

O PRINCÍPIO *PRO PERSONA* E A DIGNIDADE HUMANA DIANTE DA EXPECTATIVA DE VIDA: CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442-DF

THE PRO PERSONA PRINCIPLE AND HUMAN DIGNITY REGARDING LIFE EXPECTANCY: THE CASE OF THE ARGUMENT OF NON-COMPLIANCE OF FUNDAMENTAL PRECEPT 442-DF

José Antonio Remedio¹
UNIMEP

Resumo

A pesquisa objetiva analisar o princípio *pro persona* à luz da dignidade humana e sua aplicação como instrumento de proteção da expectativa de vida humana gerada pela fecundação. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, discute a descriminalização do crime de aborto tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal. Legalmente, o aborto está autorizado em caráter excepcional, nos casos de risco de vida, estupro e anencefalia, nos termos do artigo 128 do Código Penal. Todavia, o problema não se limita à órbita penal, pois também se insere como questão de saúde pública e de ingerência sobre a garantia de vida ao ser humano em formação. O tema relativo à descriminalização do aborto possui pertinência e relevância, diante da gravidade do objeto protegido e da repercussão que gera nos indivíduos e na sociedade. O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa legal, bibliográfica e jurisprudencial. Conclui que, exceção feita aos casos de aborto autorizados pela legislação penal, o princípio *pro persona*, com base na dignidade da pessoa humana, constitui efetivo instrumento de proteção da expectativa de vida humana gerada pela fecundação, e de inviabilização da descriminalização do aborto.

Palavras-chave

Aborto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF. Descriminalização do Aborto. Dignidade Humana. Princípio *Pro Persona*.

Abstract

The research aims to analyze the pro persona principle in light of human dignity and its application as an instrument of protection of the human life expectancy generated by fertilization. The Argument of Non-compliance of Fundamental Precept 442-DF, filed by the Socialism and Freedom Party, discuss the need to decriminalize the practice of abortion typified by articles 124 and 126 of the Penal Code. Legally, abortion is authorized on an exceptional basis, such as life-threatening, rape and anencephaly cases, under

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIMEP

article 128 of the Penal Code. However, the problem is not limited to the criminal sphere, as it is also a matter of public health and regards the guarantee to life of the human being in formation. The theme has pertinence and relevance, given the gravity of the subject and repercussion it generates in society and in individuals. The method used is the deductive, based on legal, bibliographical and jurisprudential research. It is concluded that with exception to the cases where abortion is authorized by the penal legislation, the pro persona principle, based on the dignity of the human person, constitutes an effective instrument for the protection of the human life expectancy generated by fertilization, and also to prevent the decriminalization of abortion.

Keywords

Abortion. Argument of Non-compliance of Fundamental Precept 442-DF. Abortion decriminalization. Human dignity. Pro Persona Principle.

INTRODUÇÃO

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF (ADPF 442-DF) perante o Supremo Tribunal Federal, ação ainda não julgada, questionando a constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário tipificado pelos artigos 124 (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento) e 126 (provocação de aborto com o consentimento da gestante), ambos do Código Penal.

Tanto do ponto de vista médico-legal como para o Direito Penal, o aborto “é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção” (MARQUES, 1999, p. 210-211).

O crime de aborto, não definido claramente no Código Penal, insere-se entre as infrações penais mais controvertidas na atualidade.

A respeito da controvérsia existente sobre a temática, conforme referência de Rogério Greco (2017, p. 185-186): para os defensores do aborto, um dos principais argumentos consiste no fato de que, apesar de proibido pela lei penal, sua realização é frequente, muitas vezes em clínicas clandestinas que põem em risco a vida da própria gestante; para aqueles contrários ao aborto, sustenta-se que deve haver a preservação da vida, principalmente do ser que está ainda em formação, uma vez que, quando a gestante engravida, uma nova vida tem início em seu útero.

O direito ao aborto, em casos de efetivo risco à vida da mãe, estupro e má formação comprovada (anencefalia), é garantido pela legislação nacional, não cabendo discussão de cunho moral sobre o papel do Estado em tutelar a prática da interrupção da gravidez. O debate deve estar centrado nos aspectos práticos e no impacto que a descriminalização traria ao ordenamento jurídico.

Nos termos do art. 128 do Código Penal, não se pune o aborto praticado por médico, caso não haja outro meio de salvar a vida da gestante (inciso I), ou se a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (inciso II).

Enquanto as hipóteses previstas no inciso I do art. 128 do Código Penal são conhecidas como casos de aborto necessário, terapêutico ou profilático, correspondendo a verdadeira causa de justificação correspondente ao estado de necessidade, os casos contemplados no inciso II do mesmo artigo da legislação penal são chamados de aborto sentimental ou humanitário, sendo discutível na doutrina se a hipótese em questão não pode ser considerada como antijurídica (GRECO, 2017, p. 200-201).

A pesquisa objetiva analisar a dignidade humana diante da geração de expectativa de vida após a fecundação. Para tanto, permeado pelo princípio *pro persona*, que garante protagonismo ao ser humano, debate aspectos relevantes para a garantia da vida, ou seja, se um ente, mesmo desprovido de personalidade jurídica, deve ser protegido pelo fato de estar no útero materno e por vislumbrar a efetiva viabilidade de vida pós-nascimento.

O tema é atual e relevante, em face da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF.

O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Estruturalmente, a pesquisa inicia-se com a abordagem dos direitos fundamentais, em seguida trata do princípio *pro persona* como sustentação da dignidade do ente com expectativa de vida e, por fim, realiza uma análise crítica da decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF

Tem-se, como hipótese, que, exceto em relação aos casos de aborto permitidos pela legislação penal, deve prevalecer o princípio *pro persona*, com base na dignidade da pessoa humana, que constitui efetivo instrumento de proteção da expectativa de vida humana gerada pela fecundação e de inviabilização da descriminalização do aborto.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Busca-se na atualidade a contextualização da evolução do conceito dos direitos fundamentais com a estruturação de suas dimensões e a pertinência do tema frente ao atual debate sobre violações humanitárias.

Tradicionalmente, compreende-se por direitos fundamentais o conjunto de direitos e garantias positivados no ordenamento jurídico interno, que visam assegurar o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano apto a configurar uma existência plena.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 331) apresentam a distinção doutrinária clássica entre direitos fundamentais e direitos humanos, nos seguintes termos:

Em que pese os dois termos (direitos humanos e direitos fundamentais) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu Título II os direitos e as garantias fundamentais como balizadores de todo

ordenamento jurídico, constituindo, inclusive, núcleo duro do texto constitucional. O *caput* do art. 5º da Lei Maior, enquanto cláusula pétrea constitucional, é determinante ao fixar a vida como direito intrínseco ao ser humano, não estabelecendo qualquer condicionante para tanto. Tal importância se deve ao caráter de proteção humanitária que os direitos fundamentais carregam em sua estrutura axiológica.

No contexto da evolução dos direitos fundamentais, destaca-se a didática classificação em gerações ou dimensões de direitos, expressões tidas na presente pesquisa como sinônimas, pesquisa essa que se inicia em meados do século XVIII com a consagração das liberdades individuais públicas e privadas no rol de garantias fundamentais.

Dentro da chamada primeira geração de direitos fundamentais encontram-se o direito à vida, à liberdade, o direito à propriedade, liberdade de crença, entre outros. A definição dada por Camilo Stangherlim Ferraresi (2012, p. 328) para primeira geração de direitos fundamentais é exemplificativa no contexto proposto:

Os direitos fundamentais de primeira geração, são direitos individuais de proteção do indivíduo em relação a atividade estatal. Tem um cunho especial de defesa do indivíduo e uma característica singular de abstenção do Estado, de detrimento do poder estatal para proteção individual.

Por segunda geração de direitos fundamentais, compreendem-se aqueles direitos sociais conquistados após a Primeira Guerra Mundial e que, na definição de Camilo Stangherlim Ferraresi (2012, p. 330), pretendem:

impor ao Estado um dever de agir para garantir condições mínimas de sobrevivência e, ainda, garantir o mínimo de condições materiais e jurídicas ao ser humano, além de possibilitar uma vida digna e lhe conferir nada mais do que seu direito natural mínimo, possibilita ao indivíduo o exercício dos direitos fundamentais de primeira geração, ou, direitos individuais, porque a liberdade está diretamente ligada a capacidade e possibilidade de se fazer escolhas não induzidas, ou melhor, está diretamente ligada com a necessidade de se criar condições e possibilidades reais para que o ser humano decida livremente o caminho que pretende seguir.

Por fim, ainda no âmbito da definição clássica, encontram-se os direitos fundamentais de terceira geração, conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade por sua característica transindividual. Abarcam os direitos coletivos e difusos, como o direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

André de Carvalho Ramos (2014, p. 52) define a terceira geração dos direitos fundamentais como aqueles “oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana”.

As gerações de direitos, em seu sentido tradicional, conforme entendimento doutrinário, possuem as seguintes características básicas (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 157-160):

a) primeira geração: são correspondentes aos direitos de liberdade; possuem como titular o indivíduo; são os direitos civis e políticos; são oponíveis ao Estado;

b) segunda geração: correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos; possuem assento no princípio da igualdade; correspondem a obrigações positivas do Estado;

c) terceira geração: tem como objeto a preservação do gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável e à comunicação.

Afastando-se da definição clássica das gerações de direitos fundamentais, há autores que afirmam a existência da quarta e da quinta gerações de direitos.

Pela quarta geração de direitos fundamentais compreende-se o direito ligado à engenharia genética. Tal geração foi consagrada com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada em 1997 pela UNESCO, e que no artigo 2º prega a não discriminação por características genéticas.

Paulo Bonavides (2008, p. 85) defende que a quinta geração dos direitos fundamentais é contemplada pelo direito à paz, que “a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está

subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior”.

2 O PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO SUSTENTAÇÃO DA DIGNIDADE DO ENTE COM EXPECTATIVA DE VIDA

O sistema normativo brasileiro é integrado por normas, que têm como espécies os princípios e as regras, contexto em que se insere o princípio *pro persona*.

Humberto Ávila (2018, p. 102) define princípios jurídicos como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Além da definição crua de princípios jurídicos, é preciso destacar sua aplicabilidade no contexto da defesa dos Direitos Humanos. Para tanto, pertinente a colocação de Piovesan (2018, p. 251), no sentido de que “o processo de universalização dos direitos humanos traz em si a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle - a chamada *international accountability*”.

A dificuldade em delimitar o tema relativo ao ente com expectativa de vida é grande, e foi abordada por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 385) da seguinte forma:

Caso difícil em termos de atribuição de titularidade dos direitos fundamentais é aquele da condição de embrião humano e do nascituro. Desde logo, designadamente quanto aos embriões, impõe-se uma distinção: (a) a dos embriões implantados no útero materno; (b) a dos que se encontram no ambiente laboratorial aguardando o seu destino. Em ambos os casos a questão está centrada no direito à vida e mesmo na atribuição de dignidade humana a esta vida,

assim como no reconhecimento de direitos fundamentais correspondentes.

Por sua vez, a definição do princípio *pro persona* sempre trará como protagonista o ser humano, o ator principal da ação modificativa social. Neste contexto, relevante o conceito apresentado por Alma Rosa Bahena Villalobos (2015, p. 7):

El principio pro persona es un criterio hermenéutico característico de los derechos humanos que consiste en aplicar el precepto jurídico o la interpretación más favorable cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos, e inversamente, en la aplicación del precepto o interpretación más restrictiva cuando se intente afectar el acceso o goce de un derecho fundamental, en aras de estar siempre a favor de la persona.

Assim, na hipótese de conflito de várias normas relativas a Direitos Humanos, sempre deve-se observar a mais favorável ao indivíduo. Em relação às pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, caso em que se enquadram, por exemplo, as mulheres suscetíveis à prática do aborto, o atendimento deve ser prioritário, visando a manutenção da vida e da integridade física e mental não apenas da gestante, mas também do feto em condição de viabilidade natalícia.

Em relação ao conflito de normas supramencionado, interessante contrabalancear com os ensinamentos de Humberto Ávila (2018, p. 155), estipulando o poder instrutor dos princípios jurídicos e, no caso, do princípio *pro persona*. Dessa forma:

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos.

Em contraponto aos conceitos mais modestos do princípio *pro persona* (também conhecido como princípio *pro homine* ou PPH segundo pesquisas elaboradas por universidades latino americanas), destaca-se o estudo realizado por Zlata Drnas de Clément (2015, p. 105), que expõe a complexidade do tema nas mesas de debate contemporâneas, nos seguintes termos:

El PPH es un principio complejo por diversas causas. Una de ellas es que una sola fuente normativa o judicial no puede cubrirlo, ya que su percepción, por naturaleza, es conceptualmente integral. Por ello, los múltiples pronunciamientos en casos concretos tienen variadas facetas y intensidades. Otra causa es que necesariamente la aplicación del PPH debe conllevar ponderaciones integrales con relación a la mayor eficacia de otros derechos o su debilitación o vulneración, punto central de legitimación de la aplicación del principio. Todo ello en el contexto de la víctima en el caso concreto, de los demás individuos y del conjunto social.

Ainda, o princípio *pro persona* se estabelece como vetor para a interpretação normativa mais favorável ao ente humano, não importando se este ser goza em plenitude dos direitos de personalidade, ou se tal vínculo é estabelecido por expectativa de vida, como nos casos de vida intrauterina. Tal posicionamento foi explicitado por Humberto Nogueira Alcalá e Gonzalo Aguilar Cavallo (2016, p. 33), em referência à decisão proferida pela Corte Constitucional Chilena:

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido este postulado o principio de interpretación constitucional en diversos fallos, en su vertiente interpretativa, siendo uno de los primeros, la sentencia Rol N° 740-07, de 2008, donde se destaca la vertiente interpretativa del principio favor persona, independientemente de si este ha sido aplicado adecuadamente, señalando al efecto:

“Que de todo lo expuesto solo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones

encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud”.

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 e, entre outras aplicações, objetiva preservar a vida em sua plenitude, inclusive a vida intrauterina.

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 consagra no art. 3º a necessidade de garantir aos seres humanos o direito à existência de forma digna e segura.

Na definição apresentada por André de Carvalho Ramos (2014, p. 69), a dignidade da pessoa humana corresponde à “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2016), tem-se por dignidade da pessoa humana:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

E, segundo Alexandre de Moraes (2010, p. 22), a dignidade:

é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se

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

No contexto apresentado, o princípio *pro persona* atua como balizador da dignidade da pessoa humana, ampliando o conceito de pessoa aos seres em formação intrauterina com perspectiva de viabilidade de vida.

No caso da presente pesquisa, a discussão em torno da constitucionalidade ou não da prática do aborto, com o debate estabelecido por meio da ADPF 442-DF, que será analisada em seguida, não deve ser restrita ao âmbito jurídico, mas sim, ser fruto de um entrelaçamento multidisciplinar que gera impacto em toda a sociedade.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 442-DF

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF, ajuizada em 15 de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), questiona a legitimidade da criminalização do aborto voluntário, tipificado pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, aduzindo, entre outras questões, que a criminalização do aborto resulta em grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação de gênero.

Ao contrário da petição inicial apresentada pelo PSOL, deve-se salientar que a solução relativa à questão do aborto não deve ser apenas jurídica. O aborto é questão (*hard case*) multidisciplinar, que engloba fatores sociais, psicológicos, culturais, religiosos, jurídicos, entre outros. Analisar o problema apenas pelo prisma jurídico é um erro que dificulta a percepção de possíveis soluções.

A ADPF 442-DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e

Liberdade, é categórica ao determinar a linha de análise a ser seguida, ou seja, a solução da questão do aborto deve ser jurídica, e as evidências científicas relevantes à pacificação constitucional da controvérsia devem ser aquelas que apontam para os sentidos de justiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2017).

O tratamento adotado pela ADPF 442-DF, em segmentar a criminalização do aborto em certos ramos sociais e étnicos é um erro qualificativo. Tratando-se de saúde pública, o aborto é caro a toda a sociedade. Mulheres de todas as classes sociais e etnias estão sujeitas a este fato, voluntário ou não. No caso, a fragilização não é social, mas de gênero. A mulher, no atual contexto de estruturação social brasileira, é parte vulnerável e vítima contumaz da violência de gênero. Diante dessa realidade, o questionamento feito pela ADPF apenas aumenta o hiato social sabidamente existente na sociedade brasileira.

Dados compilados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo – SSP/SP, em outubro de 2018, não deixam dúvidas sobre a vulnerabilidade de gênero instalada no referido Estado-membro e, por extensão, ao próprio País:

	Capital	Demacro	Interior	Total
Homicídio doloso	2	0	7	9
Homicídio culposo	1	0	0	1
Tentativa de homicídio	1	5	22	28
Lesão corporal dolosa	766	821	2863	4450
Maus tratos	3	7	12	22
Calúnia, difamação e injúria	213	207	614	1034
Constrangimento ilegal	3	0	21	24
Ameaça	903	913	3475	5291
Invasão de domicílio	2	4	33	39
Dano	7	13	61	81
Estupro consumado	33	14	37	84
Estupro tentado	0	0	4	4
Estupro de vulnerável	1	5	37	43
Outros combinados com dignidade sexual	5	7	9	21

Fonte: BEE - Boletim Estatístico Eletrônico (SÃO PAULO, 2018)

Os números demonstram que há uma média quantitativa alta de atentados contra as mulheres, consolidando tal grupo como vítima recorrente de violência, especialmente doméstica.

Alheio ao discurso político, o ponto nevrálgico da discussão inserida é definir, claramente, quando se dá o surgimento da vida. Analisando esse delicado tema, abre-se perspectiva para discutir se há ou não violação à vida na prática do aborto.

Christian de Paul de Barchifontaine (2010, p. 44) debruça-se sobre o tema e apresenta cinco definições díspares de início da vida humana, demonstrando a dificuldade em se delimitar a questão: a visão genérica, que estabelece o início da vida com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide; a visão embrionária, onde a vida se inicia na terceira semana de gestação, devido à individualização humana; a visão neurológica, com a vida iniciando-se com a atividade cerebral do feto; a visão ecológica, com o marco vital estabelecido pela capacidade de sobrevivência extrauterina; e a visão metabólica, onde a vida não apresenta um marco inicial, mas trata-se de um processo contínuo.

O texto da petição inicial da ADPF 442-DF dá a definição de aborto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), consistente na interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, ou seja, antes de o feto se tornar viável para a vida extrauterina (BRASIL, 2017).

Para Aníbal Bruno (1976, p. 160), conforme se admite geralmente, “provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto”.

Porém, como definir quando o feto estará apto à vida extrauterina? Toda gravidez, voluntária ou não, presume-se apta a gerar vida humana. Dessa forma, o simples fato de ocorrer a fecundação torna o feto objeto de expectativa de vida, ou seja, viável à existência fora da guarda do útero materno. Tal interpretação coaduna com o entendimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada no Brasil pelo Decreto 678/1992), no sentido de que a proteção à vida se deve, em geral, desde a concepção.

No Brasil o tema ainda é vago, sendo que o STF, por meio da ADPF 54 (BRASIL, 2013), decretou a constitucionalidade do aborto

em casos de anencefalia, afastando o conceito de dignidade de seres intrauterinos, porém, ainda, sem determinar quando se inicia a vida. É fato que o Código Civil brasileiro determina que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil de 2002, art. 2º). Porém, a discussão que se apresenta é mais ampla. Não se coloca sobre a mesa o debate sobre personalidade, julga-se, no caso, o próprio conceito de vida, o que, compreende-se, vai além do positivismo jurídico. O próprio legislador deixou em aberto os limites do direito de personalidade ao elaborar o atual Código Civil, determinado o resguardo de certos direitos aos nascituros. Compreende-se que o direito à existência estaria abarcado pelo texto legal.

Sustenta-se, na petição inicial da ADPF 442-DF, que a criminalização do aborto resulta em grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação de gênero.

Todavia, do ponto de vista de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 386), os direitos fundamentais se manifestam anteriormente, reforçando a tese de proteção do ente em expectativa de vida, contrariando a ADPF 442-DF:

No caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação de suas vidas, e onde já se pode, inclusive, reconhecer como imanescentes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial, embora tais aspectos sigam sendo discutidos em várias esferas.

Entre os direitos supostamente violados, a ADPF 442-DF lista o direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, além do direito ao planejamento familiar, direito à liberdade e direitos sexuais e reprodutivos.

Qual o capital social que a descriminalização do aborto traria para a sociedade brasileira? O problema da gravidez indesejada deve ser tratado com políticas públicas que garantam informação e acesso a meios contraceptivos aos casais. O aborto como forma de resguardar as mulheres em certas situações possui garantia normativa, não devendo tal

instrumento ser tratado simplesmente como método de controle natalício.

A dignidade da pessoa humana, perfeito fundamental, garantido pela Constituição Federal (art. 1º, III), é ao mesmo tempo pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro e conceito extremamente subjetivo que a tudo acolhe. Neste contexto, Kant, citado por João Costa Neto (2014, p. 30), pondera que ao ser humano dotado de razão só há um direito em essência, a liberdade. Desta forma, o ser racional, em sua prática libertária teria a dignidade preservada desde que não ferisse os direitos de terceiros. Assim, a dignidade não se esgota em si, mas carrega o caráter transcendental do tema.

O Código Penal, por meio dos artigos 124 e 126, tutela o ente mais vulnerável de uma relação, que apresenta apenas um ato unilateral de vontade. O aborto, em sua essência decisória, é ato unilateral. O sistema jurídico brasileiro sempre prezou pelo resguardo dos mais vulneráveis, algo que pode ser visto, por exemplo, no âmbito da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente) e Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Nos termos do art. 124 do Código Penal, constitui crime provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque, crime esse punível com detenção de um a três anos. E, conforme art. 126 do mesmo Código, constitui crime provocar aborto com o consentimento da gestante, delito esse punível com reclusão de um a quatro anos, aplicando-se a mesma pena se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O aborto talvez seja uma das infrações penais mais controvertidas na atualidade (GRECO, 2017, p. 185).

Diante da natureza conflitiva do tema relacionado ao aborto, o debate deve ser feito dentro das esferas democráticas, com a participação efetiva da população. Nesse panorama, o Supremo Tribunal Federal não é o palco ideal para a análise do fato em si. Cabe ao Congresso Nacional legislar sobre o tema, por provocação da União. A inércia da atuação legislativa não autoriza a usurpação da posição constitucional do Poder Legislativo. Para o enriquecimento do debate seria de plena importância a consulta pública e a ampla divulgação dos aspectos favoráveis e contrários à descriminalização do aborto.

Importante destacar que a ausência de adequação, por se tratar de instrumentos normativos diferentes, onde se propõe analisar dispositivos de uma norma infraconstitucional (no caso o Decreto-Lei 2.848/1940, que institui o Código Penal Brasileiro) frente a princípios constitucionais consagrados, e a ausência de necessidade, visto que legislar sobre Direito Penal é atividade privativa da União (Constituição Federal, art. 22, I), e que a esta caberia a iniciativa de confrontar diretamente o tema, não há possibilidade de juízo de proporcionalidade no presente caso, pelo fato de que o bem em disputa, no caso a vida do feto, não pode ser tutelado diante da expectativa de vida que a fecundação estabelece.

O aborto é ato unilateral de vontade da mãe, que, resguardado os casos previstos em Lei, não pode ser incentivado pelo Estado Juiz por caracterizar violação à vida humana, mesmo que em âmbito da expectativa de direito à vida. O ser humano só pode ser concebido por meio de uma fecundação, desta forma, falar em ausência de garantia de vida extrauterina como justificativa ao aborto é contrariar a própria natureza humana e as condições fisiológicas da mulher.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ingressou em 2017 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442-DF (ADPF 442-DF) perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando a descriminalização da prática do crime de aborto tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal, argumentando, entre outros aspectos, que a criminalização do aborto resulta em grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação de gênero.

O Código Penal trata do aborto em dois dispositivos normativos distintos: aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124); e provocação de aborto com o consentimento da gestante (art. 126).

Em caráter excepcional, o aborto está autorizado legalmente nos casos de risco de vida ou estupro da gestante, e anencefalia do feto (artigo 128 do Código Penal).

Todavia, a descriminalização do aborto proposta por meio da ADPF 442-DF, deve ser tratada de forma multidisciplinar, com a participação da sociedade, dentro do Poder legitimado para representar os anseios do povo, ou seja, o Poder Legislativo.

Analisar a problemática apenas pela lente do Supremo Tribunal Federal e pela ótica penal é verticalizar o debate, impondo, de cima para baixo, um viés comportamental que abrange mulheres de todas as classes e etnias.

A origem da vida, fator central da discussão da pesquisa, é tema de ensaios científicos, filosóficos, religiosos e morais desde a compreensão da própria civilização humana. A dificuldade em definir quando e como a vida se inicia leva a dignidade humana a um patamar abstrato, de questionamento sobre a quem se deve garantir o acesso à condição humana. A vida é gerada por meio de uma fecundação, seja internamente ao corpo da mulher ou por tecnologia *in vitro*, e é esse momento que determina se poderá existir vida. Nesse contexto, a fecundação gera expectativa de vida e tal condição deve ser protegida.

O ente, ainda que no útero da mãe, é um ser com vida, sendo-lhe aplicável o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o reconhecimento dos direitos fundamentais correspondentes.

O princípio *pro persona* corresponde a um critério hermenêutico inerente aos direitos humanos e implica na aplicação ou interpretação da norma sempre em caráter mais favorável à pessoa, relativamente ao gozo e reconhecimento de direitos. É um vetor interpretativo da norma em caráter mais favorável ao ser humano, independente de gozar ele em plenitude dos direitos da personalidade, vínculo esse estabelecido já pela expectativa de vida, como nas hipóteses de vida intrauterina.

Atuando como balizador da dignidade da pessoa humana, o princípio *pro persona* amplia o conceito de pessoa aos seres em formação intrauterinas com perspectiva de viabilidade de vida.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que, exceção feita aos casos de aborto permitidos pela legislação penal, nas demais hipóteses de aborto, contempladas nos artigos 124 e 126 do Código Penal, o princípio *pro persona*, com base na dignidade da pessoa humana, inviabiliza sua descriminalização,

constituindo efetivo instrumento de proteção da expectativa de vida humana gerada pela fecundação.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira; CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, vol. 84, p. 13-43, 1. Sem. 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46537748.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. **Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: **DJe** 80, publ. 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442-DF. 2017. Relatora Ministra Rosa Weber. Em andamento. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CIDH - Convenção Americana sobre Direitos do Homem de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 5 dez. 2018.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio pro homine. Buenos Aires, marzo de 2015. **JA**, 2015-I, fascículo n. 12, p. 98-112. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. Direitos fundamentais e suas gerações.

Revista JurisFIB, Bauru, v. III, a III, p. 321-336, dez. 2012. SP. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1359119403.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. II.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Millenium, 1999, 1997 v. IV.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Disponível em: <http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÃO PAULO. **Estatísticas**. Violência contra as mulheres. 2018. Disponível em:

<<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/ViolenciaMulher.aspx>>. Acesso em: 4 maio 2019.

SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. 2018. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/ViolenciaMulher.aspx>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

VILLALOBOS, Alma Rosa Bahena. El principio *pro persona* en el estado constitucional y democrático de derecho. **Ciencia Jurídica**, Guanajuato, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, a. 4, n. 7, p. 7-29, 2015. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/viewFile/140/134>>. Acesso em: 5 jun. 2018.