

COMENTÁRIOS AO *HABEAS CORPUS* 124.306/2016: DECISÃO DA PRIMEIRA TURMA DO STF QUE CONSIDEROU O ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO ATÍPICO

Keila Lacerda de Oliveira Magalhães Garcia¹

RESUMO

O aborto sempre foi um tema polêmico e complexo, mormente em uma sociedade tão heterogênea como a brasileira. Recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 124.306/2016, em sede do qual realizou interpretação conforme para considerar atípico o aborto praticado até o terceiro mês de gestação, decidindo que a partir daí é que começa a vida, filiando-se a uma das várias correntes das ciências médicas que divergem sobre o início da vida. A decisão contrariou a Constituição, violando direito embalsamado por cláusula pétrea, negligenciou mandado de criminalização e usurpou matéria de competência do Poder legislativo, violando a separação de poderes. O artigo em pauta demonstrará os fundamentos jurídicos para a crítica à decisão do órgão fracionário da Suprema Corte.

Palavras-Chave: Aborto. Descriminalização. Direito à vida. Cláusula pétrea.

INTRODUÇÃO

O julgamento do referido *Habeas Corpus* 124.306/2016, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 29 de novembro de 2016 e gerou perplexidade entre os juristas, cientistas e cidadãos, uma vez que não cabe a um tribunal decidir quando começa a vida.

É que a decisão foi ativista, ultrapassando os limites do Poder Judiciário, do seu papel constitucional, sob a escusa do método da interpretação conforme, o qual foi usado erroneamente. Vejamos ementa do acórdão:

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa, com reconhecimento validado pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Consultora Legislativa da Assembleia Legislativa da Paraíba, aprovada no concurso de 2013. E-mail: keilalacerdagarcia@gmail.com.

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

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

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

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

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

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

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por **não**

produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

(ii) **é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização**, tais como **educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher** que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

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

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso²). (grifo nosso)

Com a devida vênia, a decisão da Primeira Turma do STF errou em muitos pontos e afrontou a própria Constituição. É o que se passará a argumentar.

1 Da ponderação inválida: vida de um ser humano x direito reprodutivo, à autonomia e à igualdade de outro

Em primeiro lugar, a ponderação realizada não pode ser juridicamente válida, pois colocou os direitos à igualdade, à autonomia e os reprodutivos da mulher acima do direito à vida do ser humano que se forma dentro de seu ventre. Ora, apesar de não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, em caráter óbvio é possível concluir que o direito de alguém, à exceção do próprio direito à vida, não pode solapar a vida de outrem.

Isso porque a vida não pode ser ponderada com outros direitos que não a própria vida, a exemplo da legítima defesa, em que duas pessoas lutam pela própria vida e quem sobrevive não será considerado criminoso, por haver excludente da ilicitude. Outro exemplo é o aborto necessário, em que se opta pela vida da mãe.

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 14/12/2016.

A vida de todos, inclusive a do ser humano em formação, é inviolável, conforme art. 5º, *caput*, da Carta Magna, logo, a sua proteção constitui um mandado constitucional de criminalização, em que qualquer atentado contra ela deve ser considerado crime, sob pena de transmutar a *Lex Mater* em mero “faz de conta”.

Outrossim, o art. 60, § 4º, IV, da CF, traz o direito em discussão como cláusula pétrea, versando que não pode ser deliberada emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, dentre eles, a vida, e não adianta dizer que o nascituro não é indivíduo, porque, a partir do momento que o embrião se instala no útero, ele se individualiza e é constatada a alteridade entre ele e a mãe, ou seja, são dois seres distintos que se relacionam, num esplendoroso espetáculo da formação da vida humana.

O Código Civil também disciplina, em seu art. 2º que a “Lei põe a salvo desde a CONCEPÇÃO os direitos do nascituro.”³ Sobre o conceito de nascituro, pode-se considerar o ser gerado no ventre materno, da concepção ao parto, conforme se pode depreender do art. 2º da lei 11.804/2008, a lei de alimentos gravídicos, *in litteris*:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do **período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto**, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Como pode um ordenamento jurídico ser tão contraditório ao ponto de garantir direito a alimentos ao nascituro, desde o momento em que é concebido no ventre materno, mas ao mesmo tempo não punir penalmente aquele que lhe viola o direito à própria vida?

Das duas uma, ou é feita uma interpretação sistemática do Direito brasileiro, com fulcro na dignidade humana e na garantia constitucional do direito à vida, entendendo que o ser gerado no ventre merece a proteção suficiente à vida, pelo manto

³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

penal, ou rasga-se a própria Constituição. Desta feita, na verdade, o *decisium* configurou uma *interpretação desconforme* à Constituição.

É no mínimo um disparate que a Primeira Turma da Suprema Corte, que deveria ser a guardiã da Carta Magna, desconsidere um dos mandamentos constitucionais mais elementares de um Estado Democrático de Direito, a proteção do direito à vida humana.

De forma incoerente, recentemente, houve uma decisão do STF, a ADI 4983⁴, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, em que o próprio relator do citado HC 124306, o ministro Luís Roberto Barroso votou pela inconstitucionalidade da lei cearense da vaquejada, por considerar esta dotada de práticas cruéis aos animais. Como pode um mesmo jurista proteger de forma eficiente os animais, mas desvalorizar a vida humana de modo tão negligente, permitindo algo muito pior, o assassinato legalizado de seres humanos em formação uterina, sob argumento de preponderar o direito à autonomia e o reprodutivo da mulher.

É que os direitos reprodutivos, à autonomia e à igualdade da mulher, *in casu*, após a gravidez, encontram-se preclusos se for para violar a vida de outrem, já que o nascituro é um ser independente da mãe e não mera extensão de seu corpo. É imperioso lembrar que esses direitos da mãe tiveram a oportunidade de exercício, quando do consentimento em se relacionar sexualmente com um parceiro sem usar nenhum dos inúmeros tipos de métodos contraceptivos.

Ademais, após o nascimento, os pais ainda tem a opção de encaminhar o filho para a adoção, ou seja, a autonomia e igualdade ainda teriam a chance de serem exercidas pela mulher, desde que isso não implique na violação de outra vida. E ainda, onde fica o direito das futuras gerações? Hipoteticamente, pela improbabilidade de tal acontecimento, se todas as mulheres decidissem fazer abortos até o terceiro mês toda a vez que engravidassem, a raça humana estaria fadada à extinção? A pergunta absurda é para nos fazer refletir sobre a decisão absurda e as consequências que esta pode gerar.

Outrossim, não se pode deixar de cogitar que permitir o aborto pode gerar a situação de a mulher decidir matar seu filho sem mesmo avisar ao pai, ou aos avós, o que geraria uma desproporcionalidade contrária, pois o pai e os avós têm o direito de que seu filho/neto não seja assassinado ainda que no ventre da mãe. Isso é mais um motivo para que o manto penal permaneça na proteção dessas vidas em formação.

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>
Acesso em 14/12/2016

2 Do princípio da proibição de proteção deficiente e do mandado constitucional de criminalização do aborto

Permitir o aborto também viola o princípio da proibição do déficit⁵, uma vez que o direito penal deve usar de suas funções para proteger os bens mais essenciais da sociedade e não há dúvida de que a vida intrauterina é um desses direitos.

Neste diapasão, o equívoco do *decisium* pode gerar um precedente para uma verdadeira chacina de seres inocentes, punidos com a pena de morte pela irresponsabilidade de pais inconsequentes.

Lenio Streck disserta sobre o tema, esclarecendo que a Constituição comanda a atividade do legislador, inclusive no âmbito penal, de modo que este comando, ordem de legislar, tem como consequência:

“a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas.”⁶

Assim, se o próprio legislador deve obedecer aos comandos constitucionais penalizadores, com muito mais veemência, o guardião supremo da Constituição, deve fazer o mesmo, sendo inconcebível que este rasgue a Constituição, desconsiderando suas ordens de legislar criminalmente, sejam elas explícitas ou implícitas. Ora, não há outra proteção mais adequada para a vida humana, seja ela extra ou intrauterina, que não a mantilha penal, sob pena de uma proteção deficiente, que é proibida no direito pátrio.

É que a Carta Magna dizer que garante o direito à vida e não haver os crimes de homicídio e de aborto, considerado este a interrupção da gravidez, independente de em qual fase esta se encontre, para não incorrer em injustificada discriminação, seria o mesmo que não proteger esse direito. Por isso, a ordem de

⁵ Ou proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).

⁶ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição e excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em 15/12/2016. P. 5

legislar aí é implícita⁷ e óbvia, sob pena de absoluta ineficácia do direito fundamental à vida do ser humano em formação.

3 Das teorias sobre o início da vida: divergência nas ciências

No tocante ao início da vida, nem a medicina e ciências correlatas, nem a ciência jurídica chegaram a um consenso. No caso em comento, a Turma sequer convocou *amicus curiae* para auxiliar na discussão, mas a mente de alguns ministros que concordaram com o relator arbitraram a sua opinião, indo de encontro a estudos de cientistas renomados que entendem que a vida começa em momento distinto da formação do sistema nervoso central.

Incoerente também é a decisão do relator do HC 124306 no que tange à ampla discussão que se deu na ADI 3510, em que uma consulta pública escutou vários especialistas, desde a bioquímica até a neurociência, e as opiniões sobre o início da vida foram as mais divergentes possíveis. Nesta decisão, apesar da ampla discussão, nem mesmo o Plenário do STF chegou a um consenso sobre o início da vida⁸, então como pode alguns ministros, em sede de decisão de órgão fracionário, arbitrar quando a vida se inicia.

Vejamos trecho do inteiro teor do acórdão da ADI 3510:

O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião.(STF. ADI 3510. Rel. Min. Ayres Brito. Julgamento: 29/05/2008 p. 4)

A *contrario sensu* do excerto supra, se o embrião *in vitro*, por ser extracorporalmente produzido e armazenado, é entidade embrionária do ser humano, mas não ser humano em estado de embrião, pode-se concluir que o embrião nidado, ou

⁷ É o que STRECK chama de obrigação implícita de criminalização.

⁸ Insta mencionar, entretanto, que o Pleno decidiu pela constitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/2005, no que concerne à possibilidade de pesquisa com célula tronco de embrião *in vitro*, considerado inutilizável, sob os critérios legais.

seja, fixado no útero materno, é ser humano em estado de embrião, em progressão reprodutiva, que merece ter o seu direito mais básico garantido, a vida.

Ademais, vejamos o entendimento do doutrinador Rogério Greco⁹ sobre a vida intrauterina:

“A vida, independentemente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando sua quantidade de tempo.”

Conforme se depreende do excerto, o autor entende que há vida no ser que se desenvolve no útero materno, independente de sua quantidade de tempo lá. Isso pode ser comprovado pelo fato de que, nos abortos filmados em países em que este é permitido até o terceiro mês, a vida intrauterina tenta se defender dos golpes cruéis, afastando-se da arma usada para o assassinato, em uma luta pela sobrevivência que só pode estar presente onde há vida.

Nesta senda, passaremos a expor algumas das principais teorias sobre o início da vida, a fim de que o leitor entenda que nem as ciências médicas, nem os juristas chegaram a uma conclusão sobre quando começa a vida. Logo, se alguém tem a incumbência de decidir a respeito, com certeza é o Poder Legislativo e não alguns ministros, nem mesmo se fossem os onze do STF, por absoluta ilegitimidade constitucional.

3.1 Teoria da Concepção

Para essa teoria, a pessoa, “em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino.”¹⁰

Os fundamentos desta teoria estão no fato de o embrião possuir um patrimônio genético próprio e único, diverso do de seus pais, bem como pela sua “capacidade de produzir-se a si mesmo”, de modo que “não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que

⁹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2015. p. 233

¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 15/12/2016.

deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo”¹¹

Vejamos o entendimento da jurista Maria Helena Diniz¹² sobre o tema:

“Entendemos que o **início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida**. Apenas os direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida, conforme a segunda parte do art. 2.º do Código Civil” (grifo nosso)

Conforme supramencionado, a jurista se filia à corrente concepcionista, juntamente com outros juristas de renome, a exemplo de Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Pablo Stolze, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald, Teixeira de Freitas e Francisco Amaral¹³. A Dra. Lenise Garcia¹⁴, professora do Departamento de Biologia celular da Universidade de Brasília, na audiência pública realizada no STF para a ADI 3510, mencionou que o embrião, ainda que fora do ventre materno já detém todas as características genéticas, inclusive sexo, doenças genéticas, tendências herdadas, como o dom para a música ou poesia, sendo portanto “um ser humano irrepetível”.

A aludida teoria sofre críticas, pois no caso do embrião fecundado *in vitro*, que pode nunca vir a se desenvolver em um útero, paira a dúvida se já haveria vida humana.

3.2 Teoria da nidação

A segunda teoria entende que vida tem sua largada inicial com a nidação, ou seja, a instalação do óvulo fecundado pelo espermatozoide no útero materno. A partir

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. p. 122

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. p. 122.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016. p. 50

¹⁴ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&destricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 15/12/2016.

desse momento, a “corrida” da formação do corpo humano é um filme espetacular sem botão de pausa, pois, apenas por uma questão de tempo e nutrição, via de regra, em aproximadamente nove meses, uma criança nasce.

A instalação no útero é o momento da individualização, que confere categoria biológica ao indivíduo, a qual requer unicidade, visto que “até a nidação existe a possibilidade de se formar gêmeos monozigóticos”¹⁵. É também nessa fase, que ocorre cinco a seis dias após a fecundação, que o embrião “adquire transcendência, ou seja, entra em contato com outro indivíduo da espécie, estabelecendo com o mesmo – sua mãe – uma relação de alteridade.”¹⁶

O embrião em desenvolvimento é um ser completamente distinto de sua mãe, não podendo os direitos reprodutivos preclusos desta sobrepor-se ao direito à vida daquele, com a exceção de risco de vida, ou seja, no caso do aborto necessário ou terapêutico.

3.4 Teoria da gastrulação

Esta teoria acredita que a vida inicia-se apenas no final da fase de desenvolvimento embrionário da gástrula, havendo a conversão de células do embrioblasto para a formação da ectoderme, mesoderme e endoderme, camadas primitivas responsáveis por conduzir nutrientes da mãe para o feto.

A placa neural, que derivará o tubo neural e posterior sistema nervoso central é formada nesta fase, que ocorre aproximadamente do décimo oitavo dia de gestação¹⁷.

3.5 Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central

Para essa teoria, só há vida quando o embrião se torna sensível, ou seja, quando o feto tem seu tecido nervoso formado, o que lhe dá sensações de dor¹⁸ e de prazer, o que ocorre aproximadamente a partir da décima oitava semana de gestação. Segundo Stella Martinez¹⁹, Jacques Monod é o principal defensor dessa teoria.

¹⁵ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p.149.

¹⁶ FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. **Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto**. Boletim informativo do instituto brasileiro de ciências criminais. São Paulo, n.11, 1993, p.40

¹⁷ MARTÍNEZ, Stella Maris. Manipulación genética y derecho penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 86

¹⁸ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 174

¹⁹ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulación genética y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 85.

Aparentemente, a decisão criticada da Turma adotou essa teoria, de forma arbitrária, com o raso raciocínio de que é nessa fase em que o embrião sente dor, bem como, numa interpretação equivocada de que se a morte cerebral é o marco do óbito, o surgimento do sistema nervoso central seria o início da vida.

O primeiro fundamento, de que apenas o embrião que sente dor tem vida não tem o menor respaldo biológico e jurídico para a maioria, haja vista se assim o fosse, ao matar alguém em coma ou dormindo, com uma injeção letal, em que não há dor, não seria homicídio.

A segunda baliza pode ser solapada pelo simples fato de que quando há morte cerebral, este não retomará à ativa, a vida realmente é interrompida, mas já em relação ao seu início, da nidação ao nascimento não há interrupção, mas sim um processo contínuo de formação humana.

3.6 Teoria Natalista

Essa teoria versa que a personalidade só é adquirida quando do nascimento com vida. Assim, o nascituro teria mera expectativa de direito. São adeptos dessa teoria Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Rodrigues.²⁰

Para Clóvis Beviláqua²¹, que não é natalista, “o legislador civilista teria adotado a Teoria Natalista por ser mais prática, mas cedeu aos encantos da Concepcionista em inúmeros pontos do sistema que tratam do nascituro como pessoa.”

3.7 Teoria da personalidade formal ou condicional

Trata-se de uma teoria intermediária entre a natalista e concepcionista, que defende que a personalidade existe desde a concepção, sob a condição de haver o nascimento com vida, e tem como precursor Arnold Wald. No Brasil, são entusiastas desse posicionamento Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua.²²

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016. p. 49

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao código civil**. Editora Rio. 1975. p. 178

²² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016. p. 49

4. Legitimidade exclusiva do Legislativo para chegar a um consenso jurídico sobre o início da vida

As divergências citadas no campo científico sobre o início da vida demonstram que para se chegar a um consenso jurídico, há a necessidade indispensável de um amplo debate democrático no âmbito do Congresso Nacional, órgão incumbido constitucionalmente para tanto e eleito pelo povo, com a participação de diversos setores da sociedade, convocando-se audiências públicas para que possam ser ouvidas diversas opiniões e estudos científicos sobre o assunto. Assim, como pode uma Suprema Corte simplesmente arbitrar quando começa a vida?

Neste diapasão, a decisão da Primeira Turma do Supremo é ilegítima por ferir brutalmente a separação de poderes, pois o legislador é quem deve definir quando se inicia a vida.

Ademais, o relator usou de forma errônea o método da interpretação conforme, pois, além de ter **usurpado funções, atuando como legislador positivo, não fez prevalecer a Constituição**, violando dois requisitos do método aludido.²³ Ainda foi ignorado o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, por não trazer a mais ampla interpretação do direito à vida, que inclui a vida intrauterina, independente da idade desta, bem como negligenciou o mandado de criminalização do aborto implícito na Carta Magna, violando o princípio da proibição da proteção deficiente.

Sobre a interpretação conforme, vejamos trechos do Curso de Direito Constitucional, de autoria de Pedro Lenza²⁴, que fala de seus requisitos:

“intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.”

“prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;”

Pode-se concluir, então, que a decisão em vergaste na verdade foi uma “interpretação desconforme” à Constituição, segundo a mente dos ministros que acham

²³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177

que a vida começa a partir dos três meses de gestação, porque, para eles, contrariando inúmeras teorias das ciências médicas, filiando-se a outra, enquanto não há dor sentida pelo feto, não haveria vida, numa conclusão absurda que pode levar ao entendimento, *mutatis mutandi*, de que matar alguém em coma de forma indolor também não seria homicídio.

5 Impacto da criminalização do aborto nas mulheres pobres

A ementa da decisão também argumentou:

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

Essa alegação não merece prosperar. A uma, pelo fato de que o sistema público de saúde não dever ser usado para matar vidas, como pode uma sociedade que deveria proteger a vida do nascituro pagar para que médicos os matem? A duas, porque isso parece um discurso que intenta punir o nascituro, com pena de morte, pelo simples fato de seus pais serem pobres e não poderem lhe sustentar financeiramente. Isso é discriminação injustificada. Não se pode permitir que alguém seja assassinado porque seus pais são pobres e decidiram que ele não merece viver.

A pobreza não pode gerar pena de morte, porque por mais que se cogite que talvez a criança indesejada não seja adotada e venha a ter uma vida difícil, não se pode privá-la de viver por conta disso. Não existe uma fórmula matemática que assevere que uma criança nessas condições será enquadrada como criminosa no futuro, ou se envolverá nas drogas, como alguns defensores do aborto argumentam.

Ademais, cabe ao Estado amparar essas crianças, garantindo-lhe o mínimo para uma existência condigna, concedendo uma educação de qualidade e seu sustento. A vida é uma dádiva e ninguém tem o direito de privar outrem de experimentá-la, nem mesmo a própria mãe, pois seu filho não é um objeto que lhe pertence, ela não exerce direito de propriedade sobre ele, para que dele possa dispor ao seu bel prazer, ele não é

extensão de seu corpo, mas um ser humano distinto em formação, que merece ter o direito de viver, independente dos problemas sociais que irá se deparar.

Na mesma senda de raciocínio, o aborto de crianças com síndrome de down ou outra doença que possa ser descoberta ainda na gravidez não pode ser legalizado, pois essas pessoas, por mais que possam vir a ter uma vida difícil ou mais limitada, elas tem o direito de conhecer a vida, de senti-la, de vivê-la. Dificuldades todos podem enfrentar, independente de em qual contexto esteja inserido o seu nascimento.

E ainda, o aborto em massa, conseqüente de sua legalização, pode privar a sociedade de conhecer talentos incríveis. Vejamos um exemplo de um órfão, fruto de um estupro, que nasceu no deserto sírio, cuja mãe morreu no dia do seu nascimento e ele foi criado em absoluta pobreza pela avó, foi privado até de ir à escola, mas via outras crianças estudando e começou a espiar as aulas por um buraco na parede. Apesar das dificuldades, conseguiu estudar e entrar em uma Universidade e chegou a fazer um doutorado em Ciências Informáticas na França, trabalhou na Companhia Nacional de Petróleo de Abu Dhabi e depois fundou uma empresa na França que fabricava computadores portáteis. Em 2014, ganhou o prêmio francês de empreendedor do ano.²⁵

Também é importante cogitar que dar a opção unicamente à mãe de abortar é privar os demais familiares da vida intrauterina de ter um relacionamento com ela. Do mesmo jeito que já se fala em direito de visita de avós, porque não se falar em direito deles de que o seu neto nascituro viva ou até mesmo o direito de cuidar deles.

6 Da análise da alegada desproporcionalidade

Outro ponto levantado pela decisão se refere supostamente à desproporcionalidade da criminalização por três motivos:

“ (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), **por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país**, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) **é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização**, tais como **educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à**

²⁵ Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150615_beduino_multimiliionario_rm> Acesso em 16/12/2016

mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.”

O primeiro motivo seria a duvidosa adequação em proteger a vida do nascituro pelo alegado baixo impacto que ela produz, já que abortos continuam sendo realizados. Entretanto, esse não é um argumento válido, pois não é porque as pessoas continuam cometendo homicídio que este deve ser descriminalizado e o Estado deva passar a proteger a vida com educação nas escolas sobre a importância de não matar.

Ademais, basta uma breve pesquisa para constatar que a tendência quando se legaliza o aborto em países subdesenvolvidos e com educação pública de péssima qualidade é o aumento de seu número, bem como o relaxamento de mulheres em não prevenir filhos por saber que podem matá-los ainda no ventre, o que geraria o aumento das doenças sexualmente transmissíveis. Tomemos como exemplo a África do Sul, que semelhante ao Brasil também é subdesenvolvido e faz parte do BRICS²⁶, em que, após a legalização, a prática do aborto aumentou em 200%.²⁷

O segundo motivo, que versa que o Estado pode proteger a vida do nascituro de maneira mais eficaz do que a criminalização, como através da educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher, também é insustentável, pois isso já é feito, inclusive nas escolas, e mesmo assim, as pessoas muitas vezes são irresponsáveis, não se prevenindo da gravidez. E ainda que essas medidas passassem a ser mais enfatizadas, isso teria leve efeito em longo prazo, o que desprotegeria por completo a vida do nascituro até todas as pessoas terem consciência sexual, o que, diga-se de passagem, nunca vai acontecer.

Outrossim, a vida humana do nascituro é um direito fundamental que não pode ficar sem a proteção penal, sob pena de sua absoluta ineficácia. Ora, até mesmo as vidas dos animais e vegetais dispõem de manto penal, de modo que a Lei 9.504/1997 tipifica crimes contra a fauna e a flora, independente de seu estado de embrião, larva ou

²⁶ BRICS é um agrupamento econômico de países emergentes atualmente composto por cinco países: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Disponível em < <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/bric.htm>> Acesso em 16/12/2016

²⁷ Disponível em:< <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1167062-5602,00-LEGALIZACAO+AUMENTA+NUMERO+DE+ABORTOS+NA+AFRICA+DO+SUL.html>> Acesso em 16/12/2016

ser adulto. Será que o ser humano merece tanto desvalor assim para permitir tamanha chacina de sua própria raça, retirando o necessário e adequado véu penal?

No que concerne ao terceiro motivo, que versa que haveria desproporcionalidade em sentido estrito, por gerar problemas de saúde e mortes, superiores aos seus benefícios, gera perplexidade que um ministro da Suprema Corte trate a vida humana em formação como se fosse um produto distante.

Em relação aos problemas de saúde que o aborto provocado pode gerar na mãe, existe esse risco até mesmo quando a prática é legalizada, pois o método é invasivo e pode ter efeitos colaterais danosos à mãe, mas isso é mais um motivo para que seja proibido em qualquer etapa da gestação, haja vista ser comprovado que a despenalização do aborto aumenta a sua prática, mormente em um país sem educação pública de qualidade como o Brasil, logo mais mães correrão esse risco.

Ora, não é porque muita gente morre por conta do tráfico de drogas que estas devem ser legalizadas. A mãe que recorre ao aborto sabe do risco envolvido e não se pode deixar de proteger a vida humana intrauterina porque a mãe que decidiu matar seu filho corre riscos. Não se pode combater um mal com outro maior.

O que deve ser feito para diminuir o número de abortos clandestinos são políticas públicas de conscientização sexual e reprodutiva, distribuição de contraceptivos e amparo aos pais, que engravidaram indesejadamente para fornecer a opção de encaminhamento para adoção ou até mesmo projetos de reinserção no mercado de trabalho.

7 Comparação ingênua com países de primeiro mundo

A comparação feita pelo ministro com outros países revela uma incoerência básica, todos os países que ele citou são desenvolvidos, com educação e saúde pública de qualidade, com poucos índices de corrupção, o que minora inúmeros problemas sociais.

No Brasil, a cultura ainda é a de usar preservativo para evitar gravidez indesejada, de modo que a legalização do aborto aumentaria absurdamente a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis, gerando outro problema grave de saúde pública.

Ademais, o dinheiro da saúde pública deve ser usado para salvar vidas e não matá-las. Numa democracia, requer-se que a decisão sobre se o aborto deve ser bancado

pelo SUS seja tomada com legitimidade democrática, pois quem vai pagar a conta dos médicos que receberão pelos assassinatos que fizerem é a sociedade.

Outrossim, numa época de crise, em que se discute teto dos gastos públicos, é inadmissível que se cogite em legalizar o aumento de despesas com saúde para matar, enquanto muitos esperam na fila por cirurgias que salvarão suas vidas.

E ainda, o acórdão esqueceu de mencionar que muitos desses mesmos países desenvolvidos que tem o aborto legalizado estão retrocedendo e tentando impor instrumentos para restringir o aborto, pelos efeitos maléficos que sua legalização provocou, numa tendência em prol da vida humana, a exemplo dos Estados Unidos, em que têm ocorrido várias tentativas de medidas legislativas para dificultar a prática do aborto.²⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do explicitado, só se pode concluir que o acórdão da Primeira Turma usou erroneamente a interpretação conforme, pois violou cláusula pétrea da Constituição, bem como o mandado de criminalização do aborto, sem o qual não há efetiva proteção da vida e transgrediu o princípio da proibição da proteção deficiente. Ademais, usurpou competência exclusiva do Legislativo, pois o ato de legislar sobre quando se inicia a vida deve ser feito pelo órgão incumbido constitucionalmente para tanto, após ampla discussão democrática, em que se dê oportunidade das várias correntes científicas defenderem seus argumentos, para se chegar a um consenso jurídico. Destarte, a decisão foi arbitrária, ativista, inconstitucional e ilegítima.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao código civil**. Editora Rio. 1975.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. **Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto**. Boletim informativo do instituto brasileiro de ciências criminais. São Paulo, n.11, 1993.

²⁸ Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1548>> Acesso em: 16/12/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2016

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulación genética y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição e excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em 15/12/2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016.

Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/bric.htm>> Acesso em 16/12/2016.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1167062-5602,00-LEGALIZACAO+AUMENTA+NUMERO+DE+ABORTOS+NA+AFRICA+DO+SUL.html>> Acesso em 16/12/2016

Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150615_beduino_multimilionario_rm> Acesso em 16/12/2016

Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1548>> Acesso em: 16/12/2016.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 14/12/2016.

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 15/12/2016.

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 15/12/2016.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>> Acesso em 14/12/2016