

Direito à vida do nascituro na fase intrauterina

Priscila Batista de Matos

Servidora do Ministério Público da União, lotada no Ministério Público Federal na Bahia. Bacharela em Publicidade e Propaganda pela Universidade Católica do Salvador. Bacharela em Direito pela Faculdade Social da Bahia.

Resumo: Este artigo busca analisar o direito à vida do nascituro na fase intrauterina, sob o aspecto constitucional e seus desdobramentos civil e penal. Para tanto, apresenta os principais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, as principais teorias sobre o início da existência humana, segundo a Embriologia, e a definição de nascituro. Também analisa o Pacto de São José da Costa Rica e a importância da atividade hermenêutica. Faz uma sucinta abordagem da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que autorizou o aborto de fetos anencéfalos, e analisa conceitos éticos e filosóficos e sua relação com o direito à vida. O resultado da pesquisa demonstra que a existência humana começa na concepção e é juridicamente protegida desde esse momento. Não obstante a inversão de valores na sociedade atual, o ser humano é a finalidade primordial do Direito. Para viver em uma sociedade pacífica, justa e fraterna, cabe ao operador do Direito respeitar e defender a vida do nascituro desde o útero materno.

Palavras-chave: Direito à vida. Aborto. Nascituro. Biodireito. Bioética.

Abstract: This article analyzes the right to life of the unborn child in utero phase, under the constitutional aspect and its civil and criminal consequences. It presents the main constitutional and infra devices, the main theories about the beginning of human existence, according to Embryology, and the definition of unborn child. It also analyzes the Pact of San José, Costa Rica, and the importance of hermeneutics activity. It is a succinct approach to

accusation of breach of fundamental precept n. 54, which authorized the abortion of anencephalic fetuses and analyzes ethical and philosophical concepts and their relation to the right to life. The research result shows that human life begins at conception and is legally protected from that moment. Despite the reversal of values in today's society, the human being is the primary purpose of the law. To live in a peaceful, just and fraternal society, it is the right of the operator to respect and defend the life of the unborn child from the womb.

Keywords: Right to life. Abortion. Unborn child. Biolaw. Bioethics.

Sumário: 1 Introdução. 2 Início da vida humana segundo a Embriologia. 2.1 Concepções de nascituro. 3 Direitos do concepto presentes na Constituição Federal do Brasil. 3.1 Hermenêutica e o Pacto de São José da Costa Rica. 4 Direitos do nascituro, na fase intrauterina, previstos no Código Civil de 2002 e na Lei n. 11.804/2008. 5 O aborto no Código Penal brasileiro e o direito à vida. 5.1 Do aborto de anencéfalos – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54). 6 Aspectos éticos e filosóficos do direito à vida. 7 Conclusões.

1 Introdução

O direito à vida do nascituro desde a concepção é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não é uma concessão jurídica. Trata-se de um direito inerente à condição humana, antes e após o nascimento, desde o momento em que o ser humano é concebido, seja por métodos naturais ou artificiais, pois, antes de existir Direito, já havia vida. Assim, o papel do Direito é garantir que a existência humana, em qualquer etapa, seja respeitada.

Entretanto, apesar da proteção jurídica destinada à vida, abortos clandestinos são realizados diariamente, tornando essa questão um problema jurídico, ético e social. O objetivo deste estudo é analisar o direito à vida do nascituro no útero materno, sob os aspectos constitucional, civil e penal. Apesar de o embrião *in vitro*

também ter direito a viver, o presente artigo restringir-se-á ao embrião no útero materno, visto que abarcar a existência extrauterina exigiria outra dissertação, tamanha a importância do assunto.

Posto isso, um problema se impõe: quais as questões jurídicas presentes na Constituição Federal, nos Estatutos Civil e Penal brasileiros, e as questões filosóficas e éticas em torno da proteção à vida intrauterina do nascituro?

A Constituição Federal (CF/1988), no art. 5º, *caput*, coloca a vida como direito fundamental, sem discriminar seus destinatários, pois, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, evidencia que o direito de viver é garantido a todos, seja no útero materno ou fora dele. Não bastasse, o art. 2º do Código Civil (CC/2002) dispõe que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Por sua vez, o Código Penal, no art. 128, penaliza o aborto, somente o admitindo se praticado por médico, quando for imprescindível para salvar a vida da mãe ou quando a gravidez for resultante de estupro.

Logo, o direito à existência é protegido tanto pela Constituição como pela lei, abrangendo não só seres humanos adultos e sadios, mas, inclusive, seres humanos em formação, o conceito, mesmo que não sadios. Apesar da clareza com que o ordenamento interno trata a questão, muito se tem discutido sobre a legalização do aborto. São muitos os argumentos a favor e contra a mudança das leis brasileiras para ampliar as hipóteses de interrupção da gestação. Religiosos, pensadores e integrantes do movimento feminista discutem, ora defendendo a vida – com alegações de ser esta o maior de todos os direitos, desde a fase intrauterina –, ora defendendo a liberdade irrestrita e o direito à mulher sobre o próprio corpo.

Esse debate é antigo. Entretanto, com a mudança do papel da mulher na sociedade, a ampliação de seus direitos e os avanços na pesquisa científica, a discussão acirrou-se. Basta lembrar que, em 2012, a votação ocorrida no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre aborto de anencéfalos ocupou espaço considerável na mídia e levou a população à realização de inúmeras manifestações a favor e contra o aborto.

Logo, a importância do presente estudo consiste em fornecer à sociedade uma reflexão interdisciplinar sobre o direito à vida do ser humano em formação. Tal reflexão, além de abarcar, principalmente, os ramos do Direito Constitucional, Civil e Penal, incluindo o Pacto de São José da Costa Rica, considera o ponto de vista médico e filosófico. Com isso, possibilita, aos diferentes atores sociais que compõem os dois polos da discussão, uma análise mais abrangente e isenta de interesses pessoais.

Nesse contexto, ressalte-se que este artigo não irá aprofundar-se na questão dos fetos anencéfalos, o que, pela sua importância, demandaria outro estudo, atendo-se, portanto, ao nascituro viável, na vida intrauterina.

2 Início da vida humana segundo a Embriologia

Para se discutir sobre o direito à vida do nascituro na fase intrauterina, desde a concepção, primeiramente, é necessário identificar a partir de qual momento as ciências médicas marcam o início da existência humana. Para tanto, buscou-se a resposta a essa questão na Embriologia, ramo da ciência que investiga o desenvolvimento do ser humano a partir “de uma simples célula a um feto de nove meses [...]”, como afirma Sadler (2013, p. 1).

De acordo com Vasconcelos (2006, p. 36-48), há duas correntes principais sobre o início da vida humana: a concepcionista e a genético-desenvolvimentista. A primeira subdivide-se em duas teorias: teoria da singamia e teoria da cariogamia. A segunda corrente está subdividida em quatro teorias: do pré-embrião, da nidacão do ovo, da personalidade condicional e a natalista.

Conforme a teoria da singamia, adotada por este artigo, a vida inicia-se com a fecundação – encontro dos gametas feminino e masculino –, também denominada fertilização:

A teoria da singamia advoga que no exato momento da penetração do espermatozoide no óvulo (fertilização), ou seja, com a fusão dos gametas feminino e masculino, começa o processo irreversível de formação de um novo ser humano [...] é irrelevante a não ocorrência, ainda, da fusão dos pronúcleos das células germinativas e,

consequentemente, a formação do zigoto, pois que esta etapa já está compreendida no processo irreversível desencadeado pela fertilização, dependendo, apenas, do fator temporal (VASCONCELOS, 2006, p. 38-39).

Para a teoria da cariogamia, por sua vez, o início da vida ocorre após a fusão dos gametas (pronuclear), quando se extinguem dois genomas incompletos para dar lugar a um genoma novo e completo (VASCONCELOS, 2006, p. 39).

Na linha genético-desenvolvimentista, de acordo com Vasconcelos (2006, p. 41-44), a teoria do pré-embrião afirma que só a partir do 14º dia se pode falar em embrião humano, pois até esse momento não há como identificar gêmeos monozigóticos. Na teoria da nidação, só é possível falar-se em nascituro a partir da nidação, ou seja, fixação do ovo no útero materno, o que começa a ocorrer no 6º dia até o 7º ou 12º dia após a fecundação.

Quanto às duas últimas teorias – natalista e condicional –, Vasconcelos (2006, p. 45-48) explica que para a natalista, como o próprio nome sugere, de cunho muito mais jurídico que biológico e contrariando as constatações científicas, a existência se inicia no nascimento com vida. A condicional, por sua vez, é um desdobramento da teoria natalista e prioriza o aspecto patrimonial, previsto no art. 2º do CC/2002, em detrimento dos direitos constitucionais de personalidade, haja vista que nela a personalidade se inicia com a concepção, sob condição resolutiva do nascimento com vida.

A despeito das divergências teóricas quanto ao marco que assinala o início da existência humana, as pesquisas científicas, particularmente no campo da Embriologia, permitem definir o início da vida com a fecundação. Observe-se:

O desenvolvimento humano inicia-se na fecundação, quando um gameta masculino, ou espermatozoide, se une ao gameta feminino, ou ovócito, para formar uma única célula – o zigoto. Esta célula totipotente e altamente especializada marca o início de cada um de nós como indivíduo único. O zigoto, visível a olho nu como um pequeno grão, contém os cromossomos e os genes (as unidades de informação genética) derivados da mãe e do pai. O zigoto unice-

lular divide-se muitas vezes, transforma-se, progressivamente, em um ser humano multicelular, através de divisão, migração, crescimento e diferenciação das células (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 16, grifos do autor).

Nesse sentido, a ciência revela que o zigoto, derivado da união do gameta masculino (espermatozoide) com o gameta feminino (ovócito), no fenômeno denominado fecundação, contém todas as informações genéticas necessárias para a formação do indivíduo adulto. Logo, cada embrião carrega em si as informações genéticas da mãe e do pai, formando um ser humano único e diferenciado. Ainda de acordo com esse entendimento:

O zigoto, embrião ainda unicelular, é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor de pele, olhos etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas. Se, no momento em que é constituído de uma só célula, ele já contém sua individualidade biológica predefinida, o mesmo pode ser dito em todas as fases que se sucedem, de blastômero para mórula, desta para blastocisto, e assim sucessivamente (VASCONCELOS, 2006, p. 37).

Assim, a partir da fertilização ou fecundação (penetração do espermatozoide no óvulo), inicia-se o processo irreversível de formação da vida humana. Com a fecundação, forma-se o zigoto, e este, por meio de divisões celulares progressivas, passará de embrião a feto e, por fim, após o nascimento com vida, a criança.

Portanto, o presente artigo adota a teoria da singamia, pois está claro que o marco inicial da vida humana é o momento da fecundação, processo que resulta na formação do zigoto: embrião unicelular – ser humano único, em sua fase inicial de desenvolvimento.

2.1 Concepções de nascituro

Houaiss e Villar (2009, p. 1343) e Ferreira (2008, p. 573) definem nascituro como “que ou aquele que vai nascer”. O primeiro ainda acrescenta: “diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo

nascimento é dado como certo”. Etimologicamente, deriva do latim *nasciturus, a, um*, que significa “que deve nascer”.

Acquaviva (2014, p. 333) define nascituro, juridicamente, como “Ser humano já concebido e que se encontra, ainda, no ventre materno”, ressaltando que o Código Civil não adotou a teoria concepional como base para aquisição da capacidade jurídica, e sim o nascimento com vida.

O presente artigo usará o termo nascituro considerando-o como aquele que vai nascer – o ser humano único, com código genético próprio, diferenciado dos seus pais, formado desde o momento da fecundação, independentemente da fase gestacional em que esteja.

3 Direitos do conceito presentes na Constituição Federal do Brasil

Esclarecido o momento em que se inicia a existência humana, compete ao Direito estabelecer regras de proteção ao nascituro, desde a sua concepção. A Magna Carta resguarda o direito à vida em diversos momentos. Tal proteção diz respeito não só ao direito de existir, mas abarca o direito de nascer e de viver com dignidade. É o que se extrai da conjugação de seus princípios, objetivos e demais dispositivos, como se verá adiante.

A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, “[...] a dignidade da pessoa humana [...]”. O inciso IV do art. 3º define como objetivo fundamental “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No art. 4º, é apresentada a “[...] prevalência dos direitos humanos [...]” como regra pela qual o Estado deverá reger-se em suas relações internacionais. No art. 5º, magistralmente, o constituinte dispõe 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 [...]”. E prossegue no Capítulo VII, dedicando especial proteção à família, base da sociedade, como se observa no art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Note-se o valor que o constituinte originário atribuiu à vida. Para Moraes (2011a, p. 39), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Entretanto, o constituinte não estabelece o momento a partir do qual deve incidir a proteção à existência humana. A fórmula que estabelece é geral, deixando ao operador do Direito o papel de defini-la. No entanto, como o Direito não é isolado das demais ciências, necessita de conceitos dos demais ramos para exercer seu papel. Nesse caso, cabe às ciências biológicas definir quando se inicia a vida e ao Direito, protegê-la, a partir do momento estipulado pela ciência.

Posto isso, Moraes (2011b, p. 81) afirma que “o início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal [...]”. E, mais adiante, defende:

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano (2011b, p. 85).

Note-se, ainda, que o art. 60, § 4º, da CF tornou os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas, não podendo ser alterados sequer por emenda constitucional, mas apenas por meio de uma nova Assembleia Constituinte.

Portanto, a vida, bem maior do ser humano, é direito fundamental inviolável, isto é, cláusula pétrea protegida pela Magna

Carta. Com isso, a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais deve ser no sentido de proteger a vida de maneira geral, inclusive a uterina, a partir da concepção.

3.1 Hermenêutica e o Pacto de São José da Costa Rica

A atividade interpretativa é essencial para a atividade jurisdicional. Se esta tem por objetivo o estabelecimento da justiça entre partes conflitantes para a harmonia social, então o juiz, em sua função, não pode prescindir dos princípios estruturantes do sistema jurídico e das técnicas hermenêuticas.

Bittar e Almeida (2010, p. 481), ao descrever a atividade hermenêutica na concepção de Ronald Dworkin (professor de Teoria Geral e Jurisprudência da Universidade de Nova York e da Universidade de Oxford), explicam que:

[...] a questão da interpretação não é, de modo algum, um capítulo à *latere* da discussão de como o Direito se operacionaliza na prática, mas é de fato um aspecto crucial do desenvolvimento do próprio Direito, algo que nos consente compreender sua ideia de que o Direito não se exaure em ser um conjunto de normas, pois pressupõe de fato, além de regras – estas reconhecidas pelo positivismo como únicas formas de manifestação da juridicidade – também princípios, estes igualmente vinculantes da atividade judicial.

A partir das técnicas hermenêuticas da máxima efetividade ou da eficiência e da norma mais favorável, escolhe-se a norma que melhor atenda aos objetivos constitucionais, atribuindo-lhe o sentido que maior eficácia lhe conceda.

Considerando que a vida e a dignidade são direitos inerentes à natureza humana, norteadores da proteção jurídica dirigida ao ser humano, o qual não é objeto do Direito, mas o fim a que se destina, não é possível dar à norma constitucional interpretação que lhe restrinja o sentido e limite o gozo do direito à vida e à dignidade.

Os princípios, objetivos e direitos definidos nos Títulos I e II da CF são o fundamento do ordenamento jurídico. Por funda-

mento, entenda-se o pilar estruturante de todo um conjunto de normas. Assim, a interpretação normativa deve estar consonante com tais princípios.

Para se promover o bem e a dignidade, sem qualquer forma de discriminação, mister respeitar a vida em todas as suas fases, sem restringir-lhe o alcance. Se o texto constitucional não limitou a inviolabilidade do direito à vida, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Logo, a fim de cumprir os objetivos estabelecidos na Magna Carta com respeito aos princípios fundamentais, é necessário, frise-se, que a vida seja respeitada em toda a sua extensão. Se o ser humano é o fim de todo o ordenamento jurídico, como permitir a violação de sua vida já na fase intrauterina? Por isso mesmo, de maneira lógica, a CF/1988 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com prioridade absoluta, o direito à vida. Como a criança poderá gozar de seu direito à existência, se esse direito lhe for negado ainda durante a gestação? A negação desse direito mostra-se incongruente pois, como já visto, a criança adquire o *status* de ser humano desde a concepção.

Nesse sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992, dispõe, no artigo 1.2, que todo ser humano é pessoa. Em seguida, no artigo 3º, determina que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. Logo, se todo ser humano é pessoa e se toda pessoa tem personalidade, conclui-se que todo ser humano tem personalidade jurídica. Cabe ao Estado reconhecer tal condição. Por fim, no artigo 4º, dispõe: “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.”

Conjugando-se o artigo 4º com os anteriores, tem-se que todo ser humano tem direito a ter sua existência respeitada. Se o texto legal terminasse no artigo 3º, bastaria para garantir a inviolabilidade do direito à vida do concepto. No entanto, para evitar qualquer dúvida, determina, de maneira clara, que tal direito deve ser protegido desde a concepção.

Há quem justifique a permissão da interrupção da vida do conceito por meio da expressão “em geral”. Contudo, o artigo 4º explicita a regra, a qual é a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, já consagrada no art. 5º da CF/1988 e no art. 2º do CC/2002. Apenas excepcionalmente esse direito poderá ser restringido, nas hipóteses já delineadas no Código Penal e que serão abordadas adiante. Sobre o assunto, Martins et al. (2008, p. 106-107) explica:

[...] O homicídio uterino não tem exceções, no Pacto de São José. Não é permitido. No mesmo artigo, todavia, o “homicídio legal” do nascido, ou seja, a pena de morte é condenada, mas abre-se exceção para os países que ainda a mantém, sugerindo que a extirpem [...] Assim, as duas penas de morte, ao nascituro e ao nascido, são proibidas pelo Pacto de São José, muito embora, haja um regime sem exceções, para a pena de morte do nascituro [...] Não há, pois, espaço para que se possa legalizar o aborto, que é pena de morte ao nascituro, em face do que dispõe a Constituição, o Pacto de São José e o Código Civil.

Portanto, as regras constitucionais e infraconstitucionais, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que não aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, devem ser interpretadas pelo critério da maior eficiência e da norma mais favorável. Sobre a interpretação das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus n. 91.361/SP, assim se manifestou:

Os magistrados e tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações

constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs¹.

Do exposto, compete ao legislador, na criação de novas leis, e ao operador do Direito, no caso concreto, a observância dos princípios e direitos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive os provenientes dos tratados de direitos humanos. Cabe-lhes a proteção do ser humano em toda a sua extensão, com respeito às diferenças, sem qualquer forma de discriminação, principalmente dos mais vulneráveis, a exemplo do nascituro, porque vida há desde o momento da concepção, como já comprovado cientificamente e abordado na primeira parte deste artigo.

4 Direitos do nascituro, na fase intrauterina, previstos no Código Civil de 2002 e na Lei n. 11.804/2008

Aliada à proteção constitucional, a vida do nascituro, na fase intrauterina, recebe também a tutela civil. Assim, o CC/2002 resguarda o direito à vida com previsões claras, constantes nos arts. 2º, 542, 1.609, parágrafo único, 1.694 a 1.710, 1.779 e 1.798.

De acordo com o art. 2º do referido código, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Conforme já abordado, nos termos do Pacto de São José da Costa Rica, o nascituro é pessoa humana com direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica desde a concepção. Se o ser humano é dotado de existência independente desde a concepção e se ao promulgar o Pacto da Costa Rica o ordenamento jurídico interno reconheceu o referido direito, logo, juridicamente, o nascituro é pessoa desde

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 91.361/SP, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, divulg. 5 fev. 2009, public. 6 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

o primeiro momento de sua existência, tendo os mesmos direitos da criança recém-nascida.

Aqui cabe uma distinção entre personalidade e capacidade civil. Enquanto a personalidade é inerente ao ser humano desde a concepção, a capacidade é a possibilidade de exercício dos direitos advindos da personalidade. Nesse sentido, o nascituro, não podendo expressar-se, não está apto ao exercício de seus direitos constitucionais e legais, como o direito ao respeito à sua vida. Assim, tal como a criança menor de dezesseis anos, ele é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil. O que lhe falta é a capacidade civil, nos termos do art. 3º do CC/2002, e não a personalidade civil. Esta lhe é inerente. Com isso, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da primeira parte do art. 2º do CC/2002. Nesse sentido:

Destarte, na visão (realista-) personalista dos direitos de personalidade, a *noção de pessoa* assume posição pré-normativa, não sendo construída pelo ordenamento, mas recebida por ele. E, ao recebê-la, o direito admite toda a carga valorativa que lhe é inerente, não podendo diminuí-la ou represá-la. Pode até limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico (VASCONCELOS, 2006, p. 83, grifos da autora).

Mais adiante, Vasconcelos ainda explica:

No concernente aos direitos de personalidade e ao momento em que esta deve ser atribuída ao ser humano, objetiva é a consideração de Silmara Chinelato e Almeida. Para a autora, a personalidade é um “valor”, ao passo que a capacidade é um *quantum* [...] É que a *capacidade*, como *regra* jurídica, permite avaliação quantitativa; já a *personalidade* (inerente à pessoa), enquanto *valor* (princípio), não comporta tal medida. Sua eventual ponderação só poderia ocorrer na esfera da qualidade e, nesta, extravasa o plano da facticidade considerar o ser humano “mais” ou “menos pessoa” (2006, p. 85, grifos da autora).

Por fim:

Se foi feliz o legislador ao substituir a palavra homem por pessoa, foi, não obstante isso, extremamente infeliz ao manter, de resto, a

proposição de que a personalidade começa quando do seu nascimento com vida, mantendo-se íntegro e fiel ao Código oitocentista ab-rogado, insensível à evolução dos tempos e à interpretação da própria Constituição brasileira no princípio da dignidade humana. Assim, entende-se que a disposição contida no art. 2º do Código Civil, no que tange à dependência do reconhecimento da personalidade humana à condição resolutive do seu nascimento com vida, é manifestamente inconstitucional (VASCONCELOS, 2006, p. 119).

A despeito da inconstitucionalidade presente na primeira parte do art. 2º, a segunda parte, em contrapartida, resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Dessa maneira, o Código Civil prevê uma série de direitos ao nascituro, incluindo o direito a receber doação e herança, conforme se verá adiante. Logo:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido (DINIZ, 2014, p. 149-150, grifos da autora).

Nota-se que a eminente doutrinadora, referindo-se aos direitos patrimoniais, distingue personalidade formal e material. Quando ela aborda a personalidade jurídica formal, entenda-se aí a personalidade e, quando se refere à personalidade jurídica material, está, em verdade, referindo-se à capacidade. Problema de linguística. De qualquer forma, o direito ao respeito à vida, direito extrapatrimonial, está acima dos conceitos supramencionados, posto que inerente à pessoa desde o início de sua existência no útero materno.

No entanto, apesar de não ter capacidade jurídica plena para o exercício dos direitos que possui, o Código Civil e a legislação extraordinária resguardam seus direitos desde a concepção. Assim

é que o nascituro tem direito a receber doação, nos termos do art. 542 do CC/2002, bem como à herança (art. 1.798, CC/2002). Veja-se, nesse sentido:

O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade somente incorporará ao seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida [...] Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como de seus frutos e produtos [...] (DINIZ, 2014, p. 166).

O nascituro também tem direito ao reconhecimento de paternidade, quando gerado fora do casamento. Nos termos do parágrafo único do art. 1.609 do CC/2002, “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho [...]”. Logo, se o filho, ainda em sua fase intrauterina, gerado fora do casamento, pode ser reconhecido pelo pai, o mesmo se diga quanto aos filhos gerados no casamento.

O Código Civil de 2002, no art. 1.779, também reconhece a vida independente do nascituro ao definir seu direito ao curador “quando o pai falecer estando grávida a mulher e não tendo o poder familiar”. Por seu turno, o art. 1.798 regula o direito sucessório.

Por fim, a Lei n. 11.804/2008, na linha do disposto nos arts. 1.694 a 1.710 do CC/2002, disciplina, em seu art. 2º, o direito a alimentos do nascituro (alimentos gravídicos):

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 visto, são muitos os dispositivos legais que regulamentam os direitos do conceito. Tal proteção jurídica leva à conclusão de que se o nascituro não fosse ser humano desde a concepção, por que proteger o direito à herança, à doação, à paternidade, aos

alimentos, entre outros? Como também poderia o nascituro ser sujeito de direitos se não ostentasse a qualidade de ser humano e não gozasse de personalidade jurídica?

Logo, a proteção jurídica destinada ao nascituro, retratada nas normas constitucionais e infraconstitucionais, demonstra a preocupação do legislador em proteger a vida em toda a sua extensão, não apenas a partir do nascimento com vida, como pretendem alguns, mas, igualmente, a partir do marco existencial representado pela fecundação.

5 O aborto no Código Penal brasileiro e o direito à vida

O direito à vida é absoluto. A fim de prevenir e reprimir os crimes contra ela, o Código Penal penaliza o homicídio simples e qualificado, o infanticídio, o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e o aborto. As hipóteses de abortamento e suas penas estão disciplinadas nos arts. 124 a 126. A regra geral é a criminalização, excetuando-se as situações dos incisos I e II do art. 128, CP, em que o feticídio continua sendo crime, mas não há incidência da pena. Trata-se, portanto, de um caso de despenalização. Observe-se:

O art. 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão judicante 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 de estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime (DINIZ, 2014, p. 89).

No livro *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais* (2008), de Ives Gandra da Silva Martins, Roberto Vidal da Silva Martins e Ives Gandra da Silva Martins Filho, no texto “Direito à vida desde a concepção *versus* aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI”, Roberto Vidal da Silva Martins traz algumas reflexões sobre as questões jurídicas que envolvem a interrupção voluntária da gravidez e enfatiza que o Código Penal só não penaliza o aborto em dois casos específicos, mas que nem por isso o crime deixa de existir:

É interessante notar que, no Brasil, por trás das autorizações judiciais que algumas gestantes obtêm para abortar em caso de má formação fetal, há clara e frontal agressão à lei penal porque o aborto só não é punido no nosso país “se a gravidez for oriunda de estupro” e “se não houver outro meio de salvar a vida da gestante” e, mesmo nestes casos, o crime continua, mas só a pena é suprimida. A lei penal também não pune o furto famélico, mas nem por isso o autoriza (MARTINS et al., 2008, p. 20).

Para aclarar a discussão, interessante é conceituar o termo *aborto*. Assim:

O termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído. [...] Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois haverá o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade (DINIZ, 2014, p. 56-57, grifos da autora).

Logo, juridicamente, configura-se aborto qualquer interrupção da gravidez com morte do feto, independentemente de sua viabilidade. Mais adiante, Diniz (2014, p. 57-58) explica as modalidades de feticídio, que poderá ser ovular (até a 8ª semana de gestação), embrionária (até o 3º mês de gravidez) ou fetal (após o 3º mês). Poderá, ainda, ser espontâneo, acidental ou provocado. A presente reflexão restringe-se ao aborto provocado, independentemente da fase de gestação.

Ainda de acordo com Diniz (2014, p. 62-65), o aborto provocado será criminoso quando houver: a) gravidez (período que vai da fecundação do óvulo ao parto); b) intenção de interromper a gravidez, isto é, dolo; c) emprego de técnicas abortivas idôneas;

e d) quando ocorrer a morte do conceito, seja no ventre materno ou após a sua expulsão, devendo haver o nexo de causalidade entre os requisitos apresentados. Entretanto, em dois casos, o CP despenaliza o feticídio realizado por médico – o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e, no caso de gravidez resultante de estupro, o aborto sentimental, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ambas as hipóteses admitidas pelo Direito são questionáveis. Na primeira, mostra-se, no mínimo, estranha a necessidade de interromper a gravidez para salvar a vida da gestante, ante os avanços da medicina, em que é possível, inclusive, identificar doenças e solucioná-las, ainda na fase fetal. Nesse sentido:

Por que ainda o aborto necessário se hoje, com o progresso da medicina, praticamente inexistem casos em que a gestante, por alguma enfermidade, esteja em perigo imediato de morte se a gravidez não for interrompida? Atualmente, não há moléstia que justifique a interrupção da gravidez. Os avanços tecnológicos e científicos aumentam, a cada dia que passa, a possibilidade de salvar ambas as vidas (DINIZ, 2014, p. 92).

Na mesma esteira, Martins et al. (2008, p. 22):

A expressão “risco de vida” é muito menos restritiva. Muitos abortos podem ser feitos em nome do “risco de vida”. No entanto, na realidade, a situação em que “não há outro meio de salvar a vida da gestante” já não existe mais. A medicina evoluiu a tal ponto que consegue salvar as duas vidas. O caso de vida da mãe *versus* vida do filho é raríssimo, para não dizer inexistente. [...] O que acontece é que muitos médicos favoráveis ao aborto encontram em qualquer patologia dentro de uma gravidez, um motivo para dizer que a mulher corre “risco de vida” e, portanto, está autorizada a abortar. Não é isso que diz, como vimos acima, o Código Penal.

No caso do aborto sentimental, há o aspecto emocional envolvido. De fato, não há como obrigar a mulher a aceitar o filho de uma relação não consentida, precedida de violência, que deixa profundas marcas emocionais. Entretanto, analisando pela ótica do

concepto, é justo que ele responda pelo crime de outrem? Não é um princípio constitucional e penal a personalização da pena, ou seja, o valor de que a pena não passará da pessoa do condenado? Então, como pode o nascituro, a parte mais fraca da relação, responder por um crime que não cometeu? Independentemente da realização do aborto, o trauma sofrido permanecerá. O feticídio não apagará a lembrança da violência sofrida.

Logo, não é melhor estimular a assistência psicológica à mulher vítima de estupro, bem como facilitar a adoção em lugar de promover o assassinato do ser inocente? Sem dúvida, o meio mais fácil de resolver o problema da mulher vítima de estupro é o aborto. Entretanto, há outras alternativas para resolução da questão e para prevenção, que envolveriam planejamento do Estado e desenvolvimento de políticas públicas com destinação de recursos financeiros certamente maiores que os gastos com o aborto legal.

Nesse sentido, Diniz defende (2014, p. 95):

Trata-se de um aborto em defesa da honra com o escopo de repará-la. Mas como se poderia reparar a honra de alguém com a morte de um inocente e indefeso ser humano? A retirada da vida do feto poderia reparar a brutalidade sofrida pela gestante? [...] Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico 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 por 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, ínsito no brocardo latino *nemo punitur pro alieno delicto* (ninguém pode ser punido por delito alheio), e se a pena é pessoal, não podendo passar da pessoa do delincente, como poderia cumpri-la quem não perpetrou delito algum?

A fim de intensificar o debate, interessante refletir sobre a inconstitucionalidade do art. 128, II. Está claro que o direito à existência do concepto pode ser atenuado apenas para salvar a vida da mãe, pois, nesse ponto, contrapõem-se dois direitos idênticos: à existência da mãe e à do feto. Em se tratando de conflito entre o

direito à vida e o direito à honra (em caso de estupro), prevalecerá o direito à vida, que é o maior de todos os direitos.

Referida tese é defendida pelo eminente professor Ives Gandra da Silva Martins, no texto “O direito do ser humano à vida”:

A lei penal, inclusive, proibiu o aborto, admitindo não sua legalidade, mas sua impunibilidade em duas hipóteses: o aborto terapêutico, objetivando salvar a vida da mãe, e o aborto em virtude de estupro, hipótese, a meu ver, não recepcionada pela Constituição de 1988. [...] Entendo que a Constituição Federal não admitiu a hipótese do aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção à “inviolabilidade do direito à vida” e não mais, como nos textos passados, ao respeito aos “direitos concernentes à vida”. O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade *é do direito à vida* e não apenas do respeito a *direitos concernentes à vida* (MARTINS et al., 2008, p. 100-101, grifos do autor).

Portanto, a política criminal brasileira criminaliza e o Código Penal penaliza a prática de aborto, tratando-o como delito contra a vida. Como o Direito Penal visa à penalização dos desvios de conduta mais graves, a fim de proteger os bens jurídicos mais relevantes, conclui-se que a existência humana, em qualquer fase, é bem jurídico de suma importância, cuja violação representa grave desvio de conduta, sendo inconstitucional e ilegal qualquer tentativa de ampliação das hipóteses de interrupção intencional da gestação já estabelecidas.

5.1 Do aborto de anencéfalos – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54)

Nos dias 11 e 12 de abril de 2012, o STF, por maioria de votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), admitindo o aborto de fetos anencéfalos. Dois ministros votaram pela improcedência do pedido: Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em seus votos, os ministros ressaltaram que o anencéfalo é portador de vida e que essa há de ser protegida. Veja-se, como exemplo, trecho do voto do ministro Cezar Peluso:

O doente, de qualquer idade, em estado terminal, portador de enfermidade incurável, de cunho degenerativo, por exemplo, também sofre e, não escondendo a gravidade do quadro mórbido, causa sofrimento a familiares e amigos, mas não pode por isso ser executado, nem lhe é lícito sequer receber auxílio para dar cabo da própria vida, incorrendo, aquele que o auxilia, nas cominações da prática de eutanásia, punível nos termos do art. 122 do Código Penal (auxílio ao suicídio). Vislumbrar, pois, na ínfima possibilidade de sobrevida, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta, argumento racional para ceifá-la por economia, impulso defensivo ou falsa piedade, é absolutamente insustentável à luz da ordem constitucional, que declara, sobreleva e garante valor supremo à vida humana.

[...]

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, do valor mais importante do ordenamento jurídico².

O documentário *Eu, Vitória*, produzido pela Estação Luz Filmes (2013), mostra a história real de um bebê anencéfalo (Vitória) que viveu dois anos e meio fora do útero materno e ensinou o amor a seus pais. A mãe de Vitória, Joana, diz: “Comecei a perceber que o bebê não era só aquele exame, o bebê não era só aquele diagnóstico, aquela má-formação. O meu bebê era muito mais que aquilo. O exame não mostrava tudo o que aquele bebê representava para mim”.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Marco Aurélio, divulg. 29 abr. 2013, public. 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Mais adiante, Joana afirma: “Desde que ela nasceu, ela começou a me mostrar que eu não precisava ter medo de amá-la”. O pai da criança acrescenta: “Viver com a Vitória é entender que cada segundo é importante na vida”.

Logo, a decisão do STF, ao ampliar as hipóteses de aborto legal, além de desprezar a independência dos poderes, afronta a Constituição Federal, que, por meio de cláusula pétrea, defende a vida, viola o Código Penal e, principalmente, viola o direito à existência, inerente a todo ser humano em qualquer fase de desenvolvimento em que esteja. Para Martins et al. (2008, p. 112): “[...] o que se pretende, de rigor, com a tese da anencefalia, é abrir o campo para o aborto generalizado, numa tentativa de burlar a Constituição e os Tratados fundamentais sobre direitos humanos, de que o Brasil é signatário”.

6 Aspectos éticos e filosóficos do direito à vida

Tratar os aspectos éticos e filosóficos do direito à vida é adentrar no pensamento dos mais diversos filósofos que trouxeram reflexões principalmente sobre: finalidade da vida, felicidade, igualdade, justiça, poder e o papel do Direito. Qual o sentido da vida? Como alcançar a felicidade? O que é justiça? De que forma viver numa sociedade justa e igualitária? O que é poder? Como o poder pode ser conquistado legitimamente, sem violência? Quais os limites da liberdade? Qual o papel do Direito? Essas são algumas questões que há séculos norteiam o pensamento humano. Todos querem ser felizes. Mas será possível conciliar felicidade individual e coletiva, justiça e liberdade?

Esta seção apresentará breves reflexões sobre o pensamento de Sócrates, Aristóteles, Immanuel Kant e Hannah Arendt, com o fim de trazer luz ao debate sobre o direito à vida, a partir dos estudos de Bittar e Almeida, na obra *Curso de Filosofia do Direito* (2010).

De acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 99-104), Sócrates defendia que só por meio do conhecimento o homem pode agir eticamente e, com isso, alcançar a felicidade. Logo, o caminho para a felicidade passava pelo conhecimento e pelo agir ético, e a

ignorância é que leva à prática do mal. Também defendia o respeito às leis, as quais, embora pudessem ser injustas, deviam ser obedecidas por respeito à coletividade. Nesse sentido, exemplificou com a própria vida seus ensinamentos, ao se submeter à morte, após um julgamento injusto. Assim:

[...] Sócrates vislumbra nas leis um conjunto de preceitos de obediência incontornável, não obstante possam estas serem justas ou injustas. O direito, pois, aparece como um instrumento humano de coesão social, que visa à realização do Bem Comum, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do cultivo das virtudes [...] (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 104).

Para Bittar e Almeida, Aristóteles distingue entre ser um homem bom e justo e ser um bom cidadão, ressaltando que o primeiro pratica atos justos voluntariamente:

[...] a justiça não se realiza sem a plena aderência da vontade do praticante do ato justo e sua conduta. Aquele que pratica atos justos não necessariamente é um “homem justo”; pode ser um “bom cidadão”, porém não será jamais um “homem justo” ou um “homem bom” *de per se*. O “bom cidadão”, desaparecida a sociedade, nada carregaria consigo se não a consciência livre de ter cumprido seu dever social. O “homem bom” é, ao contrário, por si mesmo, independentemente da sociedade, completo em sua interioridade; a justiça lhe é uma virtude vivida, reiterada e repisada por meio da ação voluntária (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 158-159).

Por fim, os autores assim descrevem o sentido da justiça para Aristóteles:

[...] A justiça total destaca-se como sendo a virtude (total) de observância da lei. A justiça total vem complementada pela noção de justiça particular, corretiva, presidida pela noção de igualdade aritmética (comutativa, nas relações voluntárias; reparativa, nas relações involuntárias) ou distributiva, presidida pela noção de igualdade geométrica. A justiça também será exercida nas relações domésticas (justo para com a mulher; justo para com os filhos; justo para com os escravos) ou políticas (legal ou natural). Cumpre ao juiz debruçar-se na equa-

nimização de diferenças surgidas na desigualdade; é ele quem representa a justiça personificada [...] (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 159).

Por sua vez, de acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 323-326), Immanuel Kant traz a ideia do imperativo categórico – lei inerente à racionalidade universal humana –, que leva o homem a agir de acordo com o dever pelo dever em si, isto é, voluntariamente. Esse agir ético voluntário é o que conduz à felicidade. Nas palavras de Bittar e Almeida (2010, p. 326): “A ética, por consequência, é um compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo só fato de segui-lo em si e por si [...]”. Ainda:

O homem que age moralmente deverá fazê-lo não porque visa à realização de qualquer outro algo (alcançar o prazer, realizar-se na felicidade, auxiliar a outrem...), mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever, do qual decorre a suma beatitude e a suma felicidade, como simples mérito de estar conforme ao dever e pelo dever (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 326).

Todavia, Bittar e Almeida (2010, p. 327-329) explicam que a observância do imperativo categórico não implica na redução da liberdade e autonomia da vontade, pois a liberdade consiste na escolha voluntária de agir eticamente.

Na filosofia moral kantiana, a vontade aparece como absolutamente autônoma, liberta de qualquer heteronomia que só poderia conspurcar a pureza primitiva em que se concebe constituída a vontade. E a suprema liberdade da vontade residirá, no contexto da filosofia kantiana, exatamente em estar vinculado ao dever, ao imperativo categórico.

[...]

Nessa cadeia de implicações extrai-se que o ser kantianamente ético significa agir conforme ao dever, inclusive em detrimento dos próprios desejos.

[...]

Nesse caso, se estará diante de uma vontade que se quer a si mesma, na intenção de ser somente o dever e de constituir-se autonomamente e independentemente de qualquer carência interna (felicidade, afetuosidade, realização...) ou externa (dinheiro, reconhecimento, poder, prazer...). Essa vontade, dentro desse esquematismo, é senhora de si e não quer nada mais que si mesma, no afã de ser integralmente o que o imperativo diz ser necessário e imperioso (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 328-329).

Bittar e Almeida (2010, p. 331-333) acrescentam que Kant distingue moral e direito, e ressalta que o indivíduo que age moralmente é aquele que cumpre o dever pelo dever em si, ao passo que aquele que obedece à lei pode observá-la por outro motivo que não necessariamente a consciência ética. De igual forma, o direito pode decorrer apenas da vontade do legislador ou do imperativo categórico.

Em relação a Hannah Arendt, filósofa judia nascida na Alemanha, em 1906, Bittar e Almeida (2010, p. 429-432) relatam que ela apresentou um discurso sobre a construção do poder, sem violência e opressão, no qual o poder deve ser conquistado pelo consenso e pelo respeito à diversidade. E acrescentam (2010, p. 432): “Defende-se a ideia de que, no decorrer do século XX, a personagem que exerceu, de forma prática, a teoria sobre o poder, de Hannah Arendt, foi Mahatma Gandhi [...]”. Ainda:

Ao eleger a *ahimsa* (não violência) como princípio de ação, Gandhi opta, sem a menor sombra de dúvida, por uma ética de princípios, já que a conquista do resultado, por mais importante que seja, não justifica, em hipótese alguma, a violação da integridade psicofísica do ser humano (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 435).

Logo, depreende-se que Arendt apresenta uma nova forma de pensar a política quando propõe a discussão sobre o poder como um resultado do consenso e do diálogo, por meio da construção de um espaço de ação que respeite a diversidade.

De outro vértice, Bittar e Almeida (2010, p. 437) expõem que a concepção de liberdade em Hannah Arendt está associada com

o próprio agir, isto é, os homens são livres enquanto estão agindo. Observe-se:

Assim, a concepção de poder arendtiana tem como elemento essencial a não violência; essa definição ajusta-se à ideia de liberdade enquanto campo do exercício da ação. A liberdade, entendida dessa forma, não é funcional, ou seja, seu exercício não pressupõe determinado fim. Como na *satyagraha* de Gandhi, sua prática é uma tentativa de busca da verdade, a qual não está predeterminada, mas surge, paulatinamente, durante a prática. O mesmo ocorre com a liberdade “arendtiana”; ela é um meio para tornar a ação efetiva, daí podendo resultar diversas consequências. Essa concepção difere, radicalmente, da ideia de soberania, que tem um fim explícito em sua conceituação, qual seja: a decisão em última instância.

Por fim, de acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 440), o pensamento de Arendt, ao dissertar sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos, é:

A condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito, no sistema DIDH, deixa de ser seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu *status* jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como ser humano. O simples fato da existência vincula o homem, a mulher e a criança à ordem jurídica internacional. Essa é a “novidade” do Direito Internacional dos Direitos Humanos: o ser humano passa a ser sujeito de direito na ordem internacional.

Do exposto, é possível notar alguns pontos em comum no pensamento dos quatro filósofos abordados.

Para Sócrates, Aristóteles e Kant, a felicidade é o resultado do agir ético. Tal agir ético é obtido, em Sócrates, por meio do conhecimento e da observância das leis; em Aristóteles, fala-se sobre a prática de atos justos, sendo aquele que os pratica voluntariamente, por meio da observância da lei, um homem justo. Em Kant, tal agir ético identifica-se com a observância do dever voluntariamente, por meio do imperativo categórico. Arendt acrescenta que a ação humana deve ser participativa, consensual, não violenta e não coercitiva.

Com relação à liberdade, Kant e Hannah Arendt defendem a sua limitação. O primeiro, na medida em que a felicidade decorre

do agir ético, o qual pressupõe o sacrifício dos próprios desejos, e a segunda, na medida em que a liberdade se identifica com o próprio agir, que, por sua vez, deve respeitar a diversidade e o ser pacífico.

Ora, vive-se, atualmente, numa sociedade hedonista, em que se confundem felicidade e prazer, colocando-se na busca deste último a finalidade existencial. Por isso, os meios de comunicação estimulam a ação egoísta, em que o contentamento de um significa o não contentamento de outro e em que todos os meios são válidos para se alcançar o fim almejado: o prazer.

Contudo, como visto, a felicidade não é prazer. Este é efêmero, enquanto a felicidade é o estado de ser daquele que age eticamente, pois ao agir eticamente de forma voluntária, atinge-se um estado de consciência naturalmente feliz. Esse agir ético pressupõe o respeito à diversidade, a não violência, a prática da justiça, a observância das leis e, sobretudo, o respeito ao ser humano.

No caso da gravidez indesejada, estando em conflito dois valores fundamentais – vida e liberdade –, o direito à vida deve prevalecer sobre a liberdade, haja vista o dever de agir eticamente, o imperativo categórico de Kant e a não violência de Arendt para alcançar a felicidade.

É justo buscar a felicidade com a morte de outro ser? E, acaso justo, a felicidade seria realmente alcançada com a morte de outrem? O que se julga ser bem-aventurança não seria apenas o prazer, efêmero, de ver-se livre de um problema momentaneamente e, assim, poder estudar, trabalhar, ter outros relacionamentos, buscar sucesso profissional etc.? Não seria esse um pensamento egoísta de alguém que aceita utilizar-se de todos os meios para atingir a “felicidade”? A felicidade deve, sim, ser buscada, como o prazer, mas não por quaisquer meios.

Nesse ponto, entram a ética e a ideia de que a liberdade de um não pode impedir a liberdade de outro. Logo, o livre-arbítrio da mulher para interromper a gravidez não pode sobrepor-se à liberdade e ao direito que o conceito também tem de nascer.

Assim, a liberdade não pode ser compreendida como o direito de fazer tudo o que se queira, independentemente dos resultados, pois, a partir do momento em que há sociedade, os direitos dos demais grupos sociais – no caso em tela, do nascituro – também devem ser respeitados.

7 Conclusões

É a pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito, o fim para o qual se dirigem todas as ações do Estado. Assim, todas as decisões e ações nas três esferas do Poder – Executivo, Judiciário e Legislativo – têm por finalidade o ser humano e a construção da paz e justiça social.

Nessa senda, o papel do Direito mostra-se essencial para a construção da paz e da justiça. Com isso, os direitos de fraternidade – direitos difusos, atinentes à sociedade como um todo – parecem querer recuperar os valores de equidade e paz outrora esquecidos.

A sociedade atual, marcada por grandes e crescentes avanços tecnológicos e científicos, é marcada também pela inversão de valores, representada no estímulo ao consumismo, à competitividade no plano individual e coletivo, à busca desenfreada pelo prazer, pelo egoísmo, pelo sexo sem limites, pelo aumento do consumo de drogas, da criminalidade, dos casos de depressão e suicídio etc. Pergunta-se: é essa a sociedade almejada, rica em avanços tecnocientíficos mas com indivíduos infelizes, pobres de valores morais?

Eis que aí se encontra a questão fundamental do direito à vida do nascituro.

Como respeitar a vida de quem está por nascer se o indivíduo não é capaz de respeitar a si mesmo ao, por exemplo, aviltar seu corpo, na busca pelo prazer com as drogas e com o sexo irresponsável? Como respeitar o nascituro, se o indivíduo não é capaz de respeitar outro ser humano adulto, igual a ele, quando, para conseguir uma posição profissional melhor, engana, mente e rouba?

Claro está que a inversão de valores na sociedade moderna é o motivo pelo qual se envidam esforços para legalizar o aborto,

quando, em realidade, se deveria lutar pela vida, pela dignidade do ser, dentro ou fora do útero. Nesse sentido:

Se a vida começa no momento preciso da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como já está comprovado pela ciência genética, medicina e biologia, e se desde a concepção a qualquer médico é possível seguir e observar o maravilhoso desenvolvimento da vida humana, podendo perceber que o feto é um ser humano, com todos os seus caracteres, terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando-se-lhe sobretudo a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos. Então, em vez de lutar para conseguir leis que rompam com a norma antiabortiva, por que não batalhar em prol da vida? (DINIZ, 2014, p. 56).

Paralelamente aos avanços tecnocientíficos, encontram-se as discussões éticas sobre os limites da ciência. É preciso impor limites ao uso da ciência e da tecnologia quando ameaçarem a vida e a dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso educar o ser despertando-lhe o instinto moral, que lhe é natural, a fim de que o próprio indivíduo saiba distinguir o bem do mal, o justo do injusto.

Portanto, algumas medidas podem e devem ser adotadas para estimular o respeito à vida, entre as quais sugerem-se: fortalecimento da instituição familiar, introdução do ensino de bioética nas escolas e de biodireito nos cursos jurídicos, criação de leis e de instituições fortalecedoras do planejamento familiar, instituição de educação sexual nas escolas, aumento na distribuição de preservativos, prestação de informações quanto às consequências físicas e psicológicas do aborto, preparação na rede pública e privada para a paternidade e maternidade responsável, incentivo à adoção, assistência do Estado para as famílias com crianças deficientes etc.

Por fim, vê-se que é premente a humanização do Direito, para que o seu operador, em lugar de simplesmente aplicar a letra fria da lei, pense o Direito como instrumento de promoção da paz social, da felicidade, do respeito mútuo, no qual a lei não é o fim mas, sim, o ser humano, nascido ou por nascer.

Que o operador do Direito respeite o direito inviolável à vida e tenha consciência, no dizer de Eduardo Couture (1999), em *Os*

Mandamentos do Advogado, de que seu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrar o direito em conflito com a justiça, que lute pela justiça e assim seja capaz de promover o bem.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EU, VITÓRIA. Direção de Glauber Filho. Produção de Lucas Onofre. Fortaleza: Estação Luz Filmes, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ndaA4xdScQo>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. Tradução da 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. até a EC n. 67/2010 e Súmula Vinculante. São Paulo: Atlas, 2011a.

———. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

SADLER, Thomas W. *Embriologia médica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.