

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-475-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO DO LIVRO DO GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

É com imensa honra e satisfação que apresentamos, nessa oportunidade, o livro contendo os trabalhos apresentados e debatidos pelo Grupo de Trabalho: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, contendo artigos instigantes, atuais e polêmicos, reunidos em vários grupos temáticos, com pesquisadores de pós-graduação de universidade públicas e privadas de todo o Brasil.

Esse Grupo de Trabalho esteve reunido para a apresentações e debates dos trabalhos aprovados, na tarde de 15 de junho de 2022, sob a coordenação da professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; do professor Doutor José Antônio de Faria Martos, da Faculdade de Direito de Franca e do professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe.

Entre os temas selecionados para a apresentação nessa tarde de evento, encontramos trabalhos relevantes que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais: ressaltando a necessidade do respeito à privacidade decisória;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão e seus possíveis limites, tais como o humor, e os desafios contemporâneos no do combate à homofobia.

Observamos também a presença de textos relevantes que colocaram em questão direitos contraceptivos, como o aborto; o empoderamento feminino; em face do fanatismo patriarcal, equidade de gênero e a violência sexual contra a mulher.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras, também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

A PROTEÇÃO À VIDA DESDE A CONCEPÇÃO E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL LIMITADORA AO ABORTO

THE PROTECTION OF LIFE SINCE THE CONCEPTION AND THE CONSTITUCIONAL PROTECTION LIMITING ABORTION

Jose Augusto Dutra Bueno ¹

Resumo

A questão do direito à vida, como direito fundamental e sua relação com aborto sempre se mostrou um ponto relevante inclusive na realidade brasileira e que apresenta diversas controvérsias. Contudo, o tema pode ser abordado com lucidez e coerência, sob bases argumentativas e pautadas em princípios bem como nas normas jurídicas vigentes, inclusive na Constituição Federal. Desta forma, por meio de estudo bibliográfico e teórico associado com uma análise reflexiva com senso crítico, utilizando do método dedutivo com premissas e argumentos lógicos buscou-se aferir o caráter protetivo à vida desde a concepção e as condições limitadoras ao aborto.

Palavras-chave: Proteção à vida, Direito constitucional, Direitos fundamentais, Aborto, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The question of life, as a fundamental right and its relation to abortion always appeared as an important point including on Brazilian reality and have many controversies. But the theme can be treated with lucidity and coherence, under argumentative bases and supported on principles as well as juridical legislation applicable, including the Federal Constitution. Therefore, with a bibliographic and theoretical research associated with critical sense and analytical and reflexive studies by means of deductive method directed by bases of rational logical-deductions it sought to verify the protective situation of life since the conception and the conditions that limit the abortion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Protection of life, Constitutional law, Fundamental rights, Abortion, Constitution

¹ Mestrando em Direito, em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Processual, Direito Ambiental e Minerário pela PUC-Minas. Bacharel em Direito - Faculdade Pitágoras – Divinópolis.

1- INTRODUÇÃO

No Brasil como no mundo a questão sobre a proteção da vida e com relação ao aborto é tema bastante importante e sempre atrai grandes debates e considerações a respeito, talvez porque lide com questões basilares de todo ser humano, de famílias e da sociedade.

Inegável é que a vida do ser humano é essencial para se não todos, a grande maioria dos outros direitos existentes e, portanto, por uma questão de lógica e coerência possui e deve ter uma posição diferenciada e de especial proteção no ordenamento jurídico.

Nos anos de 2020 e 2021 as sociedades humanas perpassaram por uma situação crítica da Pandemia da COVID-19, no qual inúmeros países tiveram que adotar medidas para conter a proliferação do vírus, de modo a manter o funcionamento do sistema de saúde e proteger a vida.

Ainda neste ano de 2022 a situação pandêmica global ainda não se encerrou, apesar de em determinados países ter se visto a redução expressiva dos casos especialmente graves da doença, considerando os esforços realizados por vacinações extensas e por uma variante de menor impacto. Contudo, inegável foi que o período turbulento perpassado por grande parte do globo e dos seres humanos trouxe à tona diversas questões, mas uma delas que não pode ser desconsiderada foi a da importância da proteção à vida, sendo reconhecida tanto a fragilidade da vida humana quanto verificada a justificativa até mesmo da restrição de certas liberdades temporariamente e em caráter essencial, para preservar este direito essencial.

Vale lembrar também que outras esferas do Direito como o Direito Ambiental apresentam o importante reconhecimento da proteção de direitos com um caráter intergeracional, para condições essenciais para a vida, nos termos do art. 225 da Constituição Federal de 1988, sendo que são garantidas proteções aos direitos das atuais e futuras gerações.

Deste modo, para uma avaliação factível sobre o tema por estudo bibliográfico e teórico alinhado à uma análise reflexiva com senso crítico, e pela utilização do método dedutivo com premissas e argumentos lógicos pode se chegar a conclusões coerentes.

Assim, o raciocínio quanto a proteção à vida apresenta certa correlação com a proteção ambiental, já que uma das finalidades desta é exatamente assegurar condições dignas e suficientes de existência e, portanto, condições de viver para os seres humanos. Desta forma, seria considerável a possibilidade do reconhecimento do direito à vida para aqueles seres humanos ainda não nascidos, já que uma geração é tão importante quanto às outras e sob um senso de igualdade de valor dos seres humanos.

2- DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DESDE A CONCEPÇÃO

Para uma compreensão sistêmica e integrada quanto a proteção à vida no ordenamento jurídico brasileiro, além da consideração de ponto basilar disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, vale inicialmente considerar que o próprio Direito Civil já possui expressivo entendimento contemporâneo favorável a proteção do nascituro desde a concepção.

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves Faria e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antônio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz.

(...)

Como se pode notar, a teoria concepcionista é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro. Para essa corrente, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. (TARTUCE, 2015, p. 70/71)

Assim sendo, não há que se falar que os direitos apenas ocorrem após o nascimento, tanto pelo Código Civil quanto pela Constituição Federal de 1988, pois a proteção ao direito do não nascido já existe, como por exemplo assegurado nos alimentos gravídicos solicitados via pensão, cujo entendimento jurisprudencial já é bastante expressivo.

Cuida-se o nascituro do ente concebido, embora ainda não nascido.

O Código Civil trata o nascituro quando, posto não considera explicitamente pessoa, coloca a saldo os seus direitos desde a concepção (art. 2º do CC/2002)

(...)

Ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não a mera expectativa.

(...)

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Código Civil, o nascituro, embora não seja expressamente considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. (GAGLIANO, 2018, p. 65-67)

A partir desta base, se a proteção legal dos direitos do ainda não nascido são assegurados desde a concepção, por decorrência lógica e inferência clara, o direito à vida e sua proteção deve ter como marco este momento.

A inviolabilidade do direito à vida assegurada pela Constituição (CF, art. 5º, *caput*) não se refere, portanto a toda e qualquer forma de existência, mas tão somente à vida humana em seu sentido biológico, cuja proteção começa antes mesmo do nascimento e termina com a morte. A inviolabilidade, consiste na proteção do direito à vida contra violações por parte do Estado e de terceiros, não se confunde com a irrenunciabilidade, característica distintiva dos direitos fundamentais que os protege inclusive em face de seu próprio titular. (NOVELINO, 2013, p. 124)

Por sua vez, com relação à esfera do Direito Penal a proteção à vida desde seu início com a concepção, também está caracterizada como bem jurídico relevante, já que ficou estabelecido por meio dos artigos 124 e 128 do Código Penal a proibição como regra do aborto, sendo admissível apenas em circunstâncias de caráter excepcional.

Segundo esses sistemas, a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do autoaborto, do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Não obstante, sob certas circunstâncias, isto é, quando há um conflito entre a vida do empreendimento ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto, a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas (indicações), além das eximentes comuns da responsabilidade disciplinadas pelo Código Penal. (PRADO, 2010, p. 127)

Ademais, vale lembrar que o Pacto São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal nº 673/1992, que conforme o art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 por ter sido inserido ao sistema normativa brasileiro por quórum qualificado, tratou-se alteração com status de emenda constitucional, o que reforça a proteção ao direito à vida, que deverá ser protegido por lei, e, em geral, a partir da concepção.

A Emenda Constitucional nº 45, (...) estabeleceu, no §3º do art. 5º da Carta de 1998, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (o que é exatamente o quórum a aprovação de uma emenda constitucional). (MAZZUOLLI, 2010, p. 769)

Portanto, está caracterizado que o Brasil considera a proteção à vida como regra desde a concepção, conforme Decreto Federal nº 673/1992, com status de força constitucional, sendo este ponto uma premissa bastante relevante para as considerações sobre o aborto.

Na seara da proteção penal de bens fundamentais, situa-se a proibição – ainda que não absoluta – do aborto. Por outro lado, embora a tendência dominante de assegurar à vida intrauterina pelo menos uma proteção jurídico-fundamental objetiva, segue intenso o debate sobre os limites desta proteção, como dá conta, entre nós, a controvérsia a respeito da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia (admitida pelo STF),⁷¹⁵ assim como a discussão – igualmente travada no STF⁷¹⁶ a respeito da legislação sobre biotecnologia, designadamente naquilo que está em causa a determinação do início da vida humana e da sua necessária proteção. (SARLET et al. 2015. p. 5302/5307)

Assim sendo, apesar de não ser tema pacífico, é de se reconhecer que diversos dispositivos normativos vigentes reconhecem o valor do direito à vida e conferem este reconhecimento desde seu início com a concepção, sendo que também a Constituição Federal seja em nível de emenda pelo Pacto São José da Costa Rica ou pelo artigo 5º, colocam a proteção à vida como um direito central e de importância no ordenamento jurídico pátrio.

3- ARGUMENTAÇÃO QUANTO A CONDIÇÃO PROTETIVA À VIDA

É importante considerar que os seres humanos e as sociedades apesar de serem influenciados pelo meio em que vivem, o que pode em determinada medida condicionar seus comportamentos, e sofrendo influências do seu contexto social, histórico e cultural, por outro lado possuem também a capacidade de pensar, avaliar as circunstâncias que vivem e nortear os próximos passos e escolhas a realizar.

Desde modo que há sempre a possibilidade de determinar por escolhas o rumo dos acontecimentos dos fatos, para que se busque uma vida melhor para todos e pautado no bem comum.

O cavalheirismo foi uma expressão enormemente prática da fraternidade fundamental dos homens. Mas ter imaginação suficiente para examinar outras vidas e piedade suficiente para dar-se conta que a existência delas é uma parte da criação caritativa é o verdadeiro fundamento da comunidade humana. (WEAVER, 2016, p. 193)

Nesse sentido, vale pontuar que Ronald Dworkin em sua obra *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate* (A democracia é possível aqui? Princípios para um novo debate político), apresenta o contexto dos Estados Unidos, dividido por regiões ou formas de pensar vermelhos ou azuis, respectivamente de espectro republicano/conservador ou mais democrata/liberal e que apesar de escrito inicialmente em 2006 não deixa de ser atual. Nesse sentido, tece críticas na forma com que determinados temas, vem sendo tratados, no qual muitas vezes não há um debate com apresentação de argumentos para que então se chegue a uma conclusão razoável ou plausível, mas uma quase que guerra discursos que vem sendo marcados por uma forte polarização. (DWORKIN, 2008, p. 01-08)

Não se trata de situação muito distinta da atual realidade brasileira, e mesmo escrito há mais de 10 anos, também reflete uma situação verificável ainda hoje nos Estados Unidos.

Assim, para o bem e saúde da Democracia é importante que seja buscado um verdadeiro debate de ideias sobre pontos importantes para a sociedade, no qual seja dada atenção e importância aos argumentos trazidos por cada uma das partes e lados, que apresentam suas considerações sobre uma questão controversa.

Certamente essa disponibilidade para debater e argumentar é importantíssima para uma democracia no qual se busca o respeito à pluralidade e diversidade inerente a condição humana e para que o bem comum seja alcançado e respeitado na liberdade de cada um.

Nesse ponto, contudo, considera-se salutar partir de certas premissas, já que para a viabilidade de um debate saudável sobre algum tema, importante considerar as argumentações e raciocínios apresentados por cada um, sua coesão e coerência, que levem a uma conclusão.

Assim sendo, como premissa para o debate pode se partir de bases, valores e compreensões comuns e que unem os cidadãos de um país e não tratar um tema sob princípios que nem todos estão de acordo, como por exemplo basear um argumento em fundamentos religiosos se nem todos da população, tem esse valor como base para sua vida e convicção. (DWORKIN, 2008, p. 01-08)

E é nesse sentido, que vale citar uma menção quanto a compreensões de base comum da sociedade norte americana citadas por Dworkin e que também ocorrem no Brasil, resumidas em dois princípios, o primeiro de que toda vida humana possui valor e o segundo da responsabilidade pessoal de cada um é responsável pela concretização em sua vida de seus projetos para se realizar. Esta é uma premissa importante para tratar sobre o tema do aborto.

The first principle – which I shall call the principle of intrinsic value – hold that each human life has a special kind of objective value. It has value as potentiality; once human life has begun, it matters how it goes. It is good when that life succeeds and its potential is realized and bad when it fails and its potential is wasted.

(...)

But the deference must be his own decision; it must reflect his own deeper judgment about how to acquit his sovereign responsibility for his own life.

These two principles – that every human life is of intrinsic potential value and that everyone has a responsibility for realizing that value in his own life – together define the basis condition of human dignity, and I shall therefore refer them as principles or dimensions of dignity. (DWORKIN, 2008, p. 09-10)

Portanto, para a questão do aborto, precisa ser relevado o valor de cada ser humano como ser, seu direito de existir e também a responsabilidade pessoal de cada pessoa em suas escolhas. Pois além de confirmar o valor da vida, também confirma uma compreensão de que somos responsáveis pelas ações que cada um pratica.

Ademais, na aplicação contemporânea do Direito já é de compreensão consolidada no Brasil a força normativa dos princípios, e mesmo a proteção à vida e ao meio ambiente precisam ser considerados de forma sistêmica com os demais direitos envolvidos, buscando um encaminhamento de equilíbrio para uma adequada aplicação do Direito. Assim, vale pontuar que a proteção aos direitos fundamentais é norteada para que seja aplicado o mais amplamente.

A interpretação aberta e ampliativa é outra característica principiológica importante dos direitos fundamentais. Essa característica possui dupla dimensão: uma, no sentido de que cada direito fundamental, em si, merece aberta e flexível, sempre ampliativa;

(...)

Outra característica principiológica dos direitos fundamentais, que se constitui como de extrema relevância, é a da máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares. (ALMEIDA, 2008, p. 323)

Deste modo, a consideração da proteção do direito à vida, como regra, viabiliza e concretiza exatamente este aspecto, de modo a conferir sua abrangência ao máximo possível.

A importância deste ponto não pode ser desconsiderada, pois dados estatísticos informam números muito alarmantes sobre a quantidade de mortes geradas pelo aborto que chegam no quantitativo de milhões no mundo (CARDOSO et al), chegando inclusive a valores de mortalidade aplicáveis às guerras, como aquelas que ocorreram na 2ª Guerra Mundial.

Suas perdas são literalmente incalculáveis, e mesmo estimativas aproximadas se mostram impossíveis, pois a guerra (ao contrário da Primeira Guerra Mundial) matou tão prontamente civis quanto pessoas de uniforme, e grande parte da pior matança se deu em regiões, ou momento, em que não havia ninguém a postos para contar ou se importar.

(...)

As baixas soviéticas foram estimadas em vários momentos, mesmo oficialmente, em 7 milhões, 11 milhões, ou na faixa de 20 ou mesmo 30 milhões. De qualquer modo, que significa exatidão de estatística com ordem de grandezas tão astronômicas? (HOBSBAWN, 1991, p. 50)

Portanto, é importante levar a sério estes direitos à vida de seres humanos que ainda se encontrem no momento de gestação e que não tem voz para se defenderem sozinhos.

4 - LIBERDADE E DIREITO DE EXISTIR

O Brasil como Estado Democrático de Direito, e como uma República Federativa, nos termos da Constituição Federal de 1988, tem como bases diversos direitos fundamentais, como aqueles relacionados à liberdade.

O pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do Direito Natural (ou jusnaturalismo): a doutrina segundo a qual o homem, todos os homens indiscriminadamente tem por natureza, e portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detém o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. (BOBBIO, 2017, p. 41/42)

Não obstante, inegável é que dentre os direitos fundamentais aplicáveis ao país como direitos constitucionalmente assegurados estão os direitos e garantias individuais, que asseguram, por exemplo, o direito à vida, liberdade e propriedade, que teve influência das compreensões de Estado Liberal, no qual o Estado deve se abster de intervir na esfera privada dos indivíduos, mas atuando para preservar estes direitos como o direito à vida e à liberdade.

Nesse sentido, se cabe ao Estado respeitar a liberdade individual, mas preservar em situações necessárias por exemplo, o direito à vida, à liberdade dos cidadãos, situação na qual há legitimidade para atuar para coibir e proteger seus membros, como de crimes de homicídio, que venham a afetar este direito fundamental, seja com ações preventivas com ações policiais ostensivas e de segurança pública, seja com ações punitivas, conforme previsto no Código Penal para casos de transgressão das regras sociais, e no caso prejuízo a um bem jurídico, como no caso da vida, que implica na responsabilização do agente que praticou o ato, como por exemplo descrito nos artigos 121 do Código Penal.

Embora imponha as leis, o Estado tem de administrá-las igualmente contra si mesmo e contra o cidadão privado. O cidadão tem direitos que o Estado tem o dever de defender e deveres que o Estado tem o direito de impor. Como esses direitos são definidos e limitados pelas leis, os cidadãos tem uma clara concepção de onde suas liberdades terminam. (SCRUTON, 2021, p. 56)

Assim sendo, importante ressaltar que as liberdades individuais precisam ser asseguradas e respeitadas para que cada ser humano na sociedade possa construir sua vida, desde que não prejudique a vida e liberdade dos demais, e faz parte de uma vida em sociedade e democrática a observância de limites para o benefício comum.

Para que uma sociedade seja conduzida adequadamente a este fim, é preciso que todas as forças individuais sejam organizadas pelo poder. Não um poder que esmague as individualidades, mas um poder que respeite os homens como livres, que não interfira nas decisões de cada indivíduo, desde que evidentemente não agridam o bem comum. (AMARO LACERDA. 2006, p. 124).

Portanto, é ponto comum em uma Democracia que preza pela proteção à Liberdade fato que não afasta também à proteção à Igualdade, como fica bastante evidenciado na mesma previsão do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, além de princípio de uma República a busca do respeito ao bem comum, sendo necessário os direitos serem vistos integralmente.

Mostramos que, para Dworkin, o Direito deve ser visto como integridade, levando com que os legisladores produzam as normas como se as mesmas fosse fruto de um único autor: a comunidade personificada; e os juízes devem ler essas normas a partir da crença de que foi esse único autor que redigiu essas normas, buscando integridade das mesmas em face da história institucional desta comunidade. (OMMATI. 2019, p. 198)

Nesse sentido, mostra-se como inafastável abordar o direito de grande importância tanto que sempre buscou ser regulado pelas normatizações e pelo Direito, que é o direito à vida, até mesmo por verificação em nível racional, em análise da realidade da existência em que este é essencial para a concretização de quase todo o resto dos direitos, e que não se limita apenas à vida física, mas a toda uma dignidade humana e sua possibilidade de buscar se autorrealizar.

A luta pelo direito subjetivo é um direito do titular para consigo mesmo. A defesa da própria existência é a lei suprema de toda vida: manifesta-se em todas as criaturas por meio do instinto de autoconservação. No homem, porém, trata-se não apenas da vida física, mas da existência moral; e uma das condições desta é a defesa do direito. (IHERING, 2006, p. 41)

Desse modo, vale ressaltar que pela importância que certos direitos apresentam no ordenamento jurídico pátrio, estes direitos e garantias fundamentais foram inclusive constituídos como status de cláusulas pétreas, o que inclui o direito à vida, consoante o art. 5º, *caput* e art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988, que não podem ser abolidos e prejudicados.

Direitos são estes que em nosso ordenamento jurídico receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula da rigidez extrema do §4º, do art. 60, que retira do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias. (BONAVIDES, 2014, p. 670)

Assim sendo, sob uma ótica constitucional, a devida proteção aos direitos e garantias fundamentais que precisam ter sua efetividade protegida e maximizada é medida necessária.

Princípio da máxima efetividade

Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. (LENZA, 2015, p. 182)

Compreensão diversa abre apenas margem para a instauração de uma sociedade não democrática, e não pautada no Direito, na Justiça, na Liberdade e na Igualdade, mas em situações nas quais alguns são “mais iguais que os demais”.

Nada havia, agora, se não um único mandamento dizendo: Todos os animais são iguais. Mas alguns animais são mais iguais que os outros. Depois disso, não foi de estranhar que, no dia seguinte, os porcos que supervisionavam o trabalho com a granja andassem com chicotes nas patas. (ORWELL, 2003, p. 112)

Portanto, se uma Democracia como no caso do Brasil, que mesmo tendo muito a aprimorar nesse sentido, tem esta base e objetivo construído, conforme exemplificado na Constituição Federal de 1988, mas que decorre também de toda uma construção histórica, inafastável deve ser na aplicação do direito a busca da proteção e em reconhecimento de todos em igual respeito e consideração.

Logo podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça. (DWORKIN, 2010, p. 281)

Portanto, assim como vidas negras importam (*black lives matter*), como muito se viu em manifestações nos Estados Unidos no ano de 2020, o que é um reconhecimento e imperativo de ética e moralidade dado o igual valor de cada ser humano, que independente de questões étnicas/raciais, da mesma forma implica por questão de coerência em reconhecer o valor de cada vida humana, seja jovem ou velho, já nascido ou ainda não nascido.

Já que não há direito de um indivíduo sem o correspondente dever de outro, e já que todo dever pressupõe uma norma imperativa, o debate sobre as quatro formas em que se explicita o direito à vida remete ao debate sobre o fundamento de validade e, eventualmente, sobre os limites do dever de não matar, de não abortar (ou de não provocar o aborto).

(...)

De um lado, prima a proteção do direito de liberdade nas suas diversas manifestações, de outro, tem primazia a proteção do direito à vida, desde o momento em que a vida tem início, contra o aborto, até o momento em que a vida chega ao fim, contra a eutanásia. (BOBBIO, 2004, p. 171-172 e 204).

Deste modo, seguindo uma lógica de valorização igual de todos seres humanos, assim como tem valor os genitores do feto, da mesma forma tem o bebê. Assim, vidas ainda não nascidas também importam e merecem proteção o mais ampla possível como direito fundamental, e precisa ser preservado como uma cláusula pétrea constitucional, consoante art. 5º, *caput*, e art. 60, §4º, ambos da Constituição Federal de 1988.

5 DIREITO DE IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO

Um dos argumentos por vezes trazidos quanto ao aborto é de que esta é uma prática utilizada em certos países desenvolvidos, contudo, por si só isso não encontra fundamento, pois não é porque outras nações o fazem que significa necessariamente ser a melhor opção. O Brasil é um país que historicamente não se envolveu com protagonismo em guerras de grandes proporções e não tem uma cultura bélica, diversamente de muitos países ditos desenvolvidos, e nem por isso ser pacífico deixa de ser um aspecto elevado de respeito aos seres humanos.

Além disso, vale lembrar que os próprios Estados Unidos, como referência importante para a sociedade ocidental e para as democracias vem repesando esta questão do aborto (GAZETA DO POVO. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/editoriais/suprema-corte-eua-decisao-aborto-roe-v-wade/>> Acesso em 03/05/2022), como é salutar de se questionar sobre os rumos da sociedade, que pode amadurecer e evoluir, se constatados motivos racionais e coerentes para assegurar um direito tão importante que é a vida.

A integridade pode, no entanto, ser dividida em dois princípios: um princípio de integridade na legislação (*legislative principle*), que pede aos que criam o Direito por legislação o mantenham coerente quanto aos princípios, e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (*adjudicative principle*), que pede aos responsáveis por decidir o que é o Direito, que o vejam e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido (OMMATI, 2022, p. 124)

Portanto, não há porque deixar de proteger algo tão importante como a vida e que é base para todos os outros direitos e construções nas histórias dos seres humanos. Caso contrário o que aconteceria seria imposição ou opressão de certos direitos em relação aos demais, o que não seria aceitável, haja vista que o ordenamento jurídico, tem como fundamento a garantia da paz social, da preservação de um equilíbrio nas relações sociais, que garantam o bem comum e não apenas de minorias ou da maioria com ideais utilitaristas, excluindo parcelas da sociedade.

Por sua vez, outro argumento utilizado é sobre o direito da mulher de ter domínio sobre seu corpo, que é válido, assim como ao homem deve ser também respeitado este direito. Contudo, uma parte da argumentação trazida sobre o aborto vem na linha de que seria um direito apenas da mulher, até mesmo porque ela que iria gestar a nova vida (criança) em seu ventre.

Entretanto, apesar de verdadeiro em nível de fatos a argumentação trazida esta deixa de considerar uma parte. Primeiro porque para a concepção da vida há o papel e contribuição não só da mulher, mas de um homem e de uma mulher (considerando uma definição genética e de biologia), e daí ocorreu a formação do zigoto com o início da vida de um novo ser humano.

Assim sendo, a questão do aborto deve sim considerar o direito da mulher e mãe do bebê ainda que em seu início tenro no ventre da mãe, mas também se refere ao pai/ser masculino que também foi responsável pela geração da criança. Em outras palavras ambos são os genitores da vida em questão, portanto, para argumentação devem ser considerados ambos os lados, na medida da desigualdade certamente, pois o ser masculino não gesta o feto seu ventre, mas nem por isso perde seu status e condição de pai e genitor.

Nesse sentido, frisa-se que deve sim ser reconhecido e valorizado o papel da mulher e genitora quanto a situação do feto/bebê, isto é, da nova vida que surgiu, mas a situação precisa ser vista como um todo, o que inclui também o papel do masculino e também do bebê/feto.

Ademais, outro um ponto de importante argumentação é sobre o direito reprodutivo, que deve ser respeitado e assegurado às pessoas certamente. Entretanto há inúmeros métodos contraceptivos atualmente para evitar uma gravidez não desejada, o que se alinha totalmente a este direito e liberdade. Entretanto, a partir do momento que no exercício da liberdade individual duas pessoas decidem ter uma relação sexual sem utilizar métodos contraceptivos, estes assumem o risco de que podem gerar uma nova vida humana, uma nova pessoa. A liberdade individual deve ir até onde não prejudica a do outro.

Segundo Bobbio, dos três direitos citados, o primeiro, aquele do concebido, é fundamental, sobre o qual não se pode transigir; os demais direitos – aquele da mulher e aquele da Sociedade – são direitos derivados. De fato, para nosso Autor esse é o ponto central do problema do aborto procurado: o direito da mulher e aquele da sociedade, que normalmente vêm utilizados para justificar o aborto procurado, podem ser satisfeitos sem recorrer ao aborto, ou seja, evitando a concepção. (DIAS. O aborto na perspectiva de Norberto Bobbio (1909-2004). Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/48711>>. Acesso em 07/05/2022)

Nessa situação, assumido o risco de ter uma relação sexual sem a utilização de método contraceptivo há a responsabilidade pessoal pela atitude praticada e aí não se trata mais apenas das pessoas que tiveram a relação sexual, mas de um novo ser humano que surgiu deste ato.

Neste ponto, o Estado não pode se omitir e desconsiderar o direito do bebê que dessa situação tem sua vida iniciada. Cada um tem seu valor e a vida de cada cidadão merece respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto como princípio fundamental da Constituição Federal, e este direito não pode ser negado pelo Estado. Quando adulto a defesa da vida é assegurada diante de quem quer que seja, seja frente a uma pessoa conhecida e quanto a pessoas da própria família e até mesmo de pais/mães, sendo que o mesmo deve ocorrer com o feto.

Assim, se nosso ordenamento jurídico pátrio considera que a vida deve ser assegurada como regra e o aborto permitido em apenas casos extremos como estupro, o que se mostra como uma situação excepcional e justificável humanamente pela extrema situação. Do mesmo modo não se pode concluir uma permissão ampla e irrestrita do aborto para quaisquer situações.

Não é legítimo que outra pessoa, qualquer que seja, decida no lugar do próprio titular (cidadão/ser humano) se este deve viver e morrer. Este é um direito do titular e ainda mais em uma situação no qual este não pode se defender ainda pela fragilidade da gestação de nova vida, e cabe ao Estado assegurar o exercício deste direito. Neste ponto, discorda-se de Dworkin que minimiza a supressão do direito de existir como se não fosse relevante.

É claro que, no caso do aborto, existe algo – o feto – por quem se pode pensar que o aborto seria mau. Mas a existência do feto não afeta o argumento lógico. Se o fato de que eu não existiria se meu pai tivesse viajado dois dias antes não quer dizer que exista um ser para quem essa viagem teria sido ruim – o que é óbvio-, então se pode dizer a mesma coisa de que eu não existiria se tivesse sido abortado. (DWORKIN, 2006, p. 149)

Quem sabe o que um feto a nascer poderá construir em sua vida. Com que legitimidade o Estado pode permitir que um particular decida sobre o direito de outrem de viver ou não? Ademais, há uma diferença substancial entre uma vida já concebida, como trazido pelo Pacto São José da Costa Rica e a não ocorrência de uma relação entre duas pessoas.

Certamente não se desconsidera a dificuldade social da questão, mas há formas de evitar gravidez indesejada com a utilização de métodos contraceptivos nas relações sexuais o que pode ser melhorado com conscientização e ações educativas, como linhas de ação preventivas. E após a concepção da criança caso a mãe e o pai não assumam o bebê também há alternativas. Este pode ser recebido por instituições (orfanatos), públicas/privadas ou pode ser adotada por outras pessoas que se disponham a cuidar do bebê, que então terá o direito de existir, a possibilidade de construir sua vida e felicidade, assim como é legítimo a qualquer cidadão.

Portanto, se há alternativas menos gravosas para a resolução de um problema, matar não pode ser a opção. Retirar a vida no seu início mais tenro não pode ser algo irrelevante. Ademais, vale ressaltar inclusive que há pessoas que abortaram e que depois se arrependem desta escolha. Só que aí não há mais possibilidade de recuperar a vida daquele bebê.

Certamente não se trata de uma questão simples. Mas partindo de uma premissa comum de que toda vida humana é importante, e que o direito de liberdade de cada um deve ser respeitado, o direito do ser humano no início da gestação é relevante, sendo que se há alternativas diversas para evitar a situação da gravidez indesejada e que ainda que esta ocorra é possível que sejam ofertadas ações para viabilizar o direito deste ser humano de viver e construir sua vida, a morte não poder ser a primeira opção. Defende-se que deve se optar pela vida, como regra, pois todo ser humano tem valor inclusive aqueles não nascidos.

Além disso, a posição nesse sentido, tem também um papel educativo e preventivo, pois a consciência de que a geração de uma nova vida trará consequências, levará de forma geral a se pensar antes de fazer, e se utilizar de métodos contraceptivos ao invés de assumir o risco de engravidar, e isso reconhecendo a responsabilidade de ambos, do homem e da mulher.

Portanto, por questão de coerência, quanto a proteção ao direito à vida, desde a concepção, a liberdade da genitora não pode ser mais importante que o direito à vida e dignidade do ser humano ainda não nascido. Nesse caso, a liberdade de exercício de escolhas quanto a vida sexual e sobre o próprio corpo da mulher são importantes e devem ser assegurados, mas até onde não prejudiquem os direitos da pessoa ainda não nascida que tem direito de viver e existir, pois todo ser humano tem valor e certamente as pessoas concordam com essa premissa comum, até porque todos querem o direito de ter sua vida preservada e de serem felizes.

Em nível histórico inclusive há de se considerar a importância que poucas pessoas fizeram à humanidade, como aqueles poucos que tiveram a coragem de enfrentar mares outrora.

Os grandes descobrimentos marítimos e suas consequências transformaram a vida de todos os europeus e de todos os povos que eles encontraram. Em grande parte, o mundo hoje é fruto dessas viagens – as viagens que um dia um punhado de marinheiros ousou realizar, rumo ao desconhecido. (AMADO. GARCIA, 1989, p. 63)

Portanto é impossível saber que fará cada nova vida concebida, mas certamente cada oportunidade tem valor e a história registra que se poucos podem influenciar em grandes mudanças, cada vida de cada pessoa é uma beleza incomensurável que merece ser protegida.

6 - CONCLUSÃO

Com relação à proteção da vida desde a concepção e a proteção constitucional limitadora ao aborto após abordarem bases e premissas tratadas sobre o tema para a reflexão e argumentação, verifica-se que no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando a Constituição Federal de 1988, e o Pacto São José da Costa Rica recepcionado com status de emenda constitucional, por aprovação com voto qualificado de mais de 3/5 dos membros do Congresso, em dois turnos, é inegável que deve ser conferida proteção ao direito à vida, que deve ser protegida, frisa-se deste a concepção de forma geral.

Portanto, se o texto normativo em nível constitucional apresenta a situação da proteção da vida desde a concepção como geral, qualquer exceção a esta regra deve ser apenas em circunstâncias específicas e restritas, como atualmente é feito no Brasil como nos casos de estupro e anencefalia, e deste modo, nunca pode ser utilizado o aborto de forma ampla.

Ademais, é importante considerar linha argumentativa, que não se funda em argumentos religiosos, mas racionais e pautados sobre premissas e compreensões comuns da sociedade e do próprio Direito de que a vida do ser humano é importante e deve ser protegida.

Desde modo, sob o norte do princípio de máxima efetividade de um direito fundamental, e considerando que o direito à vida, a liberdade e a igualdade, constam do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, inafastável é considerar que o direito à vida de todo ser humano deve ser protegido e assegurado pelo Estado, sendo que não é legítimo que outrem quem quer que seja, decida se uma pessoa deve ou não morrer. Pois retirar uma vida nunca deveria ser uma opção para resolver uma situação, e há alternativas menos gravosas possíveis para evitar e resolver a situação.

Assim, se uma pessoa detém a vida ainda que em suas fases iniciais, terá a possibilidade de viver até 80 anos, 90 anos ou mais, muitas possibilidades de construir sua vida em sociedade e como cidadão com a dignidade inerente a qualquer ser humano e o direito de buscar a felicidade como todos e isso precisa ser garantido e preservado.

Diante do exposto, defende-se que o direito à vida deve ser mantido protegido como regra, conforme já existente na legislação pátria e na Constituição Federal de 1988, pois se todos são dignos de igual respeito e consideração, da mesma forma deve ser assegurado o direito de viver e existir do bebê, para que tenha a oportunidade de construir sua vida de forma livre e para se realizar como todo outro ser humano e cidadão merece.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- AMADO, Janaína. GARCIA, Ledonias Franco. **Navegar é preciso: grandes descobrimentos marítimos europeus**. 23. Ed. São Paulo: Atual, 1989.
- AMARO LACERDA, Bruno. **Teorias Esquecidas da Justiça**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.
- _____. **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. [Recurso eletrônico] Edição do Kindle.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. Ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CARDOSO, Bruno Baptista. Vieira, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro. Saraceni, Valeria. **Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?** SCIELO. Cad. Saúde Pública 36 (Suppl 1) • 2020. NBR 10520/2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?lang=pt>>. Acesso em: 07/05/2022.
- DIAS, José Francisco de Assis. **O aborto na perspectiva de Norberto Bobbio (1909-2004)**. Argumentos. Revista de Filosofia. Universidade Federal do Ceará. 2019 Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/48711>>. Acesso em 07/05/2022.
- DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição Norte Americana**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.
- _____. **Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate**. Princetown University Press. Third printing, 2008. [Recurso eletrônico] 160p
- _____. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- GAZETA DO POVO. **A Suprema Corte dos EUA perto de fazer história em defesa da vida**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/suprema-corte-eua-decisao-aborto-roe-v-wade/>> Acesso em 03/05/2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita; Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 749/792.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da Constituição**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. PEDRON, Flávio Quianaud. **Teorias Contemporâneas do Direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade**. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022. [Recurso eletrônico]. Edição do Kindle. 462p.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Globo, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 2 – parte especial**. 9. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. [recurso eletrônico]. Edição do Kindle.

_____. FENSTERSEIFER, Thiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SCRUTON, Roger. **Brexit: Origens e Desafios**. [Tradução Alessandra Bonruquer] 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 5. Ed. Revista Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WEAVER, Richard. M. **As ideias tem consequências**. Tradução Guilherme Ferreira Araújo. 2ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, É Realizações, 2016.