com a comunidade. E esse valor objetivo deve ser considerado em todas as suas dimensões: no indivíduo, no grupo ou classe social, no povo, ou na própria humanidade.⁶

Vale lembrar que só o ser humano é dotado de liberdade, e, por conseguinte, de responsabilidade; isto é, só ele é capaz de escolher conscientemente as

⁴ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

⁵ Ibidem, p. 65.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 500.

finalidades de suas ações, finalidades que podem se revelar boas ou más para si e para outrem, devendo, portanto, o agente responder perante os demais pelas consequências de seus atos.⁷

E a finalidade dessas ações suscitam o dualismo bom *versus* mau, que é da própria essência da vida ética, e inscreve-se na consciência de todo ser humano, sendo certo que a definição do que é bom e do que é mau varia no tempo e no espaço, no plano individual e social.⁸

Nesse sentido, importante ressaltar a reflexão realizada por Fábio Konder Comparato “... o que pode existir de mais valioso na vida, quer dos indivíduos, quer dos povos, senão alcançar a plena felicidade? Pois é disto exatamente que se trata quando falamos em ética”.⁹

Assim, a ética demanda do agente conduta livre e autônoma, conduta dirigida pela convicção pessoal e conduta insuscetível de coerção, sendo possível afirmar que quando a conduta não é livre e autônoma, essa ação não pode ser considerada de sua livre autoria, não gerando responsabilidade ética.¹⁰

E essa conduta deve agir visando objetivamente ao bem comum e não apenas ao bem próprio, sendo, sempre e em qualquer circunstância, eticamente indispensável,¹¹ pois toda a vida ética é fundada em valores, que supõem a liberdade de escolha e criam deveres de conduta.¹²

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 463.

⁸ *Ibidem*, p. 508.

⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Opus citatum*, p. 503.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Opus citatum*, p. 505.

Dessa maneira, é possível cuidar de ser bom e de fazer o bem procurando a correção de rumos por meio de disseminação da cultura de uma vida mais ética e voltada para o bem de todos.

1.2. Classificação de ética

Está presente neste estudo a classificação de ética para auxiliar na sistematização desta temática que é de relevante importância para o desenvolvimento desta dissertação. Para tanto, é utilizada a classificação aduzida por Eduardo Garcia Máynez, que divide a ética em: empírica, dos bens, formal e valorativa.¹³ Também há outra definição apresentada por Zygmunt Bauman, que é a ética pós-moderna.

1.2.1. A ética empírica

O empirismo se atém ao que realmente ocorre a partir do efeito concreto da atuação humana.

Empirismo é, então, o conhecimento advindo da experiência, captado pelo mundo externo (pelos sentidos) ou pelo mundo subjetivo (pela introspecção).

Para os empiristas, as teorias de conduta se baseiam na constatação da vida moral dos humanos. Nessa perspectiva, deve ser observado o que o homem faz normalmente, e não o que o homem deve fazer, devendo o homem ser naturalmente como é, e não como as normas que lhes são impostas desejam que ele seja.

¹³ MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Ética Empírica. Ética dos Bens. Ética Formal. Ética Valorativa**. 18. ed. México: Porrúa, 1970, p. 30, apud NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

O empirista sustenta a validade do subjetivismo ético, que é uma das principais variantes da ética empírica, na qual cada sujeito estabelece o padrão ético que acredita ser o mais conveniente para si mesmo.

Dessa maneira, como nada é absolutamente bom, a ideia é que sejam procuradas condutas que pareçam mais benéficas à sociedade e ao indivíduo, sendo que a utilidade é a máxima desse conceito.

A ética empírica pode ser dividida em: ética anarquista, ética utilitarista e ética ceticista; e a variante ética subjetivista, como brevemente exposto em seguida.

1.2.1.1. A ética anarquista

A palavra anarquismo, derivada do grego, significa a teoria social de que o grupo humano prescinde de autoridade, mas que pode se desenvolver em autoridade ou governo, com base no instinto para a liberdade.

O anarquismo não observa nenhuma norma ou valor, pois nenhuma lei é considerada legítima, já que desrespeita a autonomia da vontade de cada um. A única regra a ser seguida no anarquismo é a da determinação individual.

Também no anarquismo predomina a concepção da vontade humana, que é imprevisível e variável. Nele, os mais fortes fazem prevalecer a sua decisão em detrimento dos mais fracos que se submetem à vontade alheia. E, na maioria das vezes, a busca pelo próprio prazer não respeita a dor alheia.

Bobbio faz uma observação de sua aplicação prática: “O anarquismo fez uma opção qualitativamente importante: de uma teoria típica de países atrasados e de grupos explorados passou a ser, genericamente, a expressão dos ‘rejeitados’, dos

desclassificados intelectuais e de todas as outras classes de sociedade altamente industrializada.”¹⁴

Assim, a ética anarquista está presente em sociedades emergentes em que o único interesse é satisfazer a própria vontade, sem preocupação com a satisfação alheia.

1.2.1.2. A ética utilitarista

Para Jeremy Bentham, “por utilidade se entende aquela propriedade, em qualquer objeto, mediante a qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto no caso presente é a mesma coisa) ou (o que novamente é a mesma coisa) a prevenir que ocorra um dano, dor, mal ou infelicidade à parte cujo interesse é considerado.”¹⁵

No utilitarismo, a felicidade individual é o valor mais importante; e a utilidade geral, o bem comum, o bem-estar coletivo, é a meta desejável para a missão dos governos e dos políticos.

O utilitarismo considera bom o que é útil. A conduta ética desejável no utilitarismo é a conduta útil. Todavia, nem tudo que é útil é bom, como, por exemplo, um revólver que serve para matar.

Há uma divisão entre os utilitaristas: os hedonísticos e os não hedonísticos. Para os utilitaristas hedonísticos, a única obrigação moral é produzir o máximo

¹⁴ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: UNB, 2000. Vol. 1, apud NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 73.

¹⁵ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Blackwell, 1967, p.125, apud NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74.

possível de prazer sobre a dor, maximizando a felicidade. Já para os utilitaristas não hedonísticos, a única obrigação moral é produzir o máximo possível de estados de consciência bons sobre os maus; não se esgotando o mal na dor, sendo que poderia estar presente essa maledicência em outros aspectos.

1.2.1.3. A ética ceticista

O ceticismo é a corrente do pensamento que se contrapõe ao dogmatismo, sendo cético aquele que duvida.

Segundo Miguel Reale, “enquanto o dogmatismo afirma a possibilidade de atingir-se a verdade com certeza e sem limites *a priori*, o ceticismo implica uma constante atitude dubitativa ou em todos os graus e formas de conhecimento, convertendo a ‘incerteza’ em característica essencial dos enunciados tanto da Ciência como da Filosofia.”¹⁶

1.2.1.4. A ética subjetivista

No subjetivismo, os juízos morais refletem atitudes individuais ou do grupo.

O subjetivismo é a manifestação mais comum da ética empírica, significando a tendência a encarar todas as coisas por um ângulo de visão pessoal. Consiste, pois, em cada qual adotar para si a conduta ética mais conveniente com a sua escala própria de valores.

¹⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 162, apud NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

A noção subjetivista implica que cada um é a medida do bem e do mal e do seu próprio parâmetro, tendo valor para um indivíduo apenas o que ele individualmente ou coletivamente entender ser valioso.

1.2.2. A ética dos bens

A ética dos bens pode ser definida como a conduta dirigida à consecução do que pode ser considerado bom. Ao contrário do relativismo, sustenta a existência de um valor fundamental denominado bem supremo, que consiste na realização do fim próprio da criatura humana.

A ética dos bens se preocupa com a relação entre o proceder individual e o supremo fim da existência humana.

1.2.2.1. O eudemonismo, o idealismo ético e o hedonismo

As principais manifestações de ética do bem são o eudemonismo, o idealismo ético e o hedonismo.

Derivada do grego *eudemonia*, que quer dizer felicidade, o *eudemonismo* é a doutrina que considera o princípio e fundamento dos valores morais a busca de uma vida feliz; partindo do pressuposto de que a tendência à felicidade é inata ao homem.

O eudemonismo considera eticamente positivas todas as atitudes que aproximem o homem da felicidade, que é tida como bem supremo.

Para elucidar esse eudemonismo, cabe lembrar que: “O bem é a finalidade da ética. Ou seja, como disciplina, a ética procura determinar os meios para atingir o

bem. Mas pode-se dizer também de maneira muito mais ampla que o bem é a finalidade de todas as atividades humanas.”¹⁷

No *idealismo*, a aspiração máxima do homem é a prática do bem. Essa virtuosidade de praticar o bem é a finalidade do idealismo, mesmo que para isso não seja extraído prazer.

Opostamente, há o *hedonismo* que busca a felicidade no prazer, que pode ser o prazer carnal ou os demais tipos de prazer possíveis.

Além dessas três formas da ética dos bens, é possível que essas sejam combinadas, desencadeando outras formas mistas.

1.2.3. A ética formal

Para Immanuel Kant (1724-1804), representante da ética formal, a significação da moral está na pureza da vontade e na retidão dos propósitos do agente, e não nos resultados externos; sendo que a moralidade de um ato é aferida a partir do foro íntimo da pessoa.

*A boa vontade não é boa pelo que efetue ou realize, não é boa por sua adequação para alcançar algum fim que nos tenhamos proposto; é boa só pelo querer, quer dizer, é boa em si mesma. Considerada por si mesma, é, sem comparação, muitíssimo mais valiosa do que tudo aquilo que por meio dela pudéssemos realizar em proveito ou graça de alguma inclinação e, sequer, da soma de todas as inclinações”.*¹⁸

¹⁷ CHALITA, Gabriel. **Os Dez Mandamentos da Ética**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003, p.36.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, trad. Garcia Morent, Madrid: Calpe, 1921, p. 22, apud NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

É, outrossim, mera legalidade, sem repercussão no valor ético da ação, a compatibilidade externa entre conduta e a norma. Moralmente valioso é atuar por respeito à exigência ética, ou seja, o cumprimento do dever pelo dever.

O fundamento da lei moral está em princípios racionais, e não na experiência. A consciência moral possui princípios em virtude dos quais os homens regem sua vida, ajustando a sua conduta por meio desses princípios.

Para Kant, portanto, o valor de uma ação depende da relação da conduta com o princípio do dever, o imperativo categórico.

1.2.4. A ética dos valores

A ética dos valores é uma inversão da tese Kantiana, já que nela o valor moral é todo dever que encontra fundamento em um valor. A noção de valor é o cerne da ética dos valores, só tendo sentido aquilo que é valioso; valor que é demonstrado pela consciência.

A definição acima mencionada sobre valor é complexa, e depende de juízos de avaliação.

Um dos objetivos da aprendizagem ética é permitir que haja aperfeiçoamento nos critérios de avaliação para que as escolhas resultantes da autonomia do indivíduo sejam valores autênticos.

Max Scheler realizou uma classificação dos valores em: valores do agradável e do desagradável; valores vitais; valores espirituais e valores religiosos.¹⁹

Dessa maneira, os valores são, pois, a condição da existência dos bens.

¹⁹ SCHELER, Max. **O Formalismo na Ética e a Ética Material Valorativa**, apud NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

1.2.5. A ética pós-moderna

A expressão ética pós-moderna é advinda de Zygmunt Bauman, que inclusive conferiu esse nome a um de seus livros.

Para Bauman, “a ‘agenda moral’ de nossos tempos está cheia de itens em que escritores éticos do passado mal ou sequer tocaram, e por boa razão: em sua época eles não eram articulados como parte da experiência humana”, devido aos novos desafios dos nossos tempos.²⁰

A ética pós-moderna acredita que não é possível elaborar um código de ética que não seja suscetível de falhas, e conseqüentemente, impossível elaborar um regimento ético.

O percurso cronológico pelas concepções éticas foram superficialmente mencionadas nesse capítulo com o propósito de servir de reflexão para evidenciar o tema do aborto tratado nesta dissertação.

Importante salientar que todas as éticas, sejam quais forem suas orientações, premissas, engajamentos e preocupações, sempre elegem “o melhor” como sendo a finalidade do comportamento humano. Toda postura ética assume uma espécie do que seja “o melhor” para o direcionamento da ação humana e, uma vez eleita, segue a trilha e a orientação traçadas para sua realização, assumindo os riscos do caminho e das conseqüências.²¹

Conforme postulado por José Renato Nalini,

Depois de milhões de anos de existência sobre a Terra, continua a criatura humana a defrontar-se com os mesmos problemas

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**, 3.ed.São Paulo: Paulus, 2006, apud NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 11. ed. rev., atual e modificada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

comportamentais que sempre a afligiram: o egoísmo, o desrespeito, a insensibilidade e a inadmissível prática da violência.²²

Por fim, esse estudo sobre a ética pode ser um caminho para enfrentar alguns aspectos da abordagem do tema do aborto, pois a ética pode ser ensinada.

Assim, estudar ética poderá ser alternativa eficaz para o enfrentamento dessas misérias da condição humana. Ética se aprende e ética se pode ensinar. O abandono da ética não faz bem ao processo educativo, nem à humanidade.²³

1.3. Ética e a prática do aborto

A definição trazida por José Renato Nalini, de ser ético, superando os interesses pessoais, vai contra a prática abortiva, que não considera os interesses alheios. Nalini traz o ensinamento de que ser ético é superar os interesses pessoais e procurar não apenas compreender, mas – se possível – colaborar para que os interesses alheios também sejam considerados, ou seja, é a ideia conhecida como “regra de ouro”, atribuída a Moisés, contida no livro Levítico, repetida por Jesus e depois por Kant e Chaim Perelman: desejar ao próximo o que se deseja para si mesmo.²⁴

Em qualquer fase da vida humana, o aborto é contrário à ética, conforme apregoa José Renato Nalini:

A tutela à vida inviabiliza a prática do aborto. Aborto é o correspondente em português para *abortus*, palavra latina derivada de *aboriri*, com o significado de morrer ou perecer. Significa a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja espontânea ou provocada, com expulsão ou não do feto morto. A doutrina

²² NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.

²³ Ibidem, loco citato.

²⁴ Ibidem, p. 60.

também usou *feticídio* como expressão intercambiável com aborto. Só que, antes de ser feto, já existe um ser humano. O zigoto, fase anterior ao feto, é gente. Tem direitos assegurados pela Constituição e respeito garantido pela ética.²⁵

As questões éticas sobre o início e o final da vida humana devem ser observadas, devendo haver “vida com dignidade”, conforme aduz Maria Helena Diniz, de maneira que urge a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana. Concatena a autora, por conseguinte, que a bioética deve ocupar-se de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc., considerando a dignidade humana como valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar. Assim, a autora conclui que, para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”.²⁶

Dessarte, o falar-se sobre o tema do aborto, deve-se considerar a observância dos princípios éticos, que são fundamentais para uma convivência harmônica em sociedade. De acordo com Fábio Konder Comparato, os princípios éticos são normas que nos obrigam a agir tendo em vista o valor do bem visado pela nossa ação, ou do objetivo final que dá sentido à vida humana; e não de um interesse puramente subjetivo, que não compartilhamos com a comunidade, devendo esse valor objetivo ser considerado em todas as suas dimensões: no indivíduo, no grupo ou classe social, no povo, ou na própria humanidade.²⁷

Além do mais, o tema do aborto, ao referir-se à ética, traz à baila o dualismo presente na consciência de todas as pessoas sobre o que é bom e o que é mau,

²⁵ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 324.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.500.

seja de maneira individual ou no contexto social, e que deve ser refletido. Para Comparato, o dualismo bom *versus* mau, que é da própria essência da vida ética, inscreve-se na consciência de todo ser humano, sendo que a definição do que é bom e do que é mau varia no tempo e no espaço, no plano individual e no social.²⁸

Assim, ao se pensar sobre a prática do aborto, como um ato de escolha da pessoa humana, deve ser uma ação pautada na ética, pois, como Fábio Konder Comparato nos traz a lição de que agir bem, ser bom, ser ético conduz as nossas ações igualmente para agir politicamente. Esse agir bem deve ser em nosso bairro, em nossa cidade, em nosso país; e devemos agir na comunidade local, e agir com o mesmo espírito ao interagir com as esferas do poder público, em nossas escolhas, na colaboração com programas que promovem a justiça e as virtudes, na vigilância pela defesa dos interesses públicos.²⁹

Comparato alvitra que o homem virtuoso, portanto, é o homem ativo, que aprendeu pela prática a desempenhar um papel social dentro da sua comunidade; ele é o homem político; e que contemplação pura era algo próprio dos deuses, e não cabia ao ser humano esse mister – para os humanos, a ação é obrigatória, se eles aspiram a ser chamados de virtuosos. Assevera o autor que o indivíduo virtuoso, agindo então por sua comunidade, faz o melhor governo de si e das coisas públicas ao seu alcance; sendo, o indivíduo virtuoso o cidadão, o indivíduo político. Comparato conclui esse pensamento preconizando que a política determina os princípios constitutivos do bom Estado, e a ética expõe a forma da vida boa nessa comunidade ampla, o equivalente a dizer que, na prática, a virtude do Estado existe conforme a virtude dos seus cidadãos; que o Estado só é bom se seus cidadãos forem virtuosos.³⁰

Maritain lembra que Aristóteles também traz alguns pontos sobre a aspiração à felicidade humana e pontua que é preciso fazer o bem e evitar o mal:

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 508.

²⁹ Ibidem, p. 31

³⁰ Ibidem, p. 32.

Para evitar todo mal entendido convém citar claramente os seguintes pontos: 1) Aristóteles não nos diz que devemos *tender* à felicidade. A Aspiração à felicidade é um dado da natureza que existe no homem de modo necessário. Aristóteles procura discernir ou determinar *em que verdadeiramente consiste* a felicidade, essa felicidade à qual aspiramos de modo necessário. 2) Essa determinação é função do saber própria à filosofia moral. Mas os homens não esperavam as reflexões da filosofia moral e as teorias dos éticos para viverem e para agirem. Devem eles, portanto, possuir um modo próprio, - espontâneo ou “pré-filosófico”, - de saber qual seja verdadeiramente o sentido da vida e em que consiste seu verdadeiro bem supremo (intervenha então, ou não, de maneira explícita, a ideia de felicidade). Indico apenas o problema, pois que não é oportuno examiná-lo no presente volume. 3) Desde que sabemos em que verdadeiramente consiste o bem supremo, - seja esse conhecimento adquirido por via prática e espontânea ou por via especulativa e filosófica, - sabemos também que *devemos* tender a esse verdadeiro bem. Somos a isso obrigados em consciência, não em virtude de alguma demonstração filosófica, mas em virtude de um “primeiro princípio” imediatamente conhecido por todos e por si mesmo evidente àquilo que Aristóteles chama a “razão intuitiva” ou a inteligência imediata dos princípios”: é preciso fazer o bem e evitar o mal. Quando o filósofo determina qual é o *verdadeiro* bem supremo do homem, indica logo qual é a primeira opção à qual é todo homem obrigado em consciência.³¹

Dessa maneira, ao se observar os princípios éticos, é possível que a pessoa construa uma convivência justa e feliz, pois, para Jacques Maritain, acreditar nas habilidades humanas de construir uma convivência justa e feliz não é simples e nem tampouco tarefa para pessoas superficiais, que apenas assistem ao espetáculo cambiante das ações humanas, tendo a oportunidade de ora vaiar, ora aplaudir. Para Maritain, acreditar nessas habilidades é acreditar que há uma outra paisagem

³¹ MARITAIN, Jacques. **A Filosofia Moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p.

que pode ser construída: a semente que gera planta, que gera flor, que gera fruto, e que alimenta corpo e alma.³²

Então, em consonância com o postulado por Jacques Maritain, o bem é a finalidade da ética, que procura determinar os meios para atingi-lo. Mas pode-se dizer também que o bem é a finalidade de todas as atividades humanas e que, afinal, toda vez que nos empenhamos em fazer algo, temos interesse em obter um resultado adequado. Um exemplo citado por Maritain é o do artesão que desbasta o galho, pouco a pouco exibindo a forma que ele adivinhava estar contida na madeira, procura ao final alcançar um objeto útil, seja pelo aspecto ornamental ou pelo aspecto do uso instrumental e aspira a executar de modo completo, acabado, o que iniciou, que é o trabalho bem-feito.³³

Além disso, Jacques Maritain elucida esse ponto de vista fazendo menção ao desempenho de tarefas produtivas em que a finalidade das ações humanas é procurar alcançar um resultado bom, enquanto nas ações da vida em sociedade verifica-se uma diferença fundamental, o bem é a própria finalidade desejada. Maritain aduz que, toda vez que fazemos alguma coisa, visamos o nosso próprio bem, mas também fazemos coisas que consideramos boas para as pessoas por quem temos afeto, por nossos amigos, por nossa família, agindo sempre tendo em vista o que julgamos ser melhor para nós, segundo nossas consciências ou nossas vontades.³⁴ Esse pensamento esclarece o ato egoísta que está por detrás da ideologia abortista, que defende unicamente o direito da mulher de poder escolher sobre a vida que está se desenvolvendo no seu corpo.

José Renato Nalini também explana sobre o egoísmo humano, ao comentar sobre o aborto:

³² MARITAIN, Jacques. **A Filosofia Moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 32.

³³ Ibidem, p. 36.

³⁴ Ibidem, p. 39.

[...] Compreensível que a tese do aborto pareça mais palatável a quem foi treinado para ser egoísta do que o desconforto de se criar uma criança. Quanta vez indesejada. Muita vez deficiente.

Aí é que entra a consideração do valor absoluto da vida, incomparável com qualquer outro, insuscetível de vir a ser sacrificado em nome de direito alheio. Por mais relevante seja o direito invocado para tirar a vida extrauterina.

Assim que o óvulo é fecundado, tem origem a vida e um ser integral e completo surgirá ao termo de aproximadamente quarenta semanas. A ninguém é conferido o direito de matá-lo. É o que justifica a interminável celeuma em torno ao descarte dos óvulos extranumerários. Aqueles fecundados que não vão ser inseminados e que não podem ser considerados mera substância suscetível de experimentos laboratoriais. Por mais nobre seja a intenção dos pesquisadores, são vida humana. Não apenas “seres potenciais”, mas criaturas pertencentes à espécie e que, em ambiente favorável, desenvolver-se-ão até a plenitude possível.”³⁵

Já o autor Ivanaldo Santos, ao tratar sobre o aborto, definindo-o como ato livre e consciente de matar, de eliminar a vida do feto, da criança ainda no ventre da mãe, afirma que o aborto é uma prática que remonta à antiguidade e que exige o sacrifício do mais indefeso dos indivíduos, ou seja, a morte do feto, do nascituro. O autor também menciona que por esse motivo sempre houve, ao longo da história humana, leis e princípios morais que limitaram sua realização por ser um ato profundamente antiético, desumano e contrário aos direitos humanos.³⁶

Essas questões a respeito da ética também são tratadas por Fábio Konder Comparato em relação ao tema do aborto, ao trazer que o avanço tecnológico não cessa de criar problemas novos e imprevisíveis à espera de uma solução satisfatória, no campo ético; e questiona se todo ser humano deve ser havido, em qualquer lugar e circunstância, como pessoa, e em razão disso protegido pela ordem

³⁵ NALINI, José Renato. **Por que Filosofia?** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

³⁶ SANTOS, Ivanaldo. **O Aborto e a Dignidade da Pessoa Humana:** a perspectiva de Edith Stein. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 38, n. 148, jan./jun., 2015, p. 45-67.

jurídica, e a partir de que momento, precisamente, em que se deve reconhecer a existência de um homem. Comparato também se questiona se sobre o juízo da ética e do direito, o aborto intencional equivale a um homicídio³⁷. Mesmo havendo uma normatização sobre os questionamentos desse autor, os problemas éticos jurídicos prevalecem e geram inúmeras discussões nas diversas áreas englobadas pela temática do aborto.

Ainda em relação aos questionamentos que são levantados sobre o tema do aborto, seria possível sugerir que sejam pautados pela solidariedade ética aduzida por Fábio Konder Comparato, que observa que a solidariedade traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Comparato também traz que, paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.³⁸ A solidariedade ética, então, é a ideal para ser solidificada na legislação brasileira, inclusive a referente ao aborto.

Por fim, o Santo Papa João Paulo II, declarou a respeito do aborto:

Com a autoridade que Cristo conferiu a Pedro e aos seus sucessores, em comunhão com os bispos [...], declaro que o aborto direto, isto é, querido como fim ou como meio, constituiu sempre uma desordem moral grave, enquanto morte deliberada de um ser humano inocente [...]. Nenhuma circunstância, nenhum fim, nenhuma lei no mundo poderá jamais tornar lícito um ato que é intrinsecamente ilícito, porque contrário à lei de Deus, inscrita no coração de cada homem, reconhecível pela própria razão e proclamada pela Igreja.³⁹

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-45.

³⁸ Ibidem, p. 51.

³⁹ WOYJTYLA, Karol. **Encíclica Evangelium Vitae**, 25 de março de 1995. Disponível em: w2.vatican.va/.../hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 12/08/2016.

Nesses moldes, em vista do dissenso apresentado entre a ética e o aborto pelos autores em epígrafe, é possível afirmar que a prática do aborto não é um ato ético, pois não considera os interesses alheios e se detém a vislumbrar apenas os interesses pessoais.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam.”⁴⁰

(Guimarães Rosa)

2.1. Conceito de dignidade da pessoa humana

A expressão “dignidade da pessoa humana” está relacionada à qualidade intrínseca do homem enquanto ser. A etimologia da palavra provém do latim *dignitas*, significando tudo aquilo que merece respeito, consideração, estima. Na antiguidade, o conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual, etc. Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma linguagem própria, que era designada pela palavra *locus*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidade de respeito aos homens por essa capacidade e distinção. Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, sendo que a integridade dos homens faz parte da essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada.⁴¹

Seguindo a mesma linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet propõe a seguinte conceituação para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste

⁴⁰ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.39.

⁴¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 100.

sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra a todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴²

Assim, a dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.⁴³

Com o mesmo entendimento, José Afonso da Silva, afirma que o termo dignidade é empregado como atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente; a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.⁴⁴

Da mesma maneira, para Kant, todo ser humano tem dignidade e, por isso, deve ser considerado e tratado como um fim em si mesmo e jamais como um meio para a obtenção de determinado resultado. Assim, não é possível que se justifique, em nenhuma situação, aceitar qualquer conduta que o instrumentalize ou o coisifique.⁴⁵

Entrementes, o conceito de dignidade da pessoa humana está em permanente processo de construção e desenvolvimento, não se podendo, pois, fazer uma abordagem estática e hipostasiada no tempo e no espaço, antes se exigindo

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

⁴³ Ibidem, p. 88.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana**. Revista da Procuradoria-Geral da República. nº 9. jul/dez. 1996, p. 91.

⁴⁵ **Os Pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.140.

uma abordagem dinâmica, fruto do pluralismo e da diversidade de valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas.⁴⁶

Já ao tratarem sobre a dignidade da pessoa humana, José Joaquim Gomes Canotilho e Vidal Moreira relatam que:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo - constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podem reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo de personalidade individual ignorando-a quando se trate de direitos económicos, sociais e culturais.⁴⁷

Portanto, toda pessoa humana possui um valor absoluto em si, intrínseco, valor esse que é a dignidade. Diferentemente do preço que pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, o indivíduo é detentor de dignidade por ser superior ao preço, não admitindo equivalência alguma.

À luz das digressões tecidas, a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de maneira fixa, pois nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais** na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Constituição e República Portuguesa Anotada**. 2 ed. vol I. Coimbra Editora, 1984, p. 70.

2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

Desde o final do século XVIII, com a Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa, as declarações de direitos da pessoa humana fundamentam a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos buscou reconstruir a ordem social ao considerar que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.⁴⁸

Na presença de tal cenário, vale lembrar a seguinte reflexão:

...apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. (...) No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica de destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.⁴⁹

Diante disso, o preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos também aduz que:

⁴⁸ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 13/05/2019.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 131-132.

...os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Já no artigo 1º da Declaração está a afirmação de que: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Devido a sua importância, o princípio da dignidade da pessoa humana é adotado por diversos países, dentre eles o Brasil, e é proclamado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, que contém a dignidade da pessoa humana, valor fundamental no nosso ordenamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece a dignidade da pessoa humana como norma jurídica (princípio e valor) fundamental, dotada de força normativa mais intensa.⁵⁰

Assim, a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio basilar da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Na medida em que um direito é visto como integrante da dignidade humana, é ele elevado ao *status* dos direitos humanos. Estes, incorporados expressamente na Constituição Federal, são chamados de direitos fundamentais e passam a servir como fundamento de validade de toda ordem jurídica infraconstitucional.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana encontra sua positivação dentro dos Princípios Fundamentais da Constituição brasileira e, como princípio que é, tem força normativa que transcende a especificação legal, o que implica em dizer que qualquer lei que contra ele disponha não terá plena eficácia.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.66.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, colocou em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção do Estado.

Por tal razão, a dignidade humana, sob o ponto de vista formal, está assegurada a todos os seres humanos, independentemente de cor, raça, credo, religião, profissão, nacionalidade, sexo, etc.

Dessa maneira, o Brasil possui como um de seus pilares o respeito à dignidade da pessoa humana, que não pode ser relevada ao segundo plano. Como visto, após a soberania, aparece no texto constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira.

De tal forma, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme a Carta Magna, sendo um princípio constitucional que embasa o Estado Democrático de Direito. Aliás, a tutela de dignidade da pessoa humana também está presente em diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, Nicola Abbagnano traz o seguinte conceito:

Como 'princípio da dignidade humana' entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: 'Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio'. Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, isto é, a dignidade.⁵¹

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado à tutela dos direitos fundamentais, que, caso não sejam assegurados,

⁵¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1962, p. 259.

podem levar a pessoa humana a deixar de ser sujeito de direitos e passar a ser mero objeto de arbítrio e injustiças.⁵²

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, “o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático”.⁵³

Conforme ressalta Norberto Bobbio, os princípios constitucionais são normas jurídicas:

“Os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os argumentos são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas, então, servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”⁵⁴

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora Universidade de Brasília, Brasília: 1989, p. 158-159.

Já no dizer de Paulo Bonavides, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁵⁵

Para Flávia Piovesan, a dignidade humana simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.⁵⁶

Nesse entendimento, a concretização do princípio da dignidade humana decorre da própria condição de inter-relacionamento que a sociedade proporciona aos seus integrantes, pautando-se pela ética, bem como pela intervenção do Estado, somente como última opção.

Então, a dignidade humana, como princípio, exige a consideração da pessoa com base no seu modo de vida. De acordo com a valoração que cada um atribui aos direitos fundamentais, em razão do grupo social em que vive, respeitadas as minorias, o princípio da dignidade humana propõe a adoção de uma igualdade na medida de suas desigualdades.

Para mais, a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana é complexa, todavia, tem-se entendido que a dignidade constitui uma qualidade inerente de cada pessoa humana, que a faz destinatária da proteção e respeito não só do Estado, quanto das demais pessoas, visando o afastamento de situações desumanas ou degradantes, como também garantindo o direito de acesso a condições mínimas de sobrevivência.⁵⁷

Assevera-se, desse modo, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que compreende o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, inclusive o direito à vida. Para Hannah Arendt, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa as exigências fundamentais do ser humano como escopo de lhe

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 389.

⁵⁷ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana** – princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p.127.

assegurar os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna...”⁵⁸

Um princípio é, então, o ponto de partida, uma ideia inicial da qual resulta certas consequências lógicas. Por conseguinte, o ordenamento jurídico brasileiro parte do pressuposto de que todo ser humano deve ter assegurada a sua dignidade.

Todavia, para que esse princípio constitucional tenha real aplicabilidade e para que a pessoa humana tenha a sua dignidade resguardada, é preciso que também sejam reconhecidos e assegurados alguns direitos, sem os quais o princípio da dignidade humana se esvazia. É o exemplo do direito à vida que precisa ser assegurado para haver a dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que além de ser um direito fundamental, o direito à vida decorre de um princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana. De acordo com Paulo de Barros Carvalho, princípio é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude, que influencia a orientação de cadeias normativas às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo.⁵⁹

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana reluz a condição de valor fundamental, exigindo o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Também é necessário, além da sua não violação, a sua promoção e proteção.

⁵⁸ ARENDT, Hannah. **Da Violência**. Trad. de Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, c 1970, p.97.

⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário: o princípio de segurança jurídica em matéria tributária**. Revista de Direito Tributário, ano 15, n. 55, p. 143-154, jan./maio 1991.

2.3. Dignidade da pessoa humana da mulher

Fábio Konder Comparato observa que o tema da dignidade humana é a parte mais bela e importante de toda a História, revelando que:

Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.⁶⁰

A dignidade está na essência do ser humano e decorre da própria condição humana. Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, sendo certo que a destruição de um implicaria a destruição do outro. Exatamente por isso é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.⁶¹

A mulher possui dignidade pelo simples fato de existir como ser humano, dignidade esta que lhe é inerente e inalienável. Consequentemente, a sua isonomia serve para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Para Alexandre de Moraes, dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.13.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.27.

responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁶²

Nesses moldes, a proteção da dignidade da pessoa humana é, para Comparato, a opção necessária, no momento atual da história da humanidade para que não se chegue ao caos, sendo que precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que o distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade.⁶³

Em outras palavras, a condição humana é requisito único e exclusivo da dignidade humana, porque todo ser humano tem uma dignidade incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe as exigências fundamentais do ser humano com o objetivo de lhe assegurar os recursos de que dispõe a sociedade para que ocorra realmente a existência digna. E a mulher deve ter garantida a sua dignidade durante toda a sua existência, sendo observadas as suas peculiaridades.

2.4. Dignidade da pessoa humana da criança

A defesa do nascituro é baseada em uma ética da pessoa humana, cuja dignidade é princípio fundamental positivado pelo constituinte de 1988.

⁶² MORAES, Alexandre de. (coord.). **Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p.16

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.112.

Para José Renato Nalini, a dignidade da vida humana é absoluta, não uma tutela gradual. O autor também dispõe que é impossível falar-se em fase pré-humana, em quase pessoa, e que a definição jurídica é clara, pois a lei protege o que ainda não nasceu, mas já foi concebido. Dessa maneira, recorda que a lei não fala em expectativas de direito do nascituro, mas em direito do nascituro.⁶⁴

Acerca dessa realidade, a dignidade é inerente a toda pessoa humana ao longo de toda a sua existência e é manifestada de diferentes maneiras conforme as fases do ciclo de vida do indivíduo, com as próprias peculiaridades dos direitos que lhes são correspondentes.

A propósito, para Fábio Konder Comparato:

[...] a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser.⁶⁵

Ressalte-se que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana engloba a fruição dos seus direitos fundamentais, dentre os quais o direito à vida, que se estende ao nascituro.

A respeito do disposto acima, Ivanaldo Santos adverte sobre o esquecimento da dignidade do nascituro, apregoando que há uma área da vida humana e social que está sendo esquecida: o nascituro, aquele que ainda está no ventre da mãe. Santos alvitra que, de um lado, em nível sociocultural, há um esquecimento da dimensão humana e da dignidade do nascituro e que, por causa desse esquecimento, o nascituro é constantemente apresentado, na grande mídia, em setores do Estado e do judiciário, como sendo apenas um amontoado de células, um

⁶⁴ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 351.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

não-ser, um nada sem qualquer valor ético e humano. O autor também traz, por outro lado, o Estado e os setores da iniciativa privada que desenvolvem políticas e que ameaçam a integridade do nascituro, citando como exemplo a implantação e o incentivo ao aborto.⁶⁶

Nesse sentido, ao ponderar sobre a origem etimológica da palavra nascituro, Ivanaldo Santos lembra que o nascituro já é parte da civilização, mesmo ainda estando no ventre da sua mãe, pois a palavra nascituro deriva do vocábulo *nascituros*, cujo significado é *aquele que está por nascer*. O autor aponta que, em virtude do significado desse vocábulo, afirma-se que o nascituro é o ser que foi gerado, mas que ainda não nasceu, não chegou ao mundo físico, visto que encontra-se ainda no ventre materno e situado na vida intrauterina, e que isso não significa que ele não faça parte da civilização. Ivanaldo Santos também atesta que todo o processo de gestação, de preparação para o nascimento (médico, enxoval do bebê, etc) é um processo incluído dentro da vida civilizatória.⁶⁷

Nesse mesmo diapasão, José Renato Nalini apregoa sobre a geração egoísta na qual estamos vivendo, que muitas vezes não se comove com a morte de uma criança que não tem condições para se defender, que é fruto de uma geração embalada pelas mensagens consumistas e que tem opiniões formadas pelo *marketing*. Nessa linha de pensamento, o autor sustenta que para forçar a aquisição de bens materiais, o mercado “capricha” ao desenhar o mundo da fantasia dos prazeres, das sensações, da “curtição”, das “baladas”, com o qual não convive o mundo real da dor e do sofrimento. Nalini conclui que é compreensível que a tese do aborto pareça mais palatável a quem foi treinado para ser egoísta do que o desconforto de se criar uma criança que muitas vezes foi indesejada ou que é deficiente.⁶⁸

⁶⁶ SANTOS, Ivanaldo. **O Direito do Nascituro**. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 36, n. 143, out/dez 2013, p. 1-10.

⁶⁷ Ibidem, loco citato.

⁶⁸ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

Esse individualismo vivido no século XXI pode ser relacionado ao que é aduzido por Gabriel Chalita quando se refere ao almejado meio-termo proposto por Aristóteles:

[...] O extremo é um caminho torpe que nos leva a uma visão embaçada. A visão distorcida nos impede de entender o outro, o nosso próximo. E aí a ética se esvai. A suposta verdade individual se sobressai e o outro deixa de ter importância. Resulta daí que a busca pelo prazer único é um equívoco. A nossa constituição individual é social, somos seres gregários e políticos, precisamos uns dos outros e, na inteligência interpessoal, construímos nossa inteligência intrapessoal. Sou gerado pelo outro e o outro é gerado por mim. Isso não sufoca o indivíduo nem abala a sociedade, porque existe o meio-termo.⁶⁹

Conforme o exposto, é possível afirmar que a criança possui dignidade humana e deve ser protegida sob todos os aspectos desde a sua concepção, lembrando que todos os que versam sobre essa relevante temática tiveram um dia a chance de seguir o trajeto natural da vida.

2.5. Dignidade da pessoa humana da mulher e da criança: direitos fundamentais em conflito

Como anteriormente mencionado, no direito constitucional contemporâneo há uma íntima vinculação entre a dignidade humana e os direitos humanos.⁷⁰ Esses direitos estão expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem como objetivo delinear valores universais fundados na dignidade da pessoa humana. Nela, a condição de pessoa é o único e exclusivo requisito para a titularidade de direitos, conforme afirma Piovesan:

⁶⁹ CHALITA, Gabriel. **Os Dez Mandamentos da Ética**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003, p. 30.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.26.

[...] a declaração universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a declaração universal, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência a determinada raça (a raça ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados de declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado direito internacional dos direitos humanos. Além da universalidade dos direitos humanos, a declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao imediatamente conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁷¹

Ressalte-se que o princípio jurídico da dignidade como fundamento da República exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade. E toda vida humana corresponde a uma pessoa que é titular de intrínseca dignidade, não havendo possibilidade de se retirar do ser humano esse atributo.

É preciso observar que essa dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, porque pertence à condição humana. É irrenunciável e inalienável e, assim, não se concebe sua retirada ou concessão, porquanto se trata de um atributo de todo ser humano. Constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado. Não é algo concedido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata.⁷²

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 204.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38, 59-60.

Por tal razão, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é a essência de toda a proteção que deve se estender à pessoa humana, por meio da proteção do Estado. Então, a dignidade da criança que ainda não nasceu deve ser protegida, pois a Constituição Federal positiva a ideia de que a pessoa humana tem direitos essenciais – como o direito à vida - que nem mesmo o Estado pode subtrair.

Nesse sentido, Pedro Lenza afirma que a proteção à vida abrange também a necessidade de vida digna, amparada por mecanismos que lhes garantam a efetivação do princípio fundamental, que tenha por escopo a dignidade da pessoa humana, ao dizer que: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito a não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.⁷³

Todavia, decorre da questão da dignidade da pessoa humana o denominado por Gilmar Mendes Ferreira como “colisão de direitos fundamentais”.⁷⁴

De acordo com a lição de José Joaquim Gomes Canotilho,

“Os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, nesse caso, a necessidade de ponderação de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos a nível jurídico constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização – restrição)”.⁷⁵

Diante desse paradoxo, para Alexandre de Moraes, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e

⁷³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1040.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 91.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 601.

combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.⁷⁶

Esse autor também apregoa que “Os direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas nem como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito; e que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”.⁷⁷

Porém, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas, ele é a razão de ser do Direito e se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico.⁷⁸

Vale ressaltar que, de fato, tudo começa com a dignidade da vida. E só há vida digna a quem esteja assegurado um mínimo existencial, já que a mulher possui dignidade pelo simples fato de existir como ser humano.

Aliás, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.

⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 118.

fundamentais a Constituição enuncia e protege, pois em todo o homem e em toda mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.⁷⁹

Conforme o ensinamento de Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas (homem e mulher), e é a dignidade da pessoa individual e concreta. Ademais, a dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento.⁸⁰

Outrossim, dignidade é 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, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁸¹

Logo, a dignidade da pessoa humana é o atributo moral do indivíduo, que o qualifica enquanto ser. A consequência imediata desse pressuposto é que o ser humano é dotado de valor próprio, não podendo ser transformado em objeto.

Para finalizar, importante salientar que:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.⁸²

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1993, p. 169.

⁸⁰ Ibidem, p. 180.

⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

⁸² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

Portanto, é possível concluir que esse conflito entre os direitos fundamentais da mulher e da criança à dignidade e ao mínimo existencial é de ser aferido na realidade concreta. Constata-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e também contra o uso abusivo dos direitos, sendo que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e a existência de uma violação da sua proteção.

3. A VIDA HUMANA

“Pois tu plasmaste meus rins, tu me teceste no seio de minha mãe. Graças te dou pela maneira espantosa como fui feito tão maravilhosamente. Maravilhosas são tuas obras; sim, eu bem o reconheço. Meus ossos não te eram encobertos, quando fui formado ocultamente e tecido nas profundezas da terra. Teus olhos viam meu embrião, e em teu livro foram registrados todos os dias prefixados, antes que um só deles existisse.”

(Salmo 139, 13-16.)⁸³

3.1. Definição

O início da vida humana é um ponto conflituoso entre os teóricos das ciências e também entre os aplicadores do Direito. Para José Renato Nalini, a vida, que já faz parte de um processo civilizatório, tem o seu início desde a fecundação:

*Vida é um ciclo ininterrupto iniciado na fecundação e que deve perdurar sem interferência até o seu termo natural: a morte. Qualquer intervenção humana suscetível de vulnerar ou atalhar essa trajetória, caracteriza um ataque à vida.*⁸⁴

Para o autor em epígrafe, portanto, a vida humana tem o seu início no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, e deve ser protegida a partir desse momento.

Diante de tal afirmativa, esse autor também aduz sobre o valor absoluto da vida humana, afirmando que a vida é um valor inqualificável, e que sobre esse valor não pode pairar dúvidas sobre a inviabilidade de relativização.⁸⁵ A vida, então, é algo

⁸³ **Bíblia Sagrada.** 46. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002, p. 770-771. Salmo 139, 13-16.

⁸⁴ NALINI, José Renato. **Por que Filosofia?** 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

⁸⁵ *Ibidem*, p.43.

que deve ser preservado independente da fase em que se encontra, tendo em vista o seu valor absoluto.

Jacques Maritain também apregoa sobre a vida humana, aludindo sobre a constituição da pessoa, trazendo que, ao afirmar que um homem é uma pessoa, significa que ele não é somente uma porção de matéria, mas um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade; não existindo apenas uma existência física, mas também uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir em conhecimento e amor.⁸⁶

Assim, Maritain reconhece o valor da vida da pessoa humana que transcende os limites físicos e vislumbra uma existência que necessita ser enaltecida. E se o homem não é somente uma porção de matéria e se não existe apenas uma existência física, o zigoto ou embrião devem ter reconhecidos o valor da vida humana que já se faz presente desde o momento da fecundação.

Nesses moldes, confirmando o apregoador por Maritain, os pesquisadores de biomedicina têm demonstrado que toda a carga genética e a confirmação dos 46 cromossomos que determinam a existência de um ser humano encontram-se no zigoto.⁸⁷

A respeito da vida como um bem supremo, Hannah Arendt diz que o motivo pelo qual a vida se afirmou como ponto último de referência na era moderna e permaneceu como bem supremo para a sociedade foi que a moderna inversão de posições ocorreu dentro da textura de uma sociedade cristã, cuja crença fundamental na sacrossantidade da vida sobreviveu à secularização e ao declínio geral da fé cristã, que nem mesmo chegaram a abalá-la. A autora também apregoa que a moderna inversão imitou, sem questionar, a mais significativa reviravolta com a qual o cristianismo irrompeu no cenário do mundo antigo, uma reviravolta

⁸⁶ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

⁸⁷ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **A Dignidade da Pessoa Humana desde a Concepção**, p.144, in MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

politicamente mais importante e, pelo menos historicamente, mais duradoura que qualquer conteúdo dogmático ou crença específica. Hannah conclui essa reflexão advertindo que a “boa nova” cristã da imortalidade da vida humana individual inverteu a antiga relação entre o homem e o mundo, promovendo aquilo que era mais mortal, a vida humana, à posição de imortalidade ocupada até então pelo cosmo.⁸⁸

Sobre esse pensamento da autora é possível afirmar que o cristianismo exerce influência direta na visão sobre a vida humana como bem supremo, tendo em vista que a história nos mostra as crenças do mundo antigo sobre a mortalidade humana.

Esse valor supremo da vida humana também corrobora com o entendimento de José Afonso da Silva, para quem a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atribui o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.⁸⁹ Destarte, a vida humana, direito fundamental do homem, deve ser preservada em detrimento de tudo o que se opõe a esse direito que deveria ser estendido a todos como expressão de legitimidade de um direito fundamental universal.

À vista disso, esse valor supremo da vida humana necessita ser observado desde a fecundação, momento em que se inicia a vida e a pessoa deve ter a sua dignidade garantida por meio do exercício dos direitos fundamentais que a ela são conferidos.

Nessa perspectiva, Rodrigo da Cunha Pereira traz que a dignidade da pessoa humana tornou-se imanente das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão traduzidos a essência e os espíritos daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa: todos os homens nascem livres e iguais

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 327.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105.

em dignidade e direitos. Dessa forma, conclui que as pessoas são dotadas de razão e consciência, e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.⁹⁰ Por conseguinte, se esse preceito for levado em consideração, é possível concluir que a vida humana merece ser considerada em sua plenitude para que a sua dignidade seja tangida, sendo oposto tudo o que viola essa condição.

Nessa senda, vale lembrar que a dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal brasileira de 1988, nossa Lei Maior, e é outorgada a todos, sem distinção, não podendo ser cerceada ou extinta.

3.2. Início da vida humana

Para Magalhães Noronha, o início da vida humana ocorre no momento da fecundação:

É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que o ciclo de uma nova vida humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ocasião em que estabelece todo o potencial genético do novo ser e tem início o seu desenvolvimento progressivo e ininterrupto até a morte.⁹¹

Essa vida iniciada na fecundação não pode ser interrompida em nenhum estágio, pois a vida humana já está presente, independente do seu desenvolvimento físico que é progressivo nos seus estágios iniciais.

O mesmo entendimento a respeito do início da vida humana é definido por Alexandre de Moraes:

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 100.

⁹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. atual. Alberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001,

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. [...] A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.⁹²

A partir desse ponto de vista a respeito da vida, Jacques Maritain afirma que a existência da pessoa humana ocorre pela própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte, pois, quando dizemos que um homem é uma pessoa, queremos dizer que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual da natureza, como são elementos individuais da natureza um átomo, uma espiga de trigo, uma mosca, um elefante. Para Maritain, o homem é, sim, um animal e um indivíduo, mas não como os outros; o homem é um indivíduo que se governa por si mediante a inteligência e a vontade; existe não só fisicamente, pois há nele um existir mais rico e elevado, uma superexistência espiritual no conhecimento e no amor.

Para o filósofo acima, o homem é, de certo modo, um todo e não apenas uma parte; é um universo à parte, um microcosmo, no qual o grande universo pode estar contido por inteiro por meio do conhecimento; por meio do amor pode se dar livremente a outros seres, que são para ele como que ele mesmo, cujo equivalente não se pode encontrar em todo o universo físico. Em termos filosóficos, de acordo com Maritain, isso quer dizer que na carne e nos ossos humanos há uma alma que é um espírito e que vale mais que o universo todo; e a pessoa humana, por mais dependente que seja dos menores acidentes da matéria, existe pela própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte, sendo o espírito a raiz da pessoa.⁹³ A pessoa humana, portanto, tem um valor inestimável em todas as fases

⁹² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 61

⁹³ MARITAIN, Jaques. **I diritti dell'uomo e la legge naturale**. Milão: Vita e Pensiero, 1977, p. 4-5, apud SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética; I – Fundamentos e Ética Biomédica, São Paulo: Loyola, 1996, p. 129.

da sua existência, sendo irrelevante o momento em que a vida humana está inserida.

Ainda a respeito do início da vida humana, diz Celso Cezar Papaleo que a pessoa existe desde o primeiro instante da fecundação, concluindo-se que, nesse entendimento, o aborto ocorreria a qualquer momento a partir disso.⁹⁴

Comunga da mesma opinião José Renato Nalini, trazendo que a morte é o antônimo de vida, sendo que, enquanto há vida, não há morte, pois vida é o ciclo vital que tem origem na fecundação e que, se não vier a ser interrompido, desenvolve-se naturalmente até o evento morte.⁹⁵

A esse respeito, é possível ilustrar com o entendimento de José Afonso da Silva:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental Vida, no texto constitucional (artigo 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é algo de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder a própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.⁹⁶

⁹⁴ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**: Atualidade e Complexidade da Questão. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 78.

⁹⁵ NALINI, José Renato. **Pronto para Partir**: Reflexões Jurídico Filosóficas sobre a Morte. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014, p.15.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 197.

Também Dernival da Silva Brandão afirma que a fusão dos gametas é o momento em que se inicia a vida humana, pois a embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozoide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializadas e teleologicamente programadas, ordenadas uma à outra; dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema, e este, por sua vez, dá origem a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismo de extraordinária precisão. Brandão testifica que já não são dois sistemas operando interdependentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não apenas ácido desoxirribonucleico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie, a espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte, sendo, portanto, um ser vivo humano e completo - humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só é capaz de gerar seres da sua própria espécie. Da mesma forma assevera Brandão que do ponto de vista biológico não existe processo de humanização; ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. Brandão igualmente certifica que o ser humano, desde o início de sua existência, é completo, no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção.⁹⁷

O cientista Jérôme Lejeune corrobora com esse entendimento, proferindo que a vida começa na fecundação: quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. Lejeune reitera que a fecundação é o marco inicial da vida, e que, daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.⁹⁸

⁹⁷ BRANDÃO, Dernival da Silva. **O Embrião e os Direitos Humanos: o Aborto Terapêutico**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). *A Vida dos Direitos Humanos. Bioética médica e Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 22-23.

⁹⁸ Ibidem, p. 10.

Esse entendimento de que a partir da concepção já existe um ser humano também é apregoadado na obra “Tutela Civil do Nascituro”:

A partir da fecundação, há um novo ser, com individualidade própria e com carga genética já definida. O conceito se diferencia, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai, como de qualquer pessoa. Ele é um ser humano, porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional.⁹⁹

Ainda sobre a origem da vida humana, afirma Maria Helena Diniz que o aparecimento de um novo ser humano ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozoide. Diniz também sustenta que a fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero e que, a partir disso, tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. A autora, por fim, complementa que o encontro do espermatozoide paterno com o óvulo materno é um acontecimento marcante, provocador da perda da individualidade daqueles gametas, dando origem a um novo ser humano.¹⁰⁰

Assim, a definição de pessoa humana também é versada por Maria Garcia: “Não existe pessoa senão a partir do pré-embrião, do embrião e seu código genético – o genoma”.¹⁰¹ Essa definição sustentada por Maria Garcia e a da autora acima esclarecem que não há motivo para haver controvérsia a respeito do início da vida humana, pois a partir do momento em que há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, inicia-se uma nova vida singular que tão somente se aperfeiçoará com o passar do tempo.

⁹⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.52.

¹⁰¹ GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.150.

3.3. O direito à vida do nascituro e a dignidade da pessoa humana da mulher

Por um lado, o direito do nascituro é protegido expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos ou “Pacto de São José da Costa Rica”, no seu art. 4º, inciso I: “Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado pela vida arbitrariamente”.¹⁰²

Nesse aspecto, o questionamento sobre o imbróglio do direito de viver do nascituro e da dignidade da mulher para escolher sobre a continuidade da sua gestação é apresentado por Ivanaldo Santos:

O direito de nascer é o mais fundamental e inalienável de todos os direitos. Só é possível se pensar em qualquer outro direito (direito a educação, direito a saúde, direito a identidade, etc) se houver primeiramente o nascimento. Se o indivíduo não nascer, não é possível o exercício de qualquer direito. Por isso é dever do Estado e da sociedade garantir o direito de nascer.¹⁰³

Por outro lado, há a dignidade da pessoa humana da mulher que, por variados motivos, pode se opor a aceitar que a gravidez resulte no nascimento de uma criança.

A mulher deve ser respeitada em todos os aspectos, não havendo razões para ser discriminada. A sociedade brasileira deve se engajar na luta pelo reconhecimento e cumprimento dos direitos femininos, começando pela sua dignidade. A dignidade da mulher deve, à vista disso, ser reconhecida em todos os momentos.

¹⁰² Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 16/10/2016.

¹⁰³ SANTOS, Ivanaldo. **O Direito do Nascituro**. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 36, n. 143, out/dez 2013, p. 1-10.

Reconhecer a dignidade na mulher resulta em assegurar-lhe todas as formas de desenvolvimento humano, tendo a mulher direitos e deveres numa relação igualitária como sujeito de direitos.

Todavia, essa dignidade que sempre foi, ao longo dos séculos, dificilmente conquistada, tem encontrado uma grande distorção por alguns grupos feministas que dizem promover a emancipação da mulher, levando a crença de que é preciso superar o homem para afirmar a dignidade feminina.

3.4. A vida humana e a Encíclica *Evangelium Vitae*

Na Encíclica *Evangelium Vitae*, João Paulo II transcorre sobre o momento crítico pelo qual a mulher passa durante a sua gravidez. Ele afirma que a mulher, muitas vezes, é sujeita a pressões tão fortes que se sente psicologicamente constrangida a ceder ao aborto, e que, sendo assim, nesse caso, a responsabilidade moral pesa particularmente sobre aqueles que direta ou indiretamente a forçaram a abortar. Outrossim, afirma que os médicos e demais profissionais da saúde similarmente são responsáveis quando põem a serviço da morte a competência adquirida que deveria promover a vida.

O Santo Papa, da mesma forma, aduz que a responsabilidade identicamente é dos legisladores que promoveram e aprovaram leis abortistas, como também dos administradores das estruturas clínicas onde se praticam os abortos, na medida em que a sua execução deles dependa. Ele afirma que essa responsabilidade é geral, cabendo a todos aqueles que favoreceram a difusão de uma mentalidade de permissivismo sexual e de menosprezo pela maternidade, como também àqueles que deveriam ter assegurado — e não o fizeram — válidas políticas familiares e sociais de apoio às famílias, especialmente às mais numerosas ou com particulares dificuldades econômicas e educativas.

Outra assertiva constante na Encíclica é que não faltam casos em que à contracepção e ao próprio aborto é juntada a pressão de diversas dificuldades

existenciais que, no entanto, não podem nunca exonerar do esforço de observar plenamente a lei de Deus.

Além dessas dificuldades, a Encíclica sustenta que, muitas vezes, a opção de abortar apresenta para a mãe um carácter dramático e doloroso: a decisão de se desfazer do fruto concebido não é tomada por razões exclusivamente egoístas ou de comodidade, mas porque objetiva salvaguardar alguns bens importantes como a própria saúde ou um nível de vida digno para os outros membros da família. Ocorre também, às vezes, que a mãe teme que o nascituro tenha condições insuficientes de existência que a levam a pensar que seria melhor, para ele, não nascer. Apesar dessas razões e outras semelhantes, por mais graves e emblemáticas que sejam, o Papa ratifica que elas nunca podem justificar a morte de um ser humano inocente.

É importante salientar que João Paulo II também apregoa que as opções contra a vida nascem, às vezes, de situações difíceis ou mesmo dramáticas de profundo sofrimento, de solidão, de carência total, de perspectivas econômicas, de depressão e de angústia pelo futuro. Assim, essas circunstâncias podem atenuar a responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, a culpabilidade da mulher e daqueles que realizam tais opções em si mesmas criminosas. Hoje, todavia, o problema estende-se muito para além do reconhecimento, sempre necessário, destas situações pessoais. Similarmente, é necessário observar o plano cultural, social e político que apresenta responsabilidade ao interpretar os mencionados crimes contra a vida como legítimas expressões da liberdade individual, que necessitam ser reconhecidas e protegidas como verdadeiros e próprios direitos.

Assim, ao analisarmos o direito à vida do nascituro e o direito à dignidade da mulher, devemos lembrar o que a encíclica papal versa sobre o direito à vida, pois cada ser humano inocente é absolutamente igual a todos os demais. Além dessa assertiva, o Papa relata que essa igualdade é a base de todo o relacionamento social autêntico, que, para tanto, não pode deixar de se fundar sobre a verdade e a justiça, reconhecendo e tutelando cada homem e cada mulher como pessoa, e não como coisa de que se possa dispor.

Dessa maneira, é possível afirmar que ambos os direitos são importantes e possuem o seu valor. Todavia, a vida da criança não pode ser interrompida em virtude da alegação de ser um óbice para a dignidade da mulher.

4. O ABORTO

"O aborto provocado é a morte deliberada e direta, independentemente da forma como venha a ser realizada, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento".

(JOÃO PAULO II)¹⁰⁴

4.1. Conceito

O aborto é um tema polêmico no Brasil, sendo que há uma discussão acerca do que deve prevalecer, se é o direito à vida da criança, ou, se é a dignidade da pessoa humana representada pela mãe que não deseja que sua gravidez ocorra até o seu final, com o consequente nascimento do seu filho.¹⁰⁵

Para Guilherme de Souza Nucci, o aborto "[...] é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto".¹⁰⁶

Nesse sentido, Kato relata que a Medicina o define como a expulsão prematura de um feto com menos que 500g ou antes de 20 semanas completadas de idade gestacional no momento da expulsão do útero, não possuindo nenhuma

¹⁰⁴ WOJTYLA, Karol, Papa João Paulo II, **Encíclica Evangelium Vitae**, 25 de março de 1995. Disponível em: w2.vatican.va/.../hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 12/08/2016.

¹⁰⁵ Existe um dissenso a respeito do termo correto a ser mencionado, se seria aborto ou abortamento. Noronha aduz que o conceito de aborto não é um consenso entre os juristas e médicos. O aborto transmite a ideia de interrupção voluntária da gravidez, e "abortamento" é a ação que culmina no aborto. O presente estudo utiliza o termo aborto para se referir a essa prática que fere os direitos humanos do nascituro. (NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. atual. Alberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.)

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 544.

probabilidade de sobrevivência. Após esse período, a expulsão do feto do útero recebe a nomenclatura de parto prematuro.¹⁰⁷

A palavra aborto é originária do latim, e, etimologicamente, *ab* significa privação e *ortus* quer dizer nascimento, tendo surgido a palavra aborto dessa composição.¹⁰⁸

Feita essa conceituação, cabe esclarecer sobre as espécies de aborto que podem ocorrer durante a gestação.

4.2. Espécies de aborto

Como forma de facilitar o entendimento, será versado sobre duas espécies de aborto: os espontâneos e os provocados.

Segundo o aduzido por Valdomiro José de Souza a respeito dos tipos de aborto que serão tratados neste estudo, esta é a distinção:

Espontâneos são aqueles que ocorrem sem intenção, são uma interrupção natural da gravidez. As causas podem ser diversas: má-formação embrionária ou fetal, deficiência placentária ou hormonal, tumores no útero, hipovitaminose, interferentes químicos como álcool, fumo, drogas, etc. Estima-se que cerca de 15% das gestações terminam em aborto espontâneo, freqüentemente durante as primeiras 12 semanas [grifo nosso].¹⁰⁹

¹⁰⁷ KATO, K. **Dicionário de Termos técnicos de saúde**. São Paulo: Conexão, 2003, p.2.

¹⁰⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 2. Parte Especial; Dos Crimes Contra a Pessoa e dos Crimes contra o Patrimônio. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.119.

¹⁰⁹ MOORE, K.; PERSAUD, T. **Embriologia Clínica**. Tradução Maria das Graças Fernandes Sales et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: The developing human: clinically oriented embryology. Apud SOUZA, Valdomiro José de. O aborto no Brasil: um resgate das concepções morais católicas em contraposição aos grupos pró-aborto. Anais do II Encontro Nacional do GT História das religiões e das religiosidades. Revista Brasileira de História das Religiões – ANPUH. Maringá (PR) v. 1, n. 3, 2009. ISSN 1983-859. Disponível em http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/rbhr/o_aborto_no_brasil.pdf. Acesso em: 01/11/ 2016.

Abortos **provocados** são aqueles que acontecem intencionalmente, ou seja, tendo em vista a interrupção da gravidez e a conseqüente extração do conceito. Este tipo de aborto pode ser subdividido ainda em dois casos: o legal, ou que tenha autorização da justiça e se faz em hospital, usando os possíveis métodos: curetagem, injeção de solução salina, microcesariana, etc. Quando se lança mão de fármacos, os mais utilizados são aqueles que contêm prostaglandina com efeito sobre a musculatura uterina, levando a contrações e a expulsão do embrião ou feto. O ilegal ou clandestino possui uma variada gama de possibilidades que vão desde a ação medicamentosa até à mais esdrúxula intervenção mecânica [grifo nosso].¹¹⁰

Feita essa ponderação, com a finalidade de alcançar os objetivos elencados, serão mencionados os reflexos do aborto que é provocado pela gestante ou por terceiros e as alegações para a sua legitimação.

4.3. A pretendida legitimidade do aborto

Existe a pretensão de se legitimar o aborto com a afirmação de que a mulher tem o direito de dispor livremente do seu próprio corpo e de recusar a maternidade em virtude do feto ser, no período de gestação, apenas uma parte das suas entranhas.

Todavia, essa razão não é válida, pois a lei deve agir quando existe a propalação de algum mal à pessoa humana. Um exemplo dado por Nelson Hungria

¹¹⁰ VERARDO, M. **Aborto: um Direito ou um Crime?** São Paulo: Moderna, 1987. Apud SOUZA, Valdomiro José de. O aborto no brasil: um resgate das concepções morais católicas em contraposição aos grupos pró-aborto. Anais do II Encontro Nacional do GT História das religiões e das religiosidades. Revista Brasileira de História das Religiões – ANPUH. Maringá (PR) v. 1, n. 3, 2009. ISSN 1983-859. Disponível em http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/rbhr/o_aborto_no_brasil.pdf. Acesso em: 01/11/ 2016.

demonstra bem essa questão ao afirmar que o direito positivo interferiria para incriminar a automutilação, caso essa prática se tornasse um ato recorrente.¹¹¹

Afirmar que o feto é uma simples parte do ventre materno não representa a verdade, nem do ponto de vista biológico e nem do jurídico, pois também é necessário lembrar que o feto possui uma parte do pai em sua composição: “O direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai, como, aliás, já reconhecia o direito romano.”¹¹²

Outro argumento é que, sendo a própria mãe que pratica em si mesma ou permite que um terceiro pratique o aborto, ela não estaria ofendendo direito algum, porque o direito residiria na mãe. Mas o direito não reside na genitora, pois o aborto dispõe do corpo do seu filho. O fato do filho estar “materialmente” no corpo da mãe não implica na sua absorção “jurídica”, não podendo ser considerados a mãe e o filho uma só pessoa, visto que a lei e a biologia os distinguem atribuindo-lhes direitos e funções separados, pois ao feto são atribuídos direitos pela lei civil.

Como bem observa Nelson Hungria, o feto:

É um *subjectum juris*, podendo dizer-se que tem caráter de *pessoa*. Afirmar-se que a personalidade está irrestritamente subordinada à vida de relação importaria, logicamente, admitir-se que o recém-nascido que continua dormindo e o adulto que se acha em estado de coma não têm ou perdem a personalidade.¹¹³

O feto é, então, dependente dos elementos vitais da mulher, como o oxigênio e as matérias nutritivas. A realidade do embrião ou feto depender metabolicamente da mãe não é um impedimento para chamá-lo de ser independente, pois nada existe que seja absolutamente independente.

¹¹¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Edição Revista Forense, 3. ed. Revista e atualizada. 1955, p. 270.

¹¹² Ibidem, loco citato.

¹¹³ Ibidem, p. 271.

Já o pressuposto utilizado a favor da impunidade do aborto é a inocuidade da pena para inibir a sua frequência. Se assim fosse, caso os códigos penais fossem abolidos, a criminalidade seria extinta.

Também é encontrada a alegação de que ao punir-se o aborto, dever-se-ia também punir a esterilização e o uso de meios anticoncepcionais. Esse enredo também não é válido, eis que a fecundação não é obrigatória e não destrói nenhum ser vivo a ausência de concepção.

Além disso, outra argumentação bastante utilizada é a de que a lei punitiva do aborto constitui uma lei de exceção contra as classes mais pobres da sociedade, sendo que as mulheres de classes sociais mais ricas não têm essa dificuldade. Esse pretexto também não é válido, pois a punição do aborto é justificada, como proteção à vida ou saúde da própria gestante, por ser uma séria e grave intervenção no organismo feminino, além de proteger o ser humano que está em desenvolvimento no seu ventre.

Os defensores da prática abortista também defendem que sua liberação combateria o aborto clandestino, que significa risco de vida para a mulher. Todavia, não é o que pode ser observado na realidade, pois o aborto realizado clandestinamente continua a existir nos países que liberaram o aborto. Vale lembrar que o aborto clandestino é praticado também por mulheres que não desejam que haja publicidade da sua gravidez, dentre outros motivos que não é apenas a falta de recursos financeiros para praticar tal ato.

Já em relação ao questionamento econômico, que é o de que as famílias pobres, que não têm condições de criar um filho, deveriam abortar devido à miséria que os filhos enfrentariam. É fato que as famílias pobres, pelo número grande de filhos, aumentam a pobreza, mas isso não quer dizer que esse problema social deva ser resolvido com o aborto dessas crianças. Nesses casos, o que deve ocorrer é a proteção do Estado às famílias que tenham recursos insuficientes para criar os filhos.

De semelhante maneira, muitos entendem que somente as pessoas "normais" poderiam viver, e que as pessoas com deficiências físicas não deveriam viver, como é o caso da anencefalia, uma anomalia que consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.¹¹⁴

Nesse contexto, é possível trazer a suposição de Pedro-Juan Villadrich como exemplificação:

Suponhamos que o caso de um casal onde o pai é sífilítico e a mãe tuberculosa com quatro filhos: o primeiro é cego, o segundo natimorto, o terceiro surdo-mudo e o quarto tuberculoso. Abortaremos o quinto que está vindo, não é? Chega de sofrimentos! Pois acabamos de matar Beethoven.¹¹⁵

Além dessa suposição, também há o argumento bastante utilizado que é o de salvar a vida da gestante, partindo-se da pressuposição de que a vida da mãe é mais importante que a da criança. Esse pressuposto não leva em consideração que ambas as vidas possuem o mesmo valor. Ademais, existem outros meios para tentar salvar a vida da gestante em muitos casos, pois os diagnósticos médicos podem ser imprecisos, sendo a intervenção abortiva, algumas vezes, um modo de acarretar maior perigo à vida da mãe. Não obstante, o avanço da medicina torna este argumento menos incidente na atual realidade.

Em conformidade com todo o exposto, percebe-se que nos argumentos abortistas há sempre referência unilateral à mulher, sem considerar a presença de um ser humano no ventre materno, e é ignorado o fato do sacrifício da criança e dos riscos de vida que a genitora correria na hipótese de um aborto legalizado.

¹¹⁴ **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 29/05/2019.

¹¹⁵ VILLADRICH, Pedro-Juan. **Aborto e Sociedade Permissiva**. 2. ed., São Paulo: Quadrante, 1995, p.25.

Portanto, é possível concluir que existe a necessidade dos argumentos em favor da vida humana também serem levados em consideração ao se pensar na realização do aborto.

4.4. Eufemismos utilizados para amenizar a atrocidade do aborto

Ao verificarmos as palavras que são utilizadas pelos grupos que são a favor do aborto, é possível perceber que é realizada uma técnica de substituição de palavras para que o aborto não seja visto como realmente é, para que a prática abortiva seja expandida sem que haja uma reflexão sobre a sua veracidade. A Língua Portuguesa denomina essa substituição de palavras utilizadas pelos defensores do aborto como uma figura de linguagem chamada eufemismo.

Assim, percebemos frequentemente esse eufemismo - a troca da expressão original das palavras referentes à criança - por algum desses termos: aglomerado de células, embrião, feto, nascituro, entre outras palavras que amenizam o verdadeiro significado da vida humana.

Em idêntica forma para o aborto, os termos usados frequentemente são: interrupção voluntária da gravidez, antecipação terapêutica e esvaziamento do conteúdo do útero. Portanto percebe-se que essas expressões camuflam o real sentido do aborto, que é a morte de uma pessoa humana inocente.

Outrossim, as expressões “interrupção da vida” ou a “antecipação da morte” não são utilizadas para fazer referência ao aborto, mas sim os eufemismos “interrupção da gravidez” ou “antecipação do parto”.

Igualmente, para inferiorizar as pessoas que realizam o movimento em defesa da vida e contra o aborto, são utilizadas as seguintes expressões: defensores de valores sociais superados, conservadores, antiquados, alienados, submissos, entre outros.

Dessa forma, ocorre o desprestígio dos que desejam unicamente que a vida humana seja respeitada e preservada desde o seu início.

Noutro modo, é possível afirmar que todo ato de linguagem é um ato de escolha e de seleção de elementos, sendo uma escolha de valores, de estruturas, de formas, de significância, de objetivos, de impressões, de efeitos retóricos, de consequências, de afirmação e realização de atos, sendo que o sujeito realiza o discurso por meio dessas escolhas. E a estrutura formulada pelo sujeito pode ser manipulada por esse usuário, já que o ato de escolha de signos entre signos, dentre várias possíveis construções, produz um discurso que pode ter significado também pelo que não se diz ou pelo que é omitido ou suprimido na produção da fala.¹¹⁶

A respeito desses discursos que utilizam eufemismos na escolha dos signos utilizados, coaduna Michel Schooyans sobre como são exibidos os programas de controle de natalidade:

Os programas de controle dos nascimentos são apresentados frequentemente como 'libertadores' para a mulher. Inserir-se-iam sob a forma de 'novos direitos do homem'. Nesse contexto, a expressão 'saúde reprodutiva' esconde frequentemente o 'direito das mulheres ao aborto'. Deter-nos-emos neste exemplo, para nos perguntarmos se constitui para a mulher uma ampliação da liberdade de escolha. A experiência dos países que legalizaram o aborto deveria realmente levar à reflexão todos os ambientes sensíveis aos direitos dos mais vulneráveis. Constata-se, de fato, que o caráter legal do aborto faz deste último uma arma incomparável nas mãos do homem que recusa a criança: marido, companheiro, empregador, dono, funcionário etc. Uma arma incomparável não só contra a criança que deverá nascer, mas também contra o corpo e o coração da mulher que carrega a criança: 'Aborte ou vá embora!...', 'Aborte ou eu me divorcio!...', 'Aborte ou você perde o emprego!...', 'Onde está o problema? O aborto é legal; e até mesmo reembolsado!'. Mas onde está a liberdade da mulher à qual são ditas essas palavras? Ora, é

¹¹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

também em nome da liberdade da mulher que em certos países o aborto foi legalizado.¹¹⁷

É importante ressaltar que esses programas de controle de natalidade anunciados como libertadores para a mulher, conforme o autor expõe, podem ser uma maneira camuflada de se afirmar o desejo do homem, e não a liberdade da mulher que, por estar em um momento frágil, pode tomar uma decisão baseada em uma imposição masculina.

E essa decisão induzida pela imposição masculina é um ato de violência contra a mulher, cabendo ao Estado, por meio de programas de proteção à criança, proporcionar condições para que a mulher possa gerá-la sem as ameaças do genitor.

Frequentemente a mulher que pratica o aborto acaba sendo tão vítima quanto a criança, pois sofre uma grande pressão por parte da sociedade e dos que a cercam, sendo induzida, muitas vezes, pela família, amigos e pelo seu próprio companheiro a realizá-lo; o que ocasiona traumas físicos e psicológicos que podem acompanhá-la para o resto de sua vida. Em um momento de fragilidade, a mulher acaba cedendo a pressões e agindo por impulso, podendo arrepender-se posteriormente, pois nem sempre lhe é relatado o que realmente acontece em um aborto: que seu filho será retirado violentamente de seu ventre, tendo como única opção sua extinção.

Em idêntica forma, cabe lembrar os ensinamentos do Professor Lourival Vilanova, que podem ser relacionados à alienação decorrente da ignorância em relação ao aborto e ao direito à vida humana, ao trazer que as normas podem tornar possível a regulação das condutas:

...podemos conduzir outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por meio da ordem, da súplica, do aconselhamento, da persuasão, da exibição racionalizada de motivações inconscientes, utópicas,

¹¹⁷ SCHOYANS, Michel. **Controle dos Nascimentos e Implosão Demográfica**, Léxico – termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas. Pontifício Conselho para a Família, p. 158. Edições CNBB, 2007.

ideológicas; mediante o exemplo que gera a imitação, ou valendo-nos do mágico e do sacral.¹¹⁸

Essa regulação de condutas supramencionada, deve ocorrer de maneira justa, para todos os que estejam envolvidos ou que sejam por ela atingidos.

4.5. As sequelas do aborto para a mãe e as falsas alegações em favor de sua legitimidade

A mulher que se submete ao aborto sempre corre risco, mesmo quando esse ato é executado por profissionais. É preciso lembrar que o aborto provoca frequentemente sequelas físicas, psicológicas e morais.

Dentre as sequelas físicas que o aborto mais comumente provoca, é possível citar: hemorragia, lesão, infecção, perfuração do útero ou do intestino, predisposição para abortos espontâneos, nascimentos prematuros, gravidez ectópica (fora do útero), etc.

Em relação aos problemas psicológicos e morais, pode desenvolver a síndrome pós-aborto que inclui crises de angústia, perda de autoestima, letargia, misantropia, depressão e, com frequência, remorsos.

Além da mãe que geralmente manifesta problemas emocionais após o aborto, também o pai pode desenvolver esses problemas psicológicos ao tomar conhecimento do aborto de seu filho. Esse trauma pode ser agravado pelo fato de a lei geralmente não lhe conceder nenhum poder para proteger a vida de seu filho que vai nascer e é abortado voluntariamente pela mãe.

Esse problema que já ocorre nos países onde o aborto é permitido é algo que precisa ser refletido para que o pai possa proteger o seu filho que está se desenvolvendo no ventre materno.

¹¹⁸ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Axis Mundi. IBET, Dez. 2003, p.435.

As pessoas favoráveis ao aborto só se referem aos riscos do aborto clandestino, evitando mencionar as sequelas físicas, psicológicas e morais acima descritas que podem ocorrer em qualquer tipo de aborto, mesmo nos que são realizados por profissionais e em clínicas especializadas.

A alegação de que a mulher tem direito ao próprio corpo e, portanto, pode retirar o embrião ou feto que está se formando no seu organismo, e que esse lhe pertence, parte do pressuposto de que o ser humano em desenvolvimento em seu útero não passa de um “aglomerado de células” agregado ao seu corpo. A mulher, portanto, teria o “direito” de cometer homicídio. Entretanto, essa concepção é falsa, pois desde a fecundação o embrião ou feto já é um ser humano potencialmente completo e distinto da mãe.

Como já dito alhures, não se pode falar, nesse caso, em “direito” da mãe ao próprio corpo, pois o que se formou nela, a partir da concepção, constitui um “terceiro” em relação a ela, sobre o qual ela não tem, de forma alguma, o direito de vida e de morte.

A contribuição da mãe ao filho é indireta. Todos os órgãos auxiliares — placenta, invólucro amniótico, cordão umbilical — são desenvolvidos pela própria criança, a partir dos nutrientes que recebe da mãe. Não é a mãe que produz diretamente as células com o que o filho vai se constituindo desde a fecundação.

A mulher que está grávida já é mãe de um ser humano nos estágios iniciais da vida. Eliminar o ser humano indesejado é praticar homicídio de uma pessoa inocente e indefesa. No caso de estupro ou incesto, matar a criança é um crime maior que esses atos. Se o estuprador que cometeu um ato absurdo não é condenado à morte, não faz sentido que o filho seja.

Punir com a morte o ser que está em desenvolvimento no útero materno (a criança) em virtude do estupro cometido pelo homem (o pai) é uma grande injustiça, pior que o próprio estupro. O estuprador pelo menos poupou a vida da mulher (se não ela não estaria grávida) e também tem a sua vida poupada, em conformidade com as penalidades da legislação brasileira para o crime do estupro.

Vale lembrar que a legislação brasileira não pune os casos de aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e nas situações em que a gravidez resultante de estupro (quando precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal).

Infelizmente o número de mulheres que são vítimas do crime de estupro ainda permanece alto em nosso país. Todavia, esse fato não pode ser uma justificativa para que o aborto seja uma saída para esse problema social.

Nos casos em que a decisão da mãe de realizar o aborto é feito em decorrência do crime de estupro, Maria Helena Diniz faz uma sugestão e uma crítica ao ato, questionando se não seria melhor incentivar a gestante a ter a criança, colocando-a, após o nascimento, à disposição de uma entidade para sua ulterior adoção; e também questiona se o estupro não seria uma cortina emocional para abrir a porta ao aborto permissivo por muitas outras razões.¹¹⁹

Após tratar das alegações que legitimam o aborto com relação ao aspecto social que envolve o caso do estupro, em seguida será mencionada a influência dos aspectos socioeconômicos na realização da prática abortiva.

4.6. Aspectos socioeconômicos

O estudo de Celso Cezar Papaleo demonstra como o filho era visto, em outros tempos históricos, como algo bom, e não como um peso como é difundido na atualidade. O autor exemplifica que na sociedade rural, patriarcal, mesmo antes do século XIX, a família se constituía circular, fechada, autônoma até certo ponto, sobretudo em termos econômicos, e a paternidade prolífica ensejava poder de trabalho e riqueza; sendo que o filho era quase sempre um bem, e não como fonte de ônus e deveres.¹²⁰

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.107

¹²⁰ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção: Atualidade e Complexidade da Questão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.

A respeito da legalização do aborto, Celso Cezar Papaleo traz que é possível admiti-la a despeito do impacto que ela representa em termos de moral e de costumes. Igualmente, traz que este fato jurídico é relevante da segunda metade deste século, e que é oportuno reconhecer que a franquia abortiva, de caráter progressivo e em difusão, ocorre apenas no século XX (pois até mesmo os países não católicos a repeliam, assim como praticamente todas as nações do Ocidente). Acrescenta que se via, no aborto, além de ato ilegal contra a vida, agravo aos interesses maiores da sociedade e do próprio Estado.¹²¹

Importante salientar as consequências que o aborto pode acarretar e que geram novos conflitos: a decisão radical permissiva pode acarretar consequências não somente sócioeconômicas, como ainda demográficas. O aborto, salvo situações de premência médica, é provocado, quase sempre, como saída de um conflito, podendo, por sua vez, precipitar novas situações conflituosas, que é o que ocorre frequentemente.

Igualmente, Celso Cezar Papaleo apregoa sobre a intencionalidade de diminuição da população para que melhore a economia, para haver menos precariedade, e diz que: “No Brasil, a intensificação da antinatalidade, ao lado de altos índices de mortalidade infantil, que importa imperativamente combater, pois se acentua cada vez mais, diminui certamente nossa população jovem.”¹²²

Para mudar essa realidade da baixa qualidade de vida, o autor acima mencionado aduz sobre a necessidade de que a economia não fique concentrada em poucos, pois: “Somente uma drástica redistribuição entre ricos e pobres, não só homens, mas sobretudo países, pode modificar essa perspectiva.”¹²³

Dessa forma, é válido acreditar que a diminuição da população não seria a solução para a desigualdade social, além de ser racional posicionar-se contra as

¹²¹ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**: Atualidade e Complexidade da Questão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.31.

¹²² Ibidem, p. 287.

¹²³ Ibidem, p. 338.

justificativas do aborto e a falta de proteção ao ser humano que está em desenvolvimento, sendo que, uma vez que tudo está relacionado, também não é compatível a defesa da natureza com a justificação do aborto, não parecendo viável um percurso educativo para acolher os seres frágeis que nos rodeiam e que, às vezes, são molestos e inoportunos, quando não se dá proteção a um embrião humano ainda que a sua chegada seja causa de incômodos e dificuldades.¹²⁴

Após essa reflexão de que a diminuição da população não acarreta em igualdade social, será apregoado sobre os recursos de subsistência que não são igualmente distribuídos em decorrência do aumento populacional.

4.7. O aumento populacional e a Encíclica *Populorum Progressio*

A Encíclica *Populorum Progressio* critica o controle de natalidade realizado pelo governo que afirma que o crescimento demográfico acelerado vem, com demasiada frequência, trazer novas dificuldades ao problema do desenvolvimento: o volume da população aumenta muito mais rapidamente que os recursos disponíveis, e cria-se uma situação que parece não ter saída, surgindo, por isso, a grande tentação de refrear o crescimento demográfico por meios radicais. Nessa Encíclica também é afirmado que os poderes públicos, nos limites da sua competência, podem intervir, promovendo uma informação apropriada, e tomando medidas aptas, contanto que sejam conformes às exigências da lei moral e respeitem a justa liberdade dos cônjuges; pois sem direito inalienável ao matrimônio e à procriação, não existe dignidade humana. Assim, é aos pais que compete determinar, com pleno conhecimento de causa, o número de filhos, assumindo a responsabilidade perante Deus, perante eles próprios, perante os filhos que já nasceram e perante a comunidade a que pertencem, de acordo com as exigências da sua consciência,

¹²⁴ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**: Atualidade e Complexidade da Questão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120.

formada segundo a lei de Deus autenticamente interpretada e sustentada pela confiança nEle.¹²⁵

É de se ver, dessa maneira, que a encíclica papal também menciona sobre o desequilíbrio crescente dos recursos que acarretam na desigualdade econômica e que, conseqüentemente, agrava a situação da diferença social. Nela se assegura que não resta dúvida alguma de que a estrutura existente está longe de bastar para se opor à dura realidade da economia moderna; e que esse mecanismo arrasta o mundo, mais para a agravação do que para a atenuação da disparidade dos níveis de vida, sendo que os povos ricos gozam de um crescimento rápido, enquanto os pobres se desenvolvem lentamente. Por fim, é trazido que o desequilíbrio aumenta à medida que alguns consomem em excesso gêneros alimentícios, que faltam cruelmente a outros.¹²⁶

De acordo com todo o exposto, percebe-se que a prática do aborto não é sempre em função da vontade da mulher, muitas vezes vítima da violência que há contra o seu gênero e vulnerável por conta das desigualdades econômicas e sociais existentes, mas sim de um governo que deseja um controle absoluto sobre o crescimento demográfico.

4.8. O tema do aborto na Encíclica *Evangelium Vitae*

Em 1995, o Santo Papa São João Paulo II defendeu a vida de maneira ampla por meio da sua Encíclica *Evangelium Vitae*, mencionada alhures. Na encíclica papal é dito que a vida deve ser respeitada desde a sua concepção, pois a criança já é uma pessoa humana nesse momento da sua vida e merece toda a proteção para que continue a sua existência.

¹²⁵ Encíclica *Populorum Progressio*. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/.../hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em 08/12/2016.

¹²⁶ Ibidem.

Nela é reafirmado o valor da vida humana e a sua inviolabilidade, e o Papa faz um apelo em nome de Deus para todos: que respeitem, defendam, amem e que sirvam para cada vida humana, pois somente dessa forma será possível que encontremos a justiça, o progresso, liberdade, paz e felicidade.

O Papa também nos convida para que, juntos, possamos dar novos sinais de esperança a este nosso mundo, esforçando-nos para que cresçam a justiça e a solidariedade e se afirme uma nova cultura da vida humana, para a edificação de uma autêntica civilização da verdade e do amor.

Todavia, apesar do apelo feito em defesa da vida, o Santo Papa traz que o aborto é amplamente difundido, sendo investidas enormes quantias que são destinadas à criação de fármacos que tornem possível a morte do feto no ventre materno, sem que haja necessidade de se recorrer à ajuda do médico. Dessa forma, não é possível que exista qualquer tipo de controle e de responsabilidade social em relação ao aborto.

Nos países em que o aborto é legal, os médicos prescrevem os medicamentos para que as mulheres possam ingerir em casa para provocar o aborto. No Brasil, embora não haja essa prescrição médica, medicamentos que induzem o aborto como o misoprostol (Cytotec) são adquiridos e utilizados para abortar.

Uma denúncia que João Paulo II faz é a do investimento de enormes somas que são destinadas à criação de fármacos que tornem possível a morte do feto no ventre materno, sem ter a necessidade de recorrer à ajuda do médico.

Também é aduzido sobre os diagnósticos pré-natais, que ao constatar que o nascituro não está em perfeitas condições de saúde, é realizada a propositura do aborto como uma medida a ser recorrida. Esse é o caso do aborto eugênico, erradamente dito “terapêutico”, que acolhe a vida apenas sob certas condições, e que recusa a limitação, a deficiência e a enfermidade.

Um exemplo é o caso do aborto dos fetos anencéfalos, que por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 54 foi julgado procedente por alegação de evitar ofensa física e psíquica à mulher.

Outro motivo mencionado na encíclica papal, que acarreta em ameaças e atentados à vida, é o fenômeno demográfico. Nos países ricos e desenvolvidos, regista-se uma preocupante diminuição ou queda da natalidade; os países pobres, ao contrário, apresentam em geral uma elevada taxa de aumento da população, dificilmente suportável num contexto de menor progresso econômico e social, ou até de grave subdesenvolvimento.

Na realidade, o Santo Papa sustenta que o crescimento demográfico possibilita que os povos mais pobres representem uma ameaça para o bem-estar e a tranquilidade dos seus países. Consequentemente, em vez de procurarem enfrentar e resolver estes graves problemas dentro do respeito da dignidade das pessoas e das famílias e do inviolável direito de cada homem à vida, preferem promover e impor, por qualquer meio, um maciço planejamento da natalidade. As próprias ajudas econômicas estão condicionadas à aceitação dessa política anti-natalista.

Além de toda a gravidade dos fatos trazidos na encíclica, o Papa também repudia a tentativa de manipulação perante a opinião pública para atenuar a gravidade do aborto, como o uso do termo “interrupção da gravidez”, que tende a esconder a verdadeira natureza do extermínio do nascituro. Mas, apesar dessa tentativa, o Santo João Paulo II nos lembra que nenhuma palavra basta para alterar a realidade das coisas, e que o aborto provocado é a morte deliberada e direta de um ser humano na fase inicial da sua existência, que vai desde a concepção até o nascimento, independentemente da forma como é realizada.

Dessarte, o aduzido pela encíclica papal tem a sua relevância e pertinência por trazer importante reflexão a respeito do que ocorre com a criança que está em desenvolvimento no ventre materno, merecendo destaque ao se pensar sobre a temática do aborto no direito brasileiro.

5. O DIREITO E O ABORTO

O Papa João Paulo II, ao referir-se ao aborto, afirma que:

Nenhuma circunstância, nenhum fim, nenhuma lei no mundo poderá jamais tornar lícito um ato que é intrinsecamente ilícito, porque contrário à Lei de Deus, inscrita no coração de cada homem, reconhecível pela razão, e proclamada pela Igreja.¹²⁷

Na Encíclica “*Evangelium Vitae*”, anteriormente mencionada, também é trazido o valor da vida humana como um direito que deve ser reconhecido mesmo entre as dificuldades e incertezas, pois todo o homem sinceramente aberto à verdade e ao bem pode, pela luz da razão e com o secreto influxo da graça, chegar a reconhecer, na lei natural inscrita no coração, o valor sagrado da vida humana desde o seu início até o seu termo, afirmar o direito que todo ser humano tem de ver plenamente respeitado este seu bem primário. A conclusão é que sobre o reconhecimento de tal direito é que se funda a convivência humana e a própria comunidade política.¹²⁸

Em relação ao aspecto do direito, em consonância com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvidos à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. Os autores apregoam que a essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos, de modo que se enfoca o ser humano relacional, em conjunto com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas.¹²⁹

¹²⁷ WOJTYLA, Karol, Papa João Paulo II, **Encíclica *Evangelium Vitae***, 25 de março de 1995. Disponível em: w2.vatican.va/.../hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 12/08/2016.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.94.

Dessa maneira, ao se pensar sobre o tema do aborto, é necessário que estejam presentes os sentimentos de solidariedade e de fraternidade nas decisões que venham a ser tomadas sobre essa temática.

E essas decisões devem ser a favor da vida humana, pois o jurista Alexandre de Moraes traz que:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.¹³⁰

Ainda sobre a vida humana, o constitucionalista José Afonso da Silva traz que:

[...] no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerado apenas o seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. [...] É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção.¹³¹

Nos casos de aborto, como visto anteriormente, há um conflito entre os princípios da dignidade da mulher e da dignidade do nascituro. Como há esse conflito entre princípios, deve-se levar em consideração o “seu peso”, sua relevância, sua importância ao caso concreto.

Para Robert Alexy os direitos fundamentais possuem caráter de regras e de princípios. O critério a ser utilizado no caso do aborto é o da proporcionalidade aliado ao da ponderação. Para Alexy, proporcionalidade é um princípio que consiste em três princípios parecidos: adequação, necessidade e proporcionalidade em

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.61.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.197.

sentido estrito. Adequação é o meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, interligado à necessidade de seu emprego e a proporcionalidade em sentido estrito sucede-se a uma aplicação escalonada em função das possibilidades fáticas e jurídicas, com seu “maior ou menor peso”.¹³²

Nessa senda, fica claro que o sistema jurídico brasileiro encontra embasamento constitucional para a proteção da vida intrauterina a partir da concepção.

5.1. A Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, § 2º, garante que além dos direitos fundamentais nela protegidos, o nosso ordenamento jurídico brasileiro também garante:

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.¹³³

Assim, percebemos que o rol dos direitos fundamentais é exemplificativo, pois além dos direitos que preceitua, existem outros direitos decorrentes dos seus princípios e dos tratados internacionais de direitos humanos que faz parte.

Ademais, o artigo 5º da Constituição garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 339.

¹³³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>constituicao>. Acesso em 29/04/2017.

O direito à vida consagrado em nossa Carta Magna não faz distinção entre a vida intra e extrauterina, e também não valoriza mais a vida dentro do ventre em relação à vida fora do ventre, pois traz em seu artigo 5º que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Existe um conflito entre os direitos fundamentais, pois há o direito à vida intrauterina do bebê, a sua dignidade e os direitos à liberdade, à saúde e à dignidade da gestante, que são garantidos pela Constituição.

Ademais, o artigo 1º, inciso III, da nossa Constituição Federal, traz que o Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Todavia, para que se usufrua desse direito, é necessário que se tenha o direito à vida garantido.

Além da norma de proteção constitucional da vida apresentada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, vale lembrar o Brasil ratificou, também, tratados internacionais, observado o § 2º do art. 5º da Lei Maior. Dentre esses, está o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

5.2. O Pacto de São José da Costa Rica

Em seu preâmbulo, o Pacto apresenta que: “os direitos essenciais do homem não nascem do fato de ser nacional de determinado Estado, senão que têm como fundamento os atributos da pessoa humana”.

Nesse entendimento, a Convenção Americana de Direitos Humanos, além de afirmar em seu artigo 1º que pessoa é todo ser humano, apregoa em seu artigo 4º, inciso I, a proteção da vida desde a concepção.

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.¹³⁴

Assim, em conformidade com o Pacto de São José da Costa Rica, é controversa a primeira parte do artigo 2º do Código Civil “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”; bem como o artigo 128, Código Penal “não se pune o aborto [...]”.

Ives Gandra da Silva Martins afirma que os direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica também são verdadeiras cláusulas pétreas. De acordo com esse autor, o constituinte declarou que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico nacional como cláusulas invioláveis e que todos os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, são cláusulas pétreas estabelecidos por constituinte originário.¹³⁵

Mesmo no próprio Código Civil percebemos que existe um conflito de normas, pois o artigo segundo dessa legislação põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nossas legislações, ao admitir a possibilidade de abrir exceções ao direito à vida, afrontam o exposto no artigo 3º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Consequentemente, a admissão de casos de aborto viola os direitos ao nascituro reconhecidos no Pacto de São José da Costa Rica.

Sendo o Brasil signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, coaduna com o que traz no artigo 3º, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

¹³⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 16/10/2016.

¹³⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito do Ser Humano à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26.

Por conseguinte, em conformidade com o Pacto, o Brasil, como Estado–parte da Convenção, não pode determinar o início da personalidade humana. A constituição da personalidade da pessoa, a determinação de quem é pessoa humana e quando essa pessoa começa a existir, são conceitos presentes no Pacto de São José da Costa Rica, e devem ser observados.

Assim, nos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos, adotado pelo Brasil, o nascituro é pessoa e, pois, titular dos direitos elencados no Pacto de São José, entre eles, o direito à vida.

Já a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, da qual o Brasil faz parte, traz em seu artigo 5º que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.¹³⁶

Além dessa afirmação, o artigo 1º dessa declaração aduz que:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais a todas as pessoas, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. A natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão.¹³⁷

¹³⁶ **Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>instrumentos>vienna>. Acesso em 08/01/2017.

¹³⁷ Ibidem.

Já no artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos temos que:

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.¹³⁸

O direito à vida também está previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 6º, inciso I: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

Também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece, em seu artigo 19, a proteção do Estado em razão da minoridade: “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

Dessa maneira, de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, pessoa é todo ser humano, não deixando de ser considerado pessoa em virtude de estar dentro ou fora do ventre materno, sendo merecedor de proteção jurídica.

Do mesmo modo, diante da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil, não se justifica nenhuma ação do governo de auxiliar a prática do aborto, mas sim prestar auxílio material e psicológico às mulheres que engravidam vítimas de estupro, ou das que necessitem por outros motivos pertinentes. Vale lembrar o trazido no artigo 29 do Pacto de São José:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. Permitir a alguns dos Estados–partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades

¹³⁸ **Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>instrumentos>vienna>. Acesso em 08/01/2017.

reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela.

5.3. Estatuto da Criança e do Adolescente

Os direitos do nascituro são também assegurados no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90:

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.¹³⁹

Igualmente, o ECA estabeleceu normas de proteção à criança, independente de sua fase de vida, dispostas em seus artigos 3º e 4º, respectivamente:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.¹⁴⁰

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 8.069/90. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 31/01/2017.

¹⁴⁰ Ibidem.

Assim, desde a concepção, o nascituro é uma pessoa titular de direito, mesmo que ainda não tenha nascido, sendo que a existência da personalidade começa com a concepção.

5.4. A objetividade jurídica do crime de aborto

O Código Penal classifica o aborto entre os crimes contra a vida, que são uma subclasse dos crimes contra a pessoa. O Código Civil brasileiro, além de declarar que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida” salvo os direitos do nascituro, também traz situações em que o embrião-feto se apresenta como pessoa, como, por exemplo, a alusão sobre a capacidade do nascituro para adquirir por testamento.

Para Nelson Hungria, o interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição de vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe.¹⁴¹ Assim, o feto possui o seu direito resguardado legalmente.

Esse autor também aduz que “Entre o infanticídio (eliminação de vida extrauterina) e o aborto (eliminação de vida intrauterina), a diferença é apenas de grau...”¹⁴² E essa aparente diferença deve ser levada em consideração na nossa

¹⁴¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 279 .

¹⁴² Ibidem, p. 279. No dolo direto de primeiro grau ou intenção a vontade final do agente é voltada diretamente à realização dos elementos do tipo, englobando, portanto, o fim proposto e os meios escolhidos para atingi-lo. Ou seja, já na primeira etapa de realização da conduta (proposição dos fins) o agente elege, como meta, exatamente a realização dos elementos objetivos de determinado tipo legal de crime. Por outras palavras, o próprio fim diretivo da conduta é um fim típico. Já o dolo direto de segundo grau ou dolo de propósito mediato ou dolo de consequências necessárias abrange as consequências, ainda que não perseguidas, representadas como necessárias em virtude dos meios escolhidos para atingir sua vontade final (que pode ser típica ou extratípica), ou seja, aqueles efeitos concomitantes que o sujeito prevê que, com certeza, serão produzidos. Corresponde, portanto, à segunda e à terceira etapas da conduta relativa não ao propósito, mas, sim, à seleção dos meios e análise dos efeitos concomitante. (JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 308-309.)

legislação; bem como deve haver o acatamento das determinações previstas nos Tratados dos Direitos Humanos.

A Convenção de Viena de 1969 sobre Direitos Humanos dos Tratados Internacionais, art. 60, prescreve que: "é proibido invocar direito interno, para se descumprir um Tratado aderido, e, muito menos a própria constituição pode contradizer a normativa de um Documento de Direito Público Internacional, pois a violação de um Tratado pode acarretar sua suspensão, ou extinção".

Por essa razão, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo um sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."¹⁴³

Dessa maneira, não é possível descumprir um documento que trata de proteção aos Direitos Humanos que o Brasil tenha aderido, sob a alegação de que essa normativa esteja presente no direito interno como é o caso do aborto previsto no Código Penal brasileiro.

¹⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 87/88.

5.5. A questão no Brasil

Como é cediço, a sociedade brasileira recebeu forte carga de influência cultural através da colonização portuguesa, cujo credo era majoritariamente católico.

Por essa razão, devido ao catolicismo defender a vida em detrimento do aborto, esse sempre foi majoritariamente criminalizado, quer sob a legislação do Reino de Portugal, quer após a independência.

Relembre-se que todos os códigos penais pátrios traziam regramentos nesse sentido, sendo certo que o atual contém duas exceções, conforme mencionado anteriormente.

Atualmente, para os que são favoráveis à criminalização do aborto, o direito à vida, previsto no Art. 5º da Constituição Federal, impede qualquer flexibilização às exceções estipuladas no Art.º 128 do Código Penal.

Todavia, a corrente contrária embasa sua posição no mesmo princípio de proteção à vida e acrescenta o da dignidade da pessoa humana, além do contido no Art. 3º da Lei nº 9.434/97, *in verbis*:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.¹⁴⁴

Como trazido por Silvia Regina Pontes Lopes, na interpretação dos princípios de proteção à vida e da dignidade da pessoa humana, a jurisdição constitucional deve considerar a compreensão conferida pelos próprios destinatários da constituição a estes princípios, que se expressa tanto em fóruns civis de discussão,

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 9.434/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 01/11/2016.

quanto na atividade legislativa estatal. A autora declara que essa compreensão se revela nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, bem como no artigo 3º da Lei nº 9.437/97, todos de constitucionalidade pacífica.¹⁴⁵

A autora também preleciona que a questão do aborto envolve a análise de prescrições legais e constitucionais acerca do sentido jurídico da vida, da liberdade de crença, do conceito jurídico de pessoa e de morte, da noção de Estado de necessidade das excludentes de ilicitude do aborto.¹⁴⁶

E, por fim, a citada autora explica que o direito brasileiro não tutela o desenvolvimento biológico do feto anencéfalo pela mesma razão, porque não tutela o ciclo biológico do indivíduo que possui um cérebro morto, cujas funções vitais permanecem, por algumas horas, em funcionamento.¹⁴⁷

Todavia, por outro lado, Ivanaldo Santos lembra que o aborto, dentro do atual contexto em que vivemos, pode ocorrer como uma aparente solução para os problemas humanos, que no amplo contexto de crise fundamental e ética do Ocidente, em que a medicina vai se transformando em ideologia e/ou em uma engrenagem para a mudança e a (re)engenharia social, o aborto, que muitas vezes aparece como a solução fácil e rápida dos problemas humanos, não passa de uma desculpa, de um processo de fingimento para mascarar a crise ética e a angústia do homem contemporâneo.¹⁴⁸

Tendo em vista as legislações trazidas, o aborto em caso de estupro e em caso de perigo de vida da gestante continua sendo um crime. O Código Penal em seu artigo 128 traz apenas que não se pune, mas não menciona que o aborto não é crime, como está descrito no artigo 23 dessa lei. Dessa maneira, afirma-se a

¹⁴⁵ LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida Humana e Esfera Pública**: Contribuições de Hannah Arendt e de Jurgen Habermas para a Questão da Anencefalia Fetal no Brasil. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 166.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 169.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 185/186.

¹⁴⁸ SANTOS, Ivanaldo. **O Aborto e a Dignidade da Pessoa Humana**: a Perspectiva de Edith Stein. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 38, n. 148, jan./jun., 2015, p. 45-67.

proteção da vida humana inocente intrauterina, ocorrendo a ilicitude da conduta em qualquer hipótese de aborto.

Em pleno século XXI, com os grandes avanços da medicina, não cabe dizer que a gravidez seja frequentemente algo que potencialize ou que seja responsável pelo risco de vida da gestante. Assim sendo, o Código Penal deveria trazer a punição cabível para os “médicos” que praticam o aborto.

Da mesma maneira, deveria haver penalização para o aborto decorrente de casos de estupro, pois a criança gerada não deve ser penalizada com a morte. O que deve ocorrer é a penalização do estuprador e assistência para as mulheres que engravidam em virtude de estupro e que não queiram criar esses filhos, podendo doá-los no momento do nascimento.

Todavia, em nenhum momento o artigo 128 do Código Penal descriminaliza ou legitima o aborto, apenas o isenta de pena, caso seja praticado.

5.6. O Código Penal

A legislação penal cuida dos crimes contra a vida e daqueles que atentam contra ela, mesmo que indiretamente. O Código Penal tipifica, dentre os crimes dolosos contra a vida, o aborto. É competência do júri julgar os crimes dolosos contra a vida, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

No entanto, para que haja o aborto (privação do nascimento), a interrupção da gestação há de ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica o aborto apenas na forma dolosa.

Para Nelson Hungria, o Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime de aborto, qualquer que seja a fase da gravidez (desde a

concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.¹⁴⁹

Magalhães Noronha, no mesmo sentido, expõe que o crime consiste em interromper a gravidez no estado em que a mulher se encontra durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do produto da concepção. Traz também que do momento da cópula ao nascimento do novo ser, há várias fases que assim se apresentam: a) coito ou fecundação externa; b) conjunção nas vias genitais femininas (útero ou trompas) de um espermatozoide com um óvulo maduro e fecundável (fecundação interna); c) fixação do óvulo fecundado na mucosa uterina já preparada para recebê-lo (aninhamento); d) segmentação e desenvolvimento do ovo aninhado até à maturidade do produto da concepção (gravidez); e) expulsão do feto a termo (parto). Noronha conclui que, embora sob o ponto de vista médico gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fases, sob o aspecto jurídico ela vai desde a fecundação até o início do parto.¹⁵⁰

Nessa ordem de ideias, a morte da criança não é apenas emocional, psicológica e fisicamente a mais dolorosa experiência com que alguém pode se deparar; ela é, também, ininteligível filosoficamente, já que desafia a ordem natural das coisas.¹⁵¹

Temos no Código Penal¹⁵² que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

¹⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p.288.

¹⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. atual. Alberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001, p.49-50.

¹⁵¹ SAVAGE, Judith A. **Vidas não Vividas**. O Sentido Psicológico da Perda Simbólica e da Perda Real na Morte de um Filho. 10. ed. Tradução de Alípio Correia de Franca Neto. São Paulo: Cultrix, 1995.

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 09/05/2017.

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

Esse é o mesmo entendimento de Maria Helena Diniz:

O art. 128 ,I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime.¹⁵³

Da mesma maneira apregoa Marco Antônio da Silva Lemos que convém lembrar que o artigo 128, do Código Penal, e seus incisos, não compõem hipóteses de descriminalização do aborto, já que nesse artigo não está afirmado que “não constitui crime” o aborto praticado por médico nas situações dos seus incisos I e II. O autor Marco Antônio assevera que o que lá está dito é que “não se pune” o aborto nas circunstâncias daqueles incisos e que, portanto, em nossa legislação penal, o aborto é e continua sendo crime, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. O autor também nos lembra de que apenas não será punido penalmente, por razões de política criminal - o que a legislação infraconstitucional pode e deve fazer, porque a Constituição, como irradiação de grandes normas gerais, não é código e nem pode explicitar tudo.¹⁵⁴

Nesse mesmo diapasão, Maria Helena Diniz traz que o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida, é um

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55-56.

¹⁵⁴ LEMOS, Marco Antônio Silva. **O Alcance da PEC 25/A/95**. Correio Braziliense, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça, p. 6.

bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.¹⁵⁵

Também é da mesma opinião que a acima apresentada o autor Walter Moraes, que exemplifica que, quanto ao aborto, a lei diz “não se pune”, ficando o crime e suprimindo-se a pena.¹⁵⁶

Maria Helena Diniz alerta sobre uma possível interpretação equivocada do artigo 128 do Código Penal que poderia acarretar em uma inconstitucionalidade, declarando que há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, como afirma Maria Helena Diniz, pela interpretação desse artigo, é fácil perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade e, assim sendo, no Brasil não há nem poderia haver aborto legal, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, conforme traz a autora, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, já que é indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.¹⁵⁷

Ainda sobre a interpretação do artigo 128 do Código Penal, Maria Helena Diniz versa que não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena, ante o disposto nos artigos 23, 121, §5º, e 181 do Código Penal; tratando-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.46.

¹⁵⁶ MORAES, Walter. **O Problema da Autorização Judicial para o Aborto**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mar./abr. 1986. p. 21.

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Opus citatum, p. 56.

da gestante ou porque ela foi estuprada, haverá crime e, ainda, a aplicação de uma pena. Assim, crime é uma coisa e pena, outra.¹⁵⁸

Na parte especial do Código Penal, nos crimes contra a pessoa, os delitos contra a vida, entre eles o de aborto, está elencado em cinco artigos:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Pelo exposto, evidencia-se que o artigo 128 Código Penal não permite o aborto, apenas isenta de pena quem o pratica após o aborto já efetivado. Então, nas hipóteses previstas nesse artigo, o aborto continua sendo crime.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.89.

Para solucionar esse conflito jurídico, é necessário, pois, que haja penalização nos casos de aborto definidos em nosso Código Penal, já que está sendo eliminada uma vida indefesa que é protegida por nossa Lei Maior.

Assim, para que o aborto nos casos do artigo 128 do Código Penal fosse lícito, seria preciso revogar todas as leis que protegem o nascituro, tais sejam: o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que alude “a inviolabilidade do direito à vida”; o inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, que declara: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”; e também o artigo 227 da Constituição Federal, que apregoa: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida”

Também seria preciso revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), em especial o seu artigo 7º, que versa: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o seu nascimento [...]”; bem como o Código Civil, com todos os direitos assegurados ao nascituro desde a sua concepção, conforme diz seu artigo 2º: “[...] a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.¹⁵⁹

Sobre o direito à vida humana, Maria Helena Diniz versa que no mundo atual deverá haver uma tomada de consciência pelo mais primário e indeclinável dos direitos, que é o do respeito pela vida humana; e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade. A autora também expõe que a vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes.¹⁶⁰

A autora também expressa sobre o direito de nascer por meio de vários questionamentos:

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 08/03/2017.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.48.

A vida é igual para todos os seres humanos. Como, então, se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala dos valores? A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano indefeso e inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito à vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc.? Como se poderá falar em direitos humanos se não houver a preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer?¹⁶¹

Maria Helena Diniz manifesta-se a favor do direito à vida desde a concepção ao apregoar que como o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, tem direito à vida, devendo pais e médicos conservá-la, pois esse novo ser é tão humano como seus progenitores. A autora também preleciona que o seu direito à vida é maior do que qualquer direito da mulher ao seu corpo, já que deste não faz parte e que seria inconcebível que um Estado pudesse dar aos pais, por meio de lei, direito sobre a vida ou a morte de seu filho, pois a sociedade não pode editar leis que imponham a vida ou a morte. Diniz também considera que, se o feto

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52

pudesse falar, perguntaria por que ele não tem o direito de nascer; ou, se fosse condenado à morte, diria ao magistrado: por que não posso viver? A autora lembra que, sem qualquer defesa, não há chance alguma de recorrer, pois seu destino será a morte. O pensamento da autora deve ser observado, pois como ela aduz, está em jogo a vida de uma criança, sendo preciso refletir sobre o aborto e respeitar a vida e o direito ao nascimento. Por fim, a autora lembra que urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer.¹⁶²

Nessa seara, o aborto intencional é um crime contra a vida, proibido legalmente, não importando em qual período de evolução humana se encontra e independente de quem o pratica, mesmo que o bebê permaneça dentro do corpo da mãe.

5.7. Espécies de aborto criminoso previstas na legislação penal brasileira

O Código Penal brasileiro traz três modalidades de aborto criminoso: o auto-aborto, o aborto consentido pela gestante e o aborto na gestante não consciente dessa prática.

No artigo 124, primeira parte, é previsto o auto-aborto: “Provocar aborto em si mesma”. Já na segunda parte desse artigo é previsto o caso em que a mulher deixa fazer-se abortar por terceiro, limitando-se a consentir o aborto, sem executá-lo.

Na primeira hipótese, é a própria mulher que provoca o aborto, seja ou não instigada ou auxiliada por outrem. No caso de instigação ou auxílio, o terceiro é co-partícipe, incorrendo na mesma pena cominada à mulher: detenção de um a três anos.

¹⁶² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.54.

Já na segunda hipótese o aborto é materialmente executado por terceiro, de quem a mulher é co-partícipe, sendo que a pena cominada à mulher é menos grave que a cominada ao executor material do aborto.

O executor material do aborto tem o seu crime previsto no artigo 126 do Código Penal (“Provocar aborto com o consentimento da gestante”), que comina na reclusão por um a quatro anos. Importante salientar que, para que o aborto seja enquadrado no artigo 126 do Código Penal, é necessário que o consentimento da gestante seja válido, sendo considerado inválido se esse consentimento for prestado por gestante não maior de 14 anos, ou alienada ou débil mental, ou ainda mediante fraude, grave ameaça ou violência, conforme previsto no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal.

Uma vez inválido o consentimento, é como se não tivesse sido dado, e não há de ocorrer pena em relação à gestante.

A expressão “alienada ou débil mental” contida no Código refere-se à mulher totalmente incapaz de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno (artigo 22).

Em relação à fraude, que é todo intento que induz outrem em erro, seria viciado pela fraude o consentimento da gestante se esta fosse convencida de que o prosseguimento de sua gravidez lhe acarretaria a morte.

Todavia, pode acontecer que a mulher, tendo consentido o aborto do seu filho, seja enganada em relação à natureza do método empregado. Nesse caso, a mulher responderá pelo crime, pois a fraude referida na lei é a que esteja relacionada ao assentimento do aborto.

A grave ameaça é toda aquela capaz de vencer a resistência de uma pessoa normal. Deve ser a ameaça grave, séria, inevitável, irresistível, ou irreparável sobre a própria mulher ou sobre alguém próximo.

Já o termo violência (parágrafo único do artigo 126 do Código Penal) significa o emprego de força física e se refere à violência para obtenção do consentimento, no caso do aborto que não é consentido.

E, no artigo 125 está previsto o aborto não consciente pela gestante: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante”. Por ser o caso mais grave, é o que possui a pena mais grave a ser cominada: reclusão, de três a dez anos. Importante frisar que não é necessário a negativa expressa da gestante, bastando que os meios abortivos tenham sido empregados sem o seu conhecimento, ou até mesmo quando a mulher ignorar o seu estado de gravidez.

Vale lembrar que quando o aborto é provocado por terceiro (médico ou parteira), este ficará sujeito, além da pena privativa de liberdade, à pena acessória prevista no artigo 69, IV, e parágrafo único, IV (“incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público”).

Quando o Código Penal faz referência aos crimes contra a vida, pune de maneira mais rígida, prescrevendo uma pena maior ao homicídio doloso que ao aborto, apesar de a vítima ser inocente e indefesa nesse caso.

Alguns questionamentos sobre o direito à vida são realizados por Maria Helena Diniz:

A criança normal teria mais direito à vida do que a subnormal ou anormal, por ser esta um peso morto para a sociedade, em virtude de não ter capacidade laborativa, exigir maior atenção ou dispêndio de grandes fortunas para tratamento? Se os médicos têm a nobre missão de curar, aliviar a dor, adiar a morte, confortar o paciente, permitir uma morte mais digna, salvar vidas humanas, como a medicina poderia pertencer ao mundo do extermínio de deficientes físicos ou mentais, impossibilitando seu nascimento, com o consenso da gestante ou do casal? O feto com risco de adquirir o vírus da AIDS pela via transplacentária não teria o direito de nascer? Como admitir a eutanásia pré-natal, que é o ato de matar um feto portador

de anomalia física ou psíquica ou de lesão provocada por rubéola, talidomida, toxoplasmose, poluição do meio ambiente, uso de DIU etc? Não seria isso uma eugenia, apesar de haver quem distinga a interrupção eugênica da gestação (IEG) da interrupção seletiva da gestação (ISG), por entender que naquela o aborto é provocado contra a vontade da gestante para atender a valores sexistas, étnicos, racistas etc., enquanto nesta dá-se em virtude de lesão fetal, desde que haja anuência da gestante ou do casal em não manter a gestação? ¹⁶³

Um raciocínio muito pertinente esboçado pela mesma autora e que pode ser associado à eugenia nazista diz respeito à deficiência física ou psíquica, que, caso fosse motivo para eliminar fetos, o que se deveria fazer com os que nasceram perfeitos e contraíram enfermidades ou sofreram acidentes que os tornaram defeituosos? Matá-los? ¹⁶⁴

Maria Helena Diniz ainda acrescenta sobre o tempo de vida extrauterina dos anencéfalos, arguindo sobre a dignidade da vida humana, se essa dependeria do tempo de sua duração ou do requisito da viabilidade. A autora também preleciona que o aborto seletivo é, na verdade, uma forma de violência contra um ser indefeso, diante do fato de que a natureza apenas deixará sobreviver aquele que tiver condições autônomas de sobrevivência. ¹⁶⁵

5.8. Conflitos no sistema normativo

A norma de valor hierárquico superior em nossa legislação brasileira é a Constituição Federal de 1988. Todavia, algumas legislações divergem da Lei Maior e devem ser revisadas. Maria Helena Diniz aduz sobre esse conflito:

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.73.

¹⁶⁴ Ibidem, p.76.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 80.

Sem embargo dessas nossas reflexões, convém esclarecer que a polêmica sobre o assunto se dá em razão da existência de uma *antinomia de segundo grau*, ou seja, de um conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, pois, havendo norma superior geral (CF, arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, *caput*, XXXIX, XLVII, a, e XLV, e 6º) e outra inferior especial (CP, art. 128, I e II), não será possível estabelecer uma metarregra geral, preferindo-se o critério hierárquico ao da especialidade, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito.¹⁶⁶

Dentre vários dilemas que estão presentes ao se falar sobre o tema do aborto, percebe-se um assunto que é recorrente: a previsão do aborto no caso de estupro. Sobre essa problemática, traz Maria Helena Diniz:

[...] Poder-se-ia admitir que o ódio pelo estuprador se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício? Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido pela vítima? Não seria isso uma afronta aos arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, XXXIX, e 6º da Constituição? Não haveria necessidade de absolver da “pena de morte” o “réu” sem culpa pelo crime cometido pelo seu pai? Se, pelo art. 5º, XLVII, a, do Texto Constitucional, não há pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, se no inciso XLV do mesmo artigo está consagrado o princípio da personalização da pena, [...] não podendo passar da pessoa do delinquente, como poderia cumpri-la quem não perpetróu delito algum?¹⁶⁷

Essa autora ainda menciona que, além desse contrassenso na lei penal em relação à norma constitucional, o mal causado ao se realizar um aborto não é inferior ao suposto mal evitado, pois há um contrassenso na lei penal: a norma constitucional assegura a vida humana, mas, quando ocorre o aborto, a vida do feto vale menos que a de sua mãe. Diniz faz uma reflexão se não deveria o direito à vida ser garantido a todos e de modo igual; qual seria a diferença existente nas vidas da

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 96.

gestante e do feto se ambas são merecedoras da proteção constitucional; se pode haver opção entre a vida da mãe e a do nascituro se não for possível salvar ambas, é necessário saber quem fará a opção por uma delas. A respeito dessa questão emblemática, a autora interpela: “...O médico deverá sempre, havendo perigo de vida para a gestante, sacrificar o feto? Haveria, ou não, no aborto necessário uma colisão de direitos: o da mãe e o do filho? Seria justo matar o filho para salvar a vida da mãe?”¹⁶⁸

Alguns questionamentos sobre a legalização do aborto são realizados por Maria Helena Diniz, tal como se a legalização do aborto aliviaria o drama de consciência de uma mãe que renegou seu filho, matando-o, e se essa legalização melhoraria as condições de higiene de clínicas aborteiras, bem como se essas clínicas poderiam ser fiscalizadas pelo controle sanitário brasileiro. Outra indagação da autora é se tal legalização acabaria com o aborto clandestino e sua morbimortalidade, sendo que, se houver motivos para esconder a gravidez da sociedade, a gestante, legalizado ou não o aborto, buscaria a clandestinidade e o anonimato, entregando-se nas mãos de um aborteiro, renunciando à segurança de um hospital público ou particular. Dessa maneira, outra perquirição da autora seria qual o motivo de se descriminalizar o aborto, se ele, sendo legal ou não, para muitos é um ótimo negócio, pois há o “tráfico” de misoprostol em algumas farmácias, o lucro fácil e a exploração do desespero alheio, sendo que nos Estados Unidos existem médicos, beneficiários da hipercomercialização do aborto, que chegam a ganhar por ano cerca de 200 mil dólares.¹⁶⁹

Celso Cezar Papaleo apresenta em seu estudo duas faces da objetivação jurídica em face desse conflito normativo: o direito ao pleno desenvolvimento de um ser, “devenir” por inteiro dependente; e o direito dos que já existem, de aperfeiçoar, “completar” um harmônico desenvolvimento, cuja legitimidade é, em princípio, inobjetable.¹⁷⁰

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 117.

¹⁷⁰ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção: Atualidade e Complexidade da Questão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 38.

O mesmo autor, ao examinar vários regimes legais vigentes no mundo em relação ao aborto provocado, chega à conclusão que a liberalização do aborto se expande cada vez mais, sendo muitos os países que autorizam a provocação do aborto com liberalidade, admitindo-a em numerosas circunstâncias, até mesmo como um direito a ser exercido pela gestante e a seu critério.¹⁷¹

Sendo o embrião reconhecido como pessoa humana e a sua vida submetida às mesmas leis que resguardam todas as pessoas, o aborto pode ser equiparado ao homicídio. Também tendo em vista o direito à vida desde a concepção, independe a idade, saúde ou estado de dependência da criança em relação à sua mãe. O seu direito à vida deve ser garantido.

José Renato Nalini, baseando-se nas legislações vigentes, apregoa que não há dúvida de que a vida deve ser um direito protegido desde a concepção:

Se dúvida pudesse existir quanto ao sentido de vida na Constituição de 1988, a despeito da clareza dos doutrinadores mencionados, ela cessou quando o Brasil ratificou o chamado Pacto de São José da Costa Rica. O artigo 4º Inciso I, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos subscrita pelo Brasil em 22 de novembro de 1969 e ratificada em 25 de setembro de 1992, dispõe que ‘Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente’. [...] Esse preceito integrou-se na ordem constitucional brasileira por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República: ‘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. [...] A internacionalização constitui hoje elemento caracterizador da vigente ordem jurídico-constitucional quanto às denominadas fontes do direito. A constitucionalização de todos os direitos fundamentais não explícitos nos setenta e sete incisos do artigo 5º da Constituição da República,

¹⁷¹ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**: Atualidade e Complexidade da Questão. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

mas contidos nos tratados internacionais decorre da vontade constituinte. Desta forma, considerar-se a vida desde a concepção é hoje preceito integrante do direito constitucional brasileiro. Pois foram observados os requisitos constitucionalmente exigidos a essa recepção.¹⁷²

Por fim, Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli lembram o direito fundamental à vida e as pessoas que não foram abortadas e fizeram a diferença na humanidade, já que uma das eficientes formas de se lutar pela revalorização do ser humano e, ao mesmo tempo, pela dignidade da pessoa humana, é a questão do aborto. Os autores mencionam que isso acontece porque esse tema trata diretamente com o direito mais fundamental de qualquer cidadão, ou seja, o direito à vida. Também aduzem que não se pode pensar em qualquer forma ou manifestação do direito (saúde, educação, propriedade privada, etc) sem antes se pensar no direito à vida, que é a base, o alicerce de qualquer forma de direito. Por fim, concluem que só é possível se pensar em conquistas sociais, em crescimento econômico e outras formas de manifestação da vitalidade humana, se antes existir indivíduos que nasceram e, por causa disso, não foram abortados.¹⁷³

5.9. Caracterização do crime de aborto

Para Nelson Hungria,

O requisito de *expulsão do feto* poderia conduzir, na prática, à perplexidade. Pode acontecer, notadamente nos primeiros períodos de gravidez, que o embrião, ao invés de ser eliminado para o exterior, é objeto de um processo de autólise e acaba

¹⁷² NALINI, José Renato. **A Evolução Protetiva da Vida na Constituição Brasileira**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). *A Vida dos Direitos Humanos. Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 275/276.

¹⁷³ SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. Organizadores. **Direitos Humanos Fundamentais e Doutrina Social** (Coleção Instituto Jacques Maritain) São Paulo: Boreal Editora, 2012, p. 31-32.

por desenvolver-se e ser reabsorvido. Outras vezes, pode sofrer um processo de mumificação ou maceração, permanecendo dentro do útero como um corpo estranho. E outras vezes, ainda, é sujeito a um processo de calcificação (litopédio).¹⁷⁴

Nesses casos, inexistente o crime, pois não há expulsão do produto da concepção. E pode ocorrer do feto nascer vivo e vital, após provocada a sua expulsão prematura, caso que também inexistente o crime. Outra situação seria o feto já estar morto antes da provocação do aborto, antes da provocação do aborto, e também não seria punido por ser uma tentativa inadequada.

O verbo provocar, utilizado no código penal, nos artigos 124, 125 e 126 tem o sentido de dar causa, originar, promover.

Nelson Hungria lembra que: “O Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo *fecundado*, *embrião* ou *feto*: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime do aborto”.¹⁷⁵

Independente de qual seja a fase da gravidez, provocar sua interrupção é cometer o crime do aborto. A ocisão do feto depois de iniciado o processo de parto, é infanticídio, mesmo que seja parto prematuro ou que sejam empregados meios abortivos.

Também afirma Nelson Hungria que: “É importante frisar que não importa em que momento o feto morre (após a tentativa de morte do feto).”¹⁷⁶

Assim, também não cabe falar em aborto quando houver o emprego de meios para impedir a fecundação, mesmo que o espermatozoide já tenha adentrado no órgão genital da mulher.

¹⁷⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p. 280.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 281.

¹⁷⁶ Ibidem, loco citato.

5.10. Condições jurídicas do crime de aborto

São condições para o crime de aborto:

- 1 – Dolo;
- 2 – O estado fisiológico de gravidez;
- 3 – O emprego de meios dirigidos à provocação do aborto;
- 4 – A consequente morte do feto (ou do embrião ou do óvulo fecundado).

Em seguida, será apresentada cada uma dessas condições.

Assim, segue uma breve descrição das condições para que seja caracterizado o crime de aborto para uma reflexão sobre alguns questionamentos implícitos.

5.10.1. O dolo

O aborto só é punível se houver dolo (vontade consciente e livre de interromper a gravidez ou eliminar o produto da concepção) ou que dê anuência para o aborto. O aborto culposos não constitui crime.

5.10.2. O estado fisiológico da gravidez

A gravidez é o momento que ocorre desde a fecundação até o início do parto. A gravidez putativa ou suposta exclui o crime. Nesse caso, ocorreria a tentativa impossível (artigo 14 do Código Penal) e o agente ficaria imune de pena.

Há destinação entre a gravidez normal, a gravidez extrauterina e a gravidez molar. A gravidez extrauterina é quando o óvulo não se desenvolve no útero e esse desenvolvimento fetal incomum pode ocasionar a morte da mulher devido a uma hemorragia abundante, ruptura da trompa, etc.

A gravidez molar é uma formação neoplástica derivada das membranas fetais principalmente sem que haja necessariamente a presença de um embrião.

No caso da gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto, já que não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, sendo que as consequências dos atos praticados se voltam unicamente contra a mulher. Para que seja caracterizado o aborto, é necessário que o feto expulso seja um produto fisiológico, e não patológico. No caso apresentado, a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de forma a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que possa salvar a vida do feto, não havendo de se falar em aborto, sendo que para a existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

Assim, nas palavras de Nelson Hungria

...a expulsão de uma *mola* não pode concretizar o crime de aborto. O emprego de meios abortivos em tal caso não destrói uma *mola*, pois que esta não existe. As molas verdadeiras não são *fetos*, e, quanto às molas falsas, nada têm a ver com o processo gestativo.¹⁷⁷

5.10.3. Emprego de meios dirigidos à provocação do aborto

De acordo com Nelson Hungria, há diversos meios abortivos que se dividem em três grupos: químicos (bioquímicos, medicamentosos) físicos e psíquicos (ou biodinâmicos).¹⁷⁸

Os abortos químicos também são chamados de internos, sendo que se trata de substâncias químicas que, quando são introduzidas no organismo, se destinam,

¹⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p. 290.

¹⁷⁸ Ibidem, loco citato.

no caso de mulheres grávidas, a auxiliar nas contrações uterinas e, conseqüentemente, provocar a expulsão do feto.

Dentre as substâncias utilizadas para acarretar o aborto, há as inorgânicas, as orgânicas de origem animal e as orgânicas de origem vegetal. Já os meios físicos podem ser mecânicos, térmicos ou elétricos. Também há os meios psíquicos ou biodinâmicos.¹⁷⁹

É válido lembrar que quando o meio empregado é absolutamente inidôneo, como é o caso de rezas, não poderá ser identificado sequer o aborto tentado, mas sim uma tentativa inadequada de aborto (artigo 14 do Código Penal).

5.10.4. Morte do feto

O momento consumativo do crime de aborto (simples) é a morte do feto. Se o feto é expulso vivo (caso em que há o aceleração de parto) e continua a viver, ocorrerá uma tentativa de aborto, já que o crime do aborto é caracterizado pela interrupção da gravidez juntamente com a morte do feto, por ser este ainda imaturo para viver fora do útero materno.

Para que haja a existência do aborto, não é necessária a prova da vitalidade do feto. Assim, não é acertado o entendimento do aborto de anencéfalos não ser penalizado, pois nas palavras de Nelson Hungria:

Averiguado o estado *fisiológico* da gestação em curso, isto é, provado que o feto estava vivo, e não era um produto *patológico* (como o caso de gravidez extrauterina), não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação. Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: em qualquer fase da vida intrauterina, a eliminação desta é aborto.¹⁸⁰

¹⁷⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p. 292.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 293.

Assim, a morte de feto deve ser efeito da interrupção de gravidez ou do emprego dos meios para obtê-la, sendo que se a morte resultar de outra causa, haverá apenas tentativa de aborto. Caso o feto já estivesse morto, não pode ser reconhecido o aborto, mesmo se o agente acreditasse no oposto, sendo, dessa forma, crime impossível, putativa ou tentativa inadequada.

5.11. Aborto qualificado

O aborto qualificado está descrito no artigo 127 do Código Penal: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

Esse artigo 127 está relacionado com os artigos 125 e 126 do Código Penal. A mulher, ainda que consciente, não terá esse aumento especial da pena. Quando houver lesões ocasionadas à gestante, mas sem efetiva interrupção de gravidez, haverá tentativa qualificada de aborto prevista no artigo 127 somente os que não resultam necessariamente ou não são inerentes a qualquer aborto com meios não excessivos ou, de qualquer forma, aptos a ocasionar lesões não necessárias. A agravante se constitui, então, apenas das lesões extraordinárias, pois se fosse de outra maneira, o aborto seria sempre qualificado.

5.12. Tentativa de aborto

Há a impunibilidade da tentativa de aborto quando realizada pela própria gestante ou com o seu consentimento.

A esse respeito, Nelson Hungria diz que: “...Deixar impune a tentativa de aborto equivale a tolerar que, além de imoral, cria uma possibilidade de dano a indeclináveis interesses sociais.”¹⁸¹

5.13. Aborto necessário

No artigo 128, I, o Código Penal aduz que o aborto necessário não é criminalizado quando “praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

O aborto necessário é a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante, e pode ser: terapêutica (curativa) ou profilático (preventivo).

Vale lembrar que a licitude do aborto necessário não depende de consentimento da gestante ou das pessoas da sua família. A gestante, muitas vezes, não poderia manifestar a sua vontade por estar inconsciente e, também poderia desejar sacrificar a própria vida por causa do filho. Já o marido e os parentes poderiam escolher em virtude de interesse próprio, preferindo a morte da mãe ou do seu filho, por motivos de sucessão hereditária. Também poderia ser desperdiçado tempo para essa obtenção de consentimento. Além de estar presente implicitamente no artigo 128, essa permissão de intervenção arbitrária do médico, ela também pode ser reconhecida no artigo 146, parágrafo 3º, do Código Penal, que afirma não constituir constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

¹⁸¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p. 294.

5.14. Aborto de estupro

Também chamado de aborto sentimental, o aborto decorrente de gravidez por causa de estupro está disposto no artigo 128, II, do Código Penal, que não é punível “o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Mas a origem criminoso de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, o seu término, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher; e, também, poderia haver o perigo dos abusos em razão de impunidade, pois não é sempre fácil provar a violência alegada, podendo a gravidez indesejada ser atribuída à violência.

5.15. Aborto eugenésico

Para Nelson Hungria:

O Código não inclui entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deveria ser permitido “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal.”¹⁸²

5.16. O Código de Ética Médica

Aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1931/2009, o Código de Ética Médica, em seu artigo 32, traz o dever de sempre assistir o

¹⁸² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1988, p. 305.

paciente, sem jamais abandoná-lo, usando todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, científicos, reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

E Hipócrates, para evitar homicídios uterinos, colocou no seu julgamento que o médico não deve provocar o aborto e os romanos garantiram, em seu Direito, os direitos do nascituro desde a concepção.

Com a finalidade de exemplificar a ética médica, no "You Tube" é possível acessar o vídeo de um médico norte-americano, intitulado "The Silent Scream", que mostra o que acontece com o feto humano no momento do aborto. Esse médico havia praticado inúmeros abortos no decorrer de sua carreira médica, mas mudou de opinião ao se conscientizar sobre o que ocorre com o feto no ventre materno. Em determinado momento é como se a criança sentisse que está sendo ameaçada e tenta se esquivar do objeto que está sendo introduzido na mulher, tendo os seus batimentos cardíacos acelerados e a boca aberta, como se estivesse gritando. Todavia, as suas tentativas são em vão, pois não consegue fugir do objeto que acaba lhe tirando a vida.

5.17. A Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 442¹⁸³

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 foi ajuizada em 08 de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo como objetivo o questionamento dos artigos 124 e 126 do Código Penal perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Essa ADPF afirma que os artigos impugnados afrontam princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 ao preverem condenação criminal para as mulheres que realizaram o autoaborto ou que consentiram que outrem o

¹⁸³ **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 442.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 01/01/2019.

provoque. Segundo consta na Ação, os artigos 124 e 126 do Código Penal afrontam os princípios da dignidade da pessoa humana, a cidadania e a não discriminação, direito fundamental à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.

Afirma também que as razões jurídicas que levaram à criminalização do aborto pelo Código Penal, em 1940, não mais se sustentam diante dos preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, “caput” e incisos I e II; 6º, “caput”; 196 e 226, parágrafo 7º, todos da Constituição Federal.

Uma argumentação presente nessa ADPF é a de que a questão do aborto deveria ser pensada com base nas evidências científicas que apontam para os sentidos de justiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos.

Para o propositor dessa ADPF, a longa persistência da criminalização do aborto seria um meio de utilização do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável, na medida em que imporia às mulheres o dever de prosseguir com uma gravidez indesejada. Ao mencionar a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, aponta que, no ano de 2015, cerca de quinhentas e três mil mulheres interromperam voluntariamente a gravidez no Brasil, concluindo que o aborto é um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras.

Nesse esteio, o autor afirma que a desigualdade social e de classe no exercício do direito de determinar se gostaria de ter e quando seria o melhor momento para o nascimento de filhos, tornando o aborto um evento mais comum na vida de mulheres que vivenciam maior vulnerabilidade social, trazendo a informação de que 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto em detrimento de 9% de mulheres brancas. Outrossim, conclui que é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultavam em prisão.

O autor da ADPF 442 também menciona casos em que cortes constitucionais estrangeiras discutiram o aborto nas últimas décadas do século XX, afirmando que

no caso *Roe v. Wade* (1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos teria utilizado o critério do marco dos trimestres para estabelecer que quanto mais imaturo for o feto maior será o respeito ao direito de privacidade das mulheres. Desse modo, a decisão proferida de que, no primeiro trimestre, não caberia interferência legal na decisão das mulheres, já no segundo trimestre poderia haver regulação do procedimento médico para proteger a saúde da mulher, mas não para limitar o seu direito de escolha; e, por fim, no terceiro trimestre, as leis estaduais poderiam restringir o acesso ao aborto, salvo se houvesse risco à vida ou à saúde da mulher.

Também é trazido pelo autor o caso *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), em que a Suprema Corte dos EUA teria declarado a constitucionalidade da opção governamental de priorizar políticas públicas para a gravidez em detrimento de políticas de saúde para o aborto. E no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) a Suprema Corte americana teria estabelecido como parâmetro do direito ao aborto a proibição aos obstáculos indevidos, de forma a prevalecer os termos das legislações estaduais, e não mais o marco os trimestres, com a ressalva de que aquelas leis não deveriam criar barreiras injustas às mulheres nos primeiros estágios da gravidez.

Outro caso mencionado na ADPF 442 é o da Corte Constitucional da antiga Alemanha Ocidental conhecido por *Aborto I* (1975) em que teria sido revogada a lei que permitia o aborto até a décima segunda semana de gravidez. Todavia, após a unificação ocorrida em 1992, o Parlamento alemão teria aprovado nova lei de semelhante teor que teria desencadeado o litígio conhecido por *Aborto II*, caso em que a Corte Constitucional fez um julgamento abstrato da lei e manteve o aborto na condição de crime sem punição. Assim, na Alemanha, no caso da mulher se submeter a um aconselhamento e receber um certificado, estará livre para realizar o aborto até o limite de doze semanas.

Outro exemplo citado é o da Colômbia, em que a sentença C-355-2006 de sua Corte Constitucional teria permitido o aborto em três condições: se a vida ou saúde da mulher estivesse em perigo, se a gravidez fosse resultado de estupro ou incesto e se houvesse malformação fetal que não permitisse a sobrevivência extrauterina do feto.

O autor também cita que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, previstas no Pacto de São José da Costa Rica, que trazem a proteção da vida em geral, desde o momento da concepção, não autorizaria a equiparação de um embrião a uma pessoa e que a proteção à vida tem que ser gradual, de forma a ser compatível com a realização de outros direitos.

Outra afirmação é a de que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) teria declarado inconstitucional a interpretação no sentido de que a interrupção de gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada no Código Penal, no julgamento da ADPF 54. Outra menção é a da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, em que a Suprema Corte teria reconhecido a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida.

Além disso, assevera que no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306, a maioria da Primeira Turma do STF teria seguido o voto-vista proferido pelo Ministro Roberto Barroso que, de forma incidental, havia concluído pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado nos três primeiros meses de gravidez.

Dessa maneira, o requerente argumenta que o deferimento da ADPF 442 resultaria a Suprema Corte exercer o seu papel de proteção de grupos vulneráveis, por meio da representação argumentativa do cidadão.

O requerente também alega que no seu entendimento a criminalização generalizada do aborto voluntário violaria os preceitos fundamentais utilizados como parâmetros de controle. Também diz que afirmar o valor intrínseco do humano no embrião ou feto não é o mesmo que afirmar o estatuto de pessoa constitucional, que o estatuto de pessoa constitucional se inicia no nascimento com potência de sobrevivência, mesmo com o auxílio tecnológico.

Assim, afirma que na ponderação entre a dignidade como valor intrínseco pertencente ao embrião e a dignidade como autonomia consistente na cidadania das mulheres, deveria prevalecer esta última por não haver conflito entre direitos

fundamentais, devido à impossibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto.

Nessa senda, aduz que o direito ao aborto é uma condição de possibilidade para o exercício de cada mulher, sendo uma condição para a plenitude de um projeto de vida, concluindo que a imposição de uma gravidez coercitiva às mulheres ofenderia a sua dignidade em relação ao respeito à sua autonomia.

Ademais, o autor acrescenta que a descriminalização do aborto teria como consequência a redução de gestações indesejadas e do número de casos de aborto. Também afirma que a negação do direito ao aborto causaria grande sofrimento às mulheres, que poderia ser equiparado a tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante, mas que sem a proibição isso poderia ser evitado.

Assim, traz que, sob o seu ponto de vista, a manutenção da criminalização do aborto não atenderia ao princípio da proporcionalidade. Também traz que não haveria objetivo legítimo para a criminalização, considerando que a medida não se mostraria capaz de impedir a prática que busca coibir, servindo, apenas, para forçar as mulheres ao risco da clandestinidade.

Em relação à necessidade, alega que os países com legislação menos restritiva teriam apresentado taxas decrescentes de aborto. Assim, são apresentados dados da última Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS 2006) que conduziram à conclusão de que o Estado falha em oferecer políticas adequadas em saúde que poderia garantir às mulheres condições para evitar um aborto e dessa forma, proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou feto, e criminaliza as mulheres pela mesma razão.

Dessa maneira, o requerente afirma que a criminalização indiscriminada do aborto violaria os preceitos fundamentais indicados como parâmetros de controle, na medida em que promoveria tutela penal desprovida de objetivos constitucionais legítimos, desrespeitando os princípios fundamentais e direitos constitucionais das mulheres.

Diante dos argumentos apresentados, o autor requereu a concessão de medida cautelar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamentos de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal em casos de interrupção de gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras doze semanas de gravidez; bem como que seja reconhecido o direito constitucional das mulheres de interromper a gestação, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.

5.17.1. Manifestação da Advocacia Geral da União sobre a ADPF nº 442

Diante da propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, tal ação foi encaminhada pela Presidente Rosa Weber para a manifestação da Advocacia Geral da União, que apresentou o pronunciamento descrito abaixo.

5.17.1.1. Da impossibilidade de atuação do STF como legislador positivo

Houve acertada manifestação da Advocacia Geral da União (AGU) sobre a ADPF nº 442 que observou que o autor não se limita a provocar a função de legislador negativo, que cabe ao STF, de exercer no controle concentrado de constitucionalidade; mas que atue como legislador positivo para criar um critério excludente de tipicidade formal que não foi estabelecido pelo legislador, sendo portando inviável.

Também observou que o legislador federal não é omissor em relação a esse tema, pois foram fixadas todas as hipóteses de aborto que, sob o seu ponto de vista, não devem se sujeitar ao poder punitivo do Estado. Assim, lembra que a criação de nova modalidade de aborto admissível no Brasil dependeria de alteração da legislação penal, o que não pode ser realizado mediante decisão do Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento de opção política adotada pelo legislador.

Em relação à equiparação que o PSOL fez com o julgamento da ADPF nº 54, a AGU aduz que a medida postulada pelo requerente é distinta, razão pela qual não se justifica a pretendida equiparação entre as ADPFs.

Ainda sobre a Ação de Descumprimento nº 54, afirma ter sido declarada inválida a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico constituiria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, pois essa conclusão derivou de interpretação conferida ao texto desses dispositivos legais, que versam sobre a tipificação de crimes contra a vida, sendo que, no caso de anencéfalo, considera-se que não existe vida possível.

Lembra ainda que o pedido formulado pelo requerente não é de mera interpretação do texto legal em vigor, mas de efetiva criação de uma nova hipótese de excludente de tipicidade, consistente na fixação de um prazo no qual a realização do aborto passaria a ser admissível. Também afirma que dar azo à ADPF nº 442 seria realizar uma inovação legislativa, com o estabelecimento de um período de licença para realização do aborto, em substituição à explícita decisão legislativa de manter a tipificação penal de tal conduta.

Dessa maneira, caso houvesse o acolhimento do pedido formulado na ADPF nº 442, isso implicaria em violação ao princípio de separação de Poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário na condição de legislador positivo afrontaria a independência conferida ao Poder Legislativo para o exercício de sua função de legislar.

Diante dos argumentos acima, a AGU conclui que a pretensão veiculada na ADPF nº 442 revela-se juridicamente impossível, já que a interpretação pretendida pelo autor não pode ser extraída do texto das normas impugnadas.

5.17.1.2. Requisitos necessários à concessão de medida cautelar

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 não possui os requisitos necessários à concessão de medida cautelar, conforme pode ser verificado abaixo.

5.17.1.3. Inexistência de disposição constitucional a respeito do aborto

Diversamente do que alega o autor da ADPF nº 442, a Constituição Federal não contém disposição que, explícita ou implicitamente, autorize a prática do aborto até determinado período da gestação, não havendo, pois, um suposto direito constitucional da mulher ao aborto.

Porém, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o aborto tem sido objeto de reiterados debates pelo Congresso Nacional, que não permaneceu inerte sobre o tema.

Assim, na Câmara dos Deputados é possível verificar a existência de proposições com inclinação para a descriminalização do aborto voluntário em qualquer hipótese, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 882/2015. Essa proposta legislativa estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências, dentre as quais a revogação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal.

Também tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 489/2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro, que tem a intenção de classificar o aborto como crime hediondo e criar a tipificação de aborto culposos. Além dele, há o Projeto de Lei nº 5.069/2013 que tem o objetivo de tipificar como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo, prevendo penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto.

Ainda é possível citar outras proposições legislativas que confirmam que o tema do aborto é recorrente na pauta da Câmara dos Deputados: Projeto de Lei nº 4.642/2016, que dispõe sobre a prevenção e conscientização dos riscos e consequências relacionados ao aborto; Projeto de Lei nº 20/1991, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde; Projeto de Lei nº 343/1999, que institui a Semana de Prevenção do Aborto e dá outras providências; Projeto de Lei nº 1.545/2011, que propõe a inclusão do artigo 128-A no Código Penal para tipificar o crime de aborto praticado por médico quando não for dos tipos admitidos no Código Penal: necessário ou quando a gravidez resulta de estupro (sentimental) e Projeto de Lei nº 1.459/2003, que aplica pena de reclusão aos casos de aborto provocados em razão de anomalia na formação do feto ou “aborto eugênico”.

Além dessas propostas legislativas, há requerimentos de realização de audiência pública para debater a venda de produtos abortivos com entrega no Brasil por sítios virtuais (Requerimento nº 143/2016) e para discutir as questões sobre o aborto no País (Requerimento nº 22/2016).

Já no Senado Federal tramitam, dentre outros o Projeto de Lei nº 46/2017, que altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal, para criminalizar a prática do aborto em qualquer estágio da gestação. E o Projeto de Lei 461/2016 postula a alteração do Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal, para criminalizar a prática do aborto em qualquer estágio da gestação. Há também o Requerimento nº 24/2015, que intenta realizar audiências públicas, tantas quanto forem necessárias, para debater uma possível regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Dessa maneira, a ausência de modificação legislativa demonstra que, apesar dos intensos e recorrentes debates sobre o tema, a decisão do legislador, até o momento, é pela manutenção da disciplina estabelecida pelo Código Penal a respeito da tipificação do crime de aborto e das hipóteses de interrupção de gravidez que não recebem punição pela legislação brasileira.

Ademais, a autorização da prática do aborto até a décima segunda semana de gestação não está respaldada na Constituição da República ou na legislação penal em vigor, motivo pelo qual o suposto acolhimento do pedido veiculado na ADPF nº 442 implicaria na desconsideração da decisão tomada pelo legislador no exercício adequado de sua função constitucional e, conseqüentemente sua substituição pelo critério de preferência do Poder Judiciário.

Sobre essa problemática é possível citar Ronald Dworkin, que aduz que a principal causa da manutenção dos conflitos verificados sobre o aborto nos Estados Unidos consiste na circunstância de que a normatização aplicável ao tema naquele país não havia decorrido de debates e acordos políticos, mas que foi imposta pela Suprema Corte, conforme pode ser verificado abaixo:

Muitos analistas insistem, contudo, em que a principal causa da natureza beligerante que envolve, nos Estados Unidos, o debate sobre o aborto encontra-se no modo como se criou o direito norte-americano sobre o aborto. Em outros países, a legislação sobre o aborto foi formada por uma série de acordo políticos e legislativos. Nos Estados Unidos, porém, a legislação foi imposta não depois de lutas e acordos políticos, mas por decreto do Superior Tribunal Federal.¹⁸⁴

Também é preciso lembrar que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Assim sendo, o Poder Constituinte reservou à lei em sentido formal a competência acerca da elaboração dos tipos penais, e também das respectivas excludentes de ilicitude e de punibilidade.

A ADPF nº 442 discute o plano da tipicidade (subsunção de determinada conduta ao fato previsto como ilícito penal).

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 06.

A teoria da tipicidade conglobante, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, admite o reconhecimento de excludentes supralegais, o que, todavia, não implica no afastamento da tipicidade formal. Entrementes, esse reconhecimento se limita às hipóteses em que as condutas, apesar de formalmente tipificadas, não ofendem de maneira grave os bens jurídicos tutelados.

Todavia, menciona que a ADPF nº 442 não está em conformidade com o acima exposto, pois o requerente pretende atingir a tipicidade formal do crime de aborto, de forma a se estabelecer um critério absoluto de exclusão do delito, que se destina a tutelar o bem jurídico da vida, de acordo com a Constituição Federal.

Além disso, lembra que as excludentes de tipicidade, quando envolvem a tipicidade formal, só podem ser criadas pela via legislativa, de acordo com o princípio constitucional da reserva legal em matéria penal.

5.17.1.4. A proteção do direito à vida segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Outra questão abordada na ADPF nº 442 é de que o Supremo Tribunal Federal teria evoluído no sentido de afastar o reconhecimento de direitos fundamentais ao feto. Para tanto, a Advocacia Geral da União lembra as decisões proferidas pela Suprema Corte nos julgamentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

É lembrado, primeiramente, que o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito do nascituro desde a concepção, mas que essa proteção jurídica foi submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, cujo objeto correspondia ao artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização de embriões congelados em pesquisas com células-tronco.

No julgamento dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Suprema Corte afirmou o entendimento de que a vida se inicia na concepção e que, em tal momento, também deve ser conferida proteção jurídica ao nascituro.

Todavia, considerando as peculiaridades do embrião *in vitro*, o Supremo Tribunal Federal afirmou que sua proteção somente ocorreria após a implantação no útero, quando é confirmada a sua viabilidade vital.

Então, apesar do Supremo Tribunal Federal ter estabelecido a diferença entre o embrião natural e o embrião *in vitro*, asseverou em não permitir que o procedimento de fertilização fosse utilizado como objetivo de produzir embriões para pesquisa. Dessa maneira, demonstrou o reconhecimento de um núcleo essencial de direitos fundamentais para os embriões *in vitro*.

Importante salientar que a discussão sobre a possibilidade de utilização de embriões *in vitro* nas pesquisas com células-tronco não representou um posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão do aborto.

Assim, percebe-se que a decisão restrita aos embriões *in vitro* não alterou o grau de proteção que o ordenamento constitucional reconhece ao nascituro, pois foi afastada qualquer possibilidade de extensão dos argumentos desenvolvidos nesse julgado aos embriões extrauterinos.

Já na ADPF nº 54 houve o exame sobre a amplitude do direito à vida dos fetos anencefálicos, na qual se sustentava que os direitos fundamentais da gestante, em especial os direitos à saúde e à liberdade, deveriam prevalecer sobre o direito à vida do feto anencefálico.

Porém, ao julgar a ADPF nº 54, a Suprema Corte afastou a alegação da parte autora e apontou para a inexistência de conflito entre direitos, pois alegou inexistir expectativa de vida dos afetos anencefálicos e apontou o artigo 128, inciso I, do Código Penal, que diz respeito ao aborto terapêutico, quando há risco para a vida da gestante, contemplaria a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico.

Nessa senda, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54 fundamentou-se em duas premissas: da ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico e de, que mesmo se fosse reconhecido o direito à vida do feto anencefálico, a interrupção da gravidez, nesse caso, seria enquadrada na excludente de punibilidade prevista no inciso I do artigo 128 do Código Penal, pelo alegado risco à saúde da mulher.

Dessa maneira, a alegação da Advocacia Geral da União é de que o Supremo Tribunal Federal não realizou, em nenhum momento, uma ponderação entre os direitos do feto e os direitos da gestante, sendo incoerente a alegação contida na ADPF nº 442 de que a Suprema Corte teria estabelecido o critério de nascimento como marco para a imputação de direitos fundamentais à criatura em desenvolvimento.

Outra alegação é a de que a Suprema Corte ratificou o reconhecimento de direitos fundamentais desde o momento da concepção, inclusive nos casos de embriões *in vitro*.

Igualmente é apregoado que, embora tenha reconhecida a potencialidade de vida como critério para a proteção jurídica do embrião e do nascituro, a Suprema Corte manteve o reconhecimento da concepção como marco inicial de vida humana. Assim, ficou afastada a possibilidade de que os precedentes fossem invocados como argumentos para a descriminalização irrestrita do aborto.

Além disso, sobre a decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 124.306, esse não reflete a jurisprudência da Suprema Corte, pois trata-se de posição isolada e adotada de maneira incidental, seguida por somente três dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal. Portanto, esse julgamento não autoriza a conclusão de que a Suprema Corte reconheceria como lícita a prática do aborto até o terceiro mês de gestação.

5.17.1.5. A prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade de escolha da gestante na ordem constitucional brasileira

Manifestou-se acertadamente a Advocacia Geral da União ao asseverar que a decisão legislativa de fazer prevalecer, como regra, o direito à vida do feto em detrimento do direito de escolha da mulher, sendo compatível com a Constituição da República.

Outra afirmativa acertada da Advocacia Geral da União é a de que, embora a Constituição Federal não contenha disposição específica a respeito do aborto, no artigo 5º *caput*, é assegurada inviolabilidade do direito à vida. Porém, o artigo 226, parágrafo 7º, da Carta Magna, prevê o livre planejamento familiar, competindo ao Estado o fornecimento de recursos educacionais e científicos para seu exercício pleno (inclusive com o objetivo de evitar eventuais gestações indesejadas).

Desse modo, a solução adotada pelo legislador, que optou por proteger a vida do feto por meio da criminalização do aborto e, também, impôs à Administração Pública o dever de fornecer os meios adequados para que se evitem gestações indesejadas, está em consonância com a Constituição Federal.

Por fim, foi lembrado de que há a proporcionalidade das penalidades estipuladas pelas normas em questão. Em relação ao delito de aborto consentido, as penas cominadas pelos artigos 124 e 126 do Código Penal são de detenção, de um a três anos, para a gestante e, para quem o provoca, de reclusão de um a quatro anos. A tutela penal, dessa forma, atende à gradação dos bens jurídicos envolvidos, pois a pena por esse delito pode ser cumprida, desde o início, em regime aberto, conforme traz o artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal. Assim, o argumento contido na ADPF nº 442 de que, se o crime de aborto fosse efetivamente punido no Brasil, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, é insubsistente, e não está de acordo com a legislação penal vigente.

Diante do exposto, a Advocacia Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ADPF nº 442 e no mérito opinou pela improcedência do pedido formulado.

Nesse momento, é aguardado o voto da Ministra Rosa Weber, que é a relatora da ação. Após a conclusão do seu voto, a Ministra deverá solicitar a inclusão do processo na pauta de julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal. A decisão será tomada pelo Presidente da Suprema Corte, após a consulta aos demais Ministros.

CONCLUSÃO

A ética, descrita neste estudo, requer do poder público a elaboração de normas que visem a defesa da vida humana, para que seja possível a efetividade da dignidade da pessoa humana, que é afrontada pela prática do aborto.

Dessa forma, a fim de que a ética e a dignidade da pessoa humana sejam observadas quando se referem ao tema do aborto, algumas medidas podem ser viabilizadas. O planejamento familiar deve ser decidido pelo casal; todavia, o Estado deve realizar várias medidas para auxiliar no planejamento consciente da família.

É possível que essa conscientização sobre planejamento familiar seja realizado por meio de campanhas publicitárias que utilizem as mídias, como a televisão, rádio e jornais, além de palestras em locais públicos e distribuição de panfletos sobre o assunto.

Além do planejamento familiar, é fundamental que haja a mesma conscientização sobre a sexualidade humana e técnicas contraceptivas, que devem ocorrer além do ambiente escolar, por toda a sociedade.

Por conseguinte, os direitos sexuais e reprodutivos implicam, pois, na necessidade de políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Desse modo, torna-se essencial o direito ao acesso à informação, a meios e recursos seguros da contracepção. É necessário, inclusive, o efetivo acesso ao acompanhamento digno e saudável da gestação, bem como o direito à educação.

Aliás, é de vital importância que haja Centros de Apoio à Vida, que sejam uma parte da rede de saúde pública, com profissionais que acolham as mulheres e esclareçam métodos contraceptivos disponíveis atualmente (exceto a pílula do dia seguinte e o DIU que são abortivos).

Importante salientar que o incentivo às pesquisas das causas sociais, econômicas e culturais que acarretam o aborto também deve ser concretizado para

que os estudos desenvolvidos auxiliem na prevenção e na formulação de medidas que evitem essa prática contra a vida humana.

Já nos casos em que a mulher grávida não deseja criar o filho, deve haver um programa que auxilie a adoção desses bebês, pois, muitas vezes, essa seria uma opção para a mãe que, por algum motivo, não pode ficar com a criança.

Mas a adoção dessas medidas não anula a necessidade fundamental de uma política abrangente de prevenção para que o aborto não seja mais uma prática, em qualquer dos casos que foram elencados neste estudo.

Outrossim, por meio de adoção de medidas pelo Estado, tais como desenvolver programas apropriados de informação, de educação e de capacitação para incrementar o conhecimento a respeito da reprodução humana e da sexualidade; é possível que as pessoas conscientizem-se da dignidade da pessoa humana e de que a ética seja uma realidade quando se tratar do tema do aborto.

Ademais, o estudo da ética também se mostra viável na tentativa de se dirimir os conflitos presentes neste estudo, bem como outros problemas que atingem a nossa sociedade.

Dessarte, outro caminho possível seria a implementação dos estudos de ética nos currículos escolares. A inserção de conteúdos sobre ética seria uma possibilidade de se ensinar ética para que, a partir do conhecimento sobre o que é ética, seja assimilada a sua prática.

Por fim, é fundamental que haja situações que permitam que a ética esteja presente em diferentes momentos e contextos, como algo que realmente transforme paulatinamente a atual realidade que vivemos.

Na esfera do Direito, qualquer tipo de aborto que seja provocado vai contra o amparo legal brasileiro. Apesar do Código Penal não punir a prática abortiva em algumas circunstâncias, essa conduta é um crime, porém não é penalizado.

Inclusive, deve ser observada a inviolabilidade do direito à vida prevista em nossa Constituição Federal.

Então, em qualquer fase da vida humana o aborto é contrário à ética, que versa sobre o devido discernimento entre o certo e o errado. Sendo o bem a finalidade da ética, a prática do assassinato de pessoas dentro dos ventres maternos não pode ser algo aceitável em nenhuma hipótese. A ética precisa ser observada quando se refere ao tema do aborto e algumas medidas devem ser viabilizadas para que isso seja possível.

Do mesmo modo, não há o direito de renúncia à vida e, por conseguinte, não há o direito de matar o embrião/feto, pois essa renúncia à vida equivale ao crime de matar uma pessoa humana.

Igualmente, não deve existir o direito do Estado de matar nenhum embrião/feto, nem de praticar políticas visando o aborto, pois o que cabe ao Estado é promover a vida.

Cabe lembrar que o direito à vida é um direito fundamental e não existe hierarquia entre direitos fundamentais. O caso concreto servirá para o juízo de valores, e deverá ser aplicado o princípio da razoabilidade e da harmonização, de forma a coordenar os bens jurídicos em colisão, evitando o sacrifício integral de um em relação ao outro.

Nessa senda, a vida humana, por questões jurídicas, princípios e direitos fundamentais e humanos, possui um grau de proteção maior, inserindo-se no ordenamento jurídico com maior punição que a sua violação. Contudo, a valoração de direito à vida está interligada ao direito da dignidade da pessoa humana, no qual devemos observar que ocorrendo conflito entre o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar o critério de ponderação de interesses e utilizar o princípio de maior peso no caso concreto, o que não significa que um anulará o outro, pois o conflito entre princípios é solucionado na dimensão do valor e não da validade, como ocorre entre conflito de regras.

Dessa maneira, quando houver conflito, deve ser utilizada a razoabilidade, pois não há hierarquia entre os direitos à vida e à dignidade da criança e da mulher. Para o legislador, a vida humana não será retirada gratuitamente, mas será preservada e tutelada com todas as garantias fundamentais e, principalmente, proporcionando dignidade à pessoa humana, para se tentar contemplar o melhor ideal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1962.

Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 29/05/2019.

Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 442. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 01/01/2019.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **Da Violência**. Trad. de Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, c 1970.

Bíblia Sagrada. 46. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 11. ed. rev., atual e modificada. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora Universidade de Brasília, Brasília: 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **O Embrião e os Direitos Humanos: o Aborto Terapêutico**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). *A Vida dos Direitos Humanos. Bioética médica e Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 09/05/2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>constituicao>. Acesso em 29/04/2017.

BRASIL. Lei nº 8.069/90. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 31/01/2017.

BRASIL. Lei nº **9.434/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 01/11/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Constituição e República Portuguesa Anotada**. 2. ed. vol I. Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**: o princípio de segurança jurídica em matéria tributária. Revista de Direito Tributário, ano 15, n. 55, p. 143-154, jan./maio 1991.

CHALITA, Gabriel. **Os Dez Mandamentos da Ética**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 16/10/2016.

Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br>instrumentos>viena>. Acesso em 08/01/2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em
<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 13/05/2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Encíclica Populorum Progressio. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/.../hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em 08/12/2016.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência**: A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 2. Parte Especial; Dos Crimes Contra a Pessoa e dos Crimes contra o Patrimônio. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KATO, K. **Dicionário de Termos técnicos de saúde**. São Paulo: Conexão, 2003.

LEMOES, Marco Antônio Silva. **O Alcance da PEC 25/A/95**. Correio Braziliense, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida Humana e esfera pública**: Contribuições de Hannah Arendt e de Jurgen Habermas para a Questão da Anencefalia Fetal no Brasil. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

MARITAIN, Jacques. **A Filosofia Moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito do Ser Humano à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Walter. **O Problema da Autorização Judicial para o Aborto**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mar./abr. 1986.

NALINI, José Renato. **Por que Filosofia?** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NALINI, José Renato. **Pronto para Partir: Reflexões Jurídico Filosóficas sobre a Morte**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

NALINI, José Renato. **A Evolução Protetiva da Vida na Constituição Brasileira**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). *A Vida dos Direitos Humanos*. Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora RT, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. atual. Alberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção: Atualidade e Complexidade da Questão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SANTOS, Ivanaldo. **O Aborto e a Dignidade da Pessoa Humana**: a Perspectiva de Edith Stein. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 38, n. 148, jan./jun., 2015, p. 45-67.

SANTOS, Ivanaldo. **O Direito do Nascituro**. In: Cultura e Fé, Porto Alegre, v. 36, n. 143, out/dez 2013, p. 1-10.

SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. Organizadores. **Direitos Humanos Fundamentais e Doutrina Social** (Coleção Instituto Jacques Maritain) São Paulo: Boreal Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAVAGE, Judith A. **Vidas não Vividas**. O Sentido Psicológico da Perda Simbólica e da Perda Real na Morte de um Filho. 10. ed. Tradução de Alípio Correia de Franca Neto. São Paulo: Cultrix, 1995.

SCHOOYANS, Michel. **Controle dos Nascimentos e Implosão Demográfica**, Léxico – termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas. Pontifício Conselho para a Família, p. 158. Edições CNBB, 2007.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética; I – Fundamentos e Ética Biomédica, São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana**. Revista da Procuradoria-Geral da República. nº 9. jul/dez. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **A Dignidade da Pessoa Humana desde a Concepção**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUZA, Valdomiro José de. O Aborto no Brasil: um Resgate das Concepções Morais Católicas em Contraposição aos Grupos Pró-Aborto. Anais do II Encontro Nacional do GT História das religiões e das religiosidades. Revista Brasileira de História das Religiões – ANPUH. Maringá (PR) v. 1, n. 3, 2009. ISSN 1983-859. Disponível em: http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/rbhr/o_aborto_no_brasil.pdf . Acesso em: 01/11/ 2016.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Axis Mundi. IBET, Dez. 2003.

VILLADRICH, Pedro-Juan. **Aborto e Sociedade Permissiva**. 2. ed. São Paulo: Quadrante, 1995.

WOJTYLA, Karol, Papa João Paulo II, **Encíclica Evangelium Vitae**, 25 de março de 1995. Disponível em: w2.vatican.va/.../hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 12/08/2016.