

A PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA E O PROJETO DE CÓDIGO PENAL

Leslei Lester dos Anjos Magalhães*



presente artigo discute a proposta de aumento rol de exclusão do crime de aborto, com a consequente despenalização da conduta para uma gama variada de casos, colocando em risco a proteção do bem jurídico mais precioso: a vida humana¹.

A inviolabilidade do direito à vida é a primeira garantia fundamental assegurada pelo Estado Brasileiro e fundamento dos demais direitos humanos. A violação desse direito é a mais grave dos ataques à pessoa humana, pois atenta contra a sua própria existência.

Dessa forma o núcleo essencial do direito à vida é a própria vida e, portanto, não pode ser relativizado frente a outros direitos, eis que não é passível de ponderação.

* Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Advogado da União (OAB/DF 14.860), Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, autor do livro O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA, São Paulo : Editora Saraiva, 2012.

¹ O novo artigo teria a seguinte redação:

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

O núcleo essencial dos direitos humanos deve ser garantido sempre, pois representam o limite dos limites². Caso contrário, estaríamos num quadro de total relatividade dos direitos fundamentais. As medidas de restrição não podem ser desarrazoadas e não devem ofender o núcleo essencial dos direitos humanos. O Estado, conforme decisões do STF, deve garantir o mínimo existencial, ora, para se garantir o mínimo deve se garantir a existência das pessoas humanas³. O Pacto de São José reconhece que todo ser humano é pessoa. Logo, os embriões são pessoas, portanto, tem garantido o seu direito inviolável à vida.⁴ Como se percebe, não há dúvida que o Brasil reconhece o início da personalidade jurídica a partir da concepção e o conseqüente direito à vida dos embriões, sem exceções⁵. Deve se considerar, ainda, que o STF reconhece um status supralegal aos tratados de direitos humanos, e, portanto, o nosso Código Civil está derogado nesta parte e, portanto, uma reforma da lei penal deve considerar essa peculiaridade do direito pátrio.

É pacífico também que o embrião não faz parte do corpo da mulher e, portanto, não se pode invocar o direito à intimidade para se justificar o aborto. O embrião e o feto possui corpo autônomo em relação ao da mãe. A sua vida depende da mãe de forma extrínseca, como a nossa depende da “mãe natureza”. As condições internas do útero possibilitam a vida, contudo, é o próprio embrião o motor do seu desenvolvimento genético,

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª Ed. Editora Saraiva : São Paulo. p. 41/43. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume 1 –J.J.Gomes Canotilho, Vital Moreira – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 395.

³ Vide *ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO*.

⁴ Artigos 5º e 227 da Constituição Federal. Convenção dos Direitos das Crianças (art. 6). Declaração dos Direitos do Homem (art. 1). Pacto de São Jose da Costa Rica (artigos, 1; 3 e 4).

⁵ JESÚS, Ligia Mariela de. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos : piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe*. Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2011 Año I – N0 1 109. www.revistaidh.org.

físico e corpóreo. O embrião e depois o feto, não é um “nada” como mencionado no julgamento do aborto dos fetos anencefálicos pelo Supremo Tribunal Federal. Nem muito menos um nada jurídico, eis que a sua proteção está determinada pela Constituição e pelos Tratados Internacionais sobre direitos humanos acolhidos pelo Brasil e pela lei civil e penal. Na verdade, no caso do aborto não há uma verdadeira colisão de direitos, eis que a mãe, por mais razões que possa ter, não tem o direito sobre a vida do filho e nem muito menos o médico. Dessa forma, não há que se ponderar um pretense direito à intimidade, à saúde e ao conforto psíquico no período da gravidez.

Ainda assim, se pudéssemos ponderar, a balança sempre penderia para o direito à vida, eis que é o direito mais fundamental e nunca se pode eliminar a vida de uma pessoa inocente. Ademais, no caso de risco da vida para a mãe, convém frisar que estamos diante de bens de igual valor constitucional, vida versus vida. A dignidade de cada vida humana impede a valoração do maior valor da vida da mãe ou do nascituro. Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer a prioridade da criança em receber socorro e proteção em qualquer circunstância⁶, contudo, não cabe ao médico adotar medida alguma no sentido da morte direta de qualquer das pessoas envolvidas. Deve-se ressaltar que o princípio da concordância prática ou harmonização, “*impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*”⁷. Ora, a morte de embrião ou do feto é o sacrifício total da vida humana e do direito à vida. Ademais, a ninguém pode invocar a própria liberdade

⁶ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) *primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Almeida :Combra, p. 1225.

para tirar a vida de um ser inocente. Diferente situação se dá no caso da legítima defesa, em que a agressão imediata requer uma medida de defesa imediata. No caso do aborto a criança não é um injusto agressor. Também o estado de necessidade não pode ser invocado para legitimar o sacrifício de uma vida humana, eis que é o maior bem que possui a pessoa humana, a sua própria corporeidade vital.

A vida de uma pessoa inocente é a garantia máxima da própria sociedade em face do totalitarismo e da violência. Matar uma pessoa inocente é um ato que não tem justificativa filosófica, jurídico, econômica ou social. O valor de tal vida é tão incomensurável que quaisquer outros critérios são de pouca monta para poder afastar este direito supremo. Ademais, o próprio aborto é causa de distúrbios físicos e psicológicos maiores do que aqueles advindos da permanência da gravidez⁸.

A verdadeira proteção da mulher exige a proteção do nascituro contra condicionantes externos (sociais, econômicos, etc...) que, momentaneamente, podem levar a mãe a tomar essa infeliz decisão. A lei protegerá tanto a mulher como a criança, pois ao atuar conforme o preceito penal a mãe estará respaldada perante pressões sociais. De outra sorte, a mulher tem o dever moral, jurídico e social de proteger o fruto do seu seio, ainda que este tenha sido oriundo de uma gravidez indesejada⁹. No momento da concepção, o feto é um filho e como tal, deve ser tutelado pela mãe, pela família e pelo Estado, em face de agressões, violência e desrespeitos a sua vida, considerando

⁸ MARSAL, Camem González. Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud? ¿cuestión de derechos? *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 2009, v. 10, p. 285-329); BERNARDO. Patrícia. Aspectos Psicológicos do pós-aborto. [http://www.zenit.org/pt/articles/reflexao-sobre-os-aspectos-psicologicos-do-pos-abor-](http://www.zenit.org/pt/articles/reflexao-sobre-os-aspectos-psicologicos-do-pos-abor-to?utm_campaign=diarioportughtml&utm_medium=email&utm_source=dispatch)

to?utm_campaign=diarioportughtml&utm_medium=email&utm_source=dispatch.

⁹ Cf. Art. 229 da Constituição Federal de 1988. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

que é um ser incapaz de se defender (art. 227, CF/88¹⁰). É o ser mais hipossuficiente que existe no mundo. Portanto, a sua tutela deve ser de forma integral. Tanto no aspecto físico, como temporal, isto é, enquanto durar a gestação. E neste caso, o direito penal cumpre um papel fundamental.

Ora, se a criança tem proteção absoluta fora do Estado fora do seio materno, como não poderia tê-lo no seio materno, se não há uma descontinuidade em seu processo de maturação física? Quem poderá medir o valor de uma vida humana? Quem pode saber o significado da vida de uma pessoa, mesmo que tenha vivido poucos segundos? É possível avaliar o significado de um átimo de vida humana? A dignidade da vida de uma só pessoa humana é incomensurável e não admite ser considerado como meio, instrumento ou utilidade de outrem.¹¹

Ademais, a maternidade e a infância, tem proteção social garantida no art. 6º da Constituição Federal. Ora, proteger a maternidade é incompatível com a permissão do aborto, pois a maternidade com o aborto é simplesmente eliminada.

Não é compatível com o núcleo essencial do direito à vida e da proteção da maternidade e da infância a eliminação do feto, pois nesse caso eliminasse o próprio núcleo do direito em um e noutro caso, a vida, a infância e a maternidade.

As longas filas para a adoção em nosso país garantem que nascituros nascidos de uma grávidas indesejada terão o devido acolhimento em uma família¹². E assim, a proteção do direito à vida, à maternidade e a infância estarão compatibilizados. A proteção à maternidade exige sim, o acompanhamento

¹⁰ 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.

¹¹ HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008, p. 310.

¹² Sobre esta possibilidade vide Projeto de Lei nº 478/2007.

psicológico dos casos de risco na gravidez ou de distúrbios psicológicos das gestantes. A solução do Estado de permitir eliminar o feto é a mais cômoda. Matar para não cuidar, eis a questão!

A autorização para matar uma criança inocente consiste na perda do próprio alicerce do estado que é a proteção do direito à vida dos cidadãos, como dever inalienável. Seria a perda do significado da própria finalidade do Estado: proteger o bem comum. Um Estado homicida é o Estado da barbárie. Tão longe das expectativas dos nossos constituintes e das esperanças das Cartas Internacionais de Direitos Humanos.

Não há motivos plausíveis para autorizar a morte de uma criança inocente. Dessa forma, podemos citar as sábias palavras do grande Constitucionalista Português Jorge Miranda:

“a problemática da interrupção voluntária da gravidez é, simultaneamente, de uma extrema complexidade e de uma radical simplicidade. De extrema complexidade, pelos múltiplos pressupostos e reflexos – jurídicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, morais e religiosos – que comporta, pela sua dependência de outros problemas, pela variedade de situações em que as pessoas podem se encontrar e pela complexidade dos factores de cada situação, pela complexidade que encerra em si cada vida humana. De radical simplicidade, porque, exactamente em cada caso, envolve uma decisão sobre a existência de certa e determinada vida humana, sobre se ela deve continuar até o nascimento ou ser interrompida. (...) O carácter insubstituível de todo o ser humano, antes e depois do nascimento, o sentido ético e não apenas histórico que possui a vida humana, a sua inviolabilidade proclamada sem limites na Constituição, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (que proíbe a execução de mulheres grávidas), o abalo que representaria nos fundamentos da sociedade qualquer ruptura ao princípio da inviolabilidade, sobretudo quando a violação parte de quem é mais

responsável por essa vida, a demissão de solidariedade que isso implicaria, tudo são motivos que me levam a rejeitar qualquer medida legislativa que envolva a legalização do aborto.”¹³

Como se verifica, as hipóteses previstas de autorização do aborto no projeto de Código Penal, não se coadunam com os direitos fundamentais da pessoa humana garantidos em nossa Constituição de 1988 e nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos.



¹³ *Constituição e cidadania*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 274.