



DIREITO À VIDA DO NASCITURO *VERSUS* DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO JULGAMENTO DO HC 124.306/RJ: UMA ANÁLISE A PARTIR DA HIERARQUIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RIGHT TO LIFE OF THE BIRTH VERSUS DECISION OF ABSTRACT IN JUDGMENT OF HC 124.306 / RJ: AN ANALYSIS FROM THE HIERARCHY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Vanessa Gonçalves Melo Santos

Doutora em Direito Constitucional Privado pela Universidade de Fortaleza (2022). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (2002). Mestre em Direito Constitucional Privado pela Universidade de Fortaleza (2017). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (2006). Atualmente, é Advogada e professora universitária do Curso Direito do Centro Universitário Christus. Orientadora do Programa de Iniciação Científica e Monitoria. Desenvolve pesquisa nas seguintes áreas: Processo Civil; Mediação; Arbitragem; Bioética; Reprodução Assistida; Direito de Família e Sucessões.

Renata Albuquerque Lima

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2013). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2001). Graduação em Administração pela Universidade Estadual do Ceará (2001). Atualmente é Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da UNICHRISTUS. É Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. É líder do Grupo de Pesquisa: Direito, Regulação e Desenvolvimento. Faz parte como pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina - REPJAL.

Resumo

O presente trabalho objetiva tratar da infração ao direito fundamental à vida do nascituro ocasionada por votos proferidos pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF – por ocasião do julgamento do HC 124.306/RJ, que descriminalizou o aborto praticado até a décima segunda semana gestacional, em um caso concreto, no contexto da hierarquização dos direitos fundamentais. Inicialmente, abordou-se o tema direito fundamental, com ênfase na análise do direito à vida do nascituro. Em seguida, analisou-se os fundamentos da decisão

proferida no julgamento do HC 124.306/RJ. Posteriormente, abordou-se a posição prioritária do direito à vida do nascituro em relação aos direitos da mulher, no contexto da hierarquização dos direitos fundamentais, como fundamento para garantia do primeiro e não do segundo, como deliberado pelo STF na decisão analisada. Para a concretização desse artigo foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, empregou-se o método descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica. Concluindo-se que a decisão da Primeira Turma do STF, analisada nessa pesquisa, configura afronta ao direito fundamental à vida do nascituro, de máxima hierarquia no contexto do reconhecimento da hierarquização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Descriminalização do Aborto. Direito à vida do nascituro. Hierarquização dos Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This paper aims to address the violation of the fundamental right to life of the unborn child caused by votes cast by the First Panel of the Supreme Court - STF - at the time of the trial of HC 124.306 / RJ, which decriminalized abortion until the twelfth gestational week, in a concrete case, in the context of the hierarchization of fundamental rights. Initially, the fundamental right theme was addressed, with emphasis on the analysis of the right to life of the unborn child. Then, the grounds of the decision rendered in the judgment of HC 124.306 / RJ were analyzed. Subsequently, the priority position of the unborn child's right to life in relation to women's rights was addressed in the context of the hierarchy of fundamental rights, as a basis for guaranteeing the first and not the second, as decided by the STF in the decision analyzed. For the realization of this article we used the bibliographic and documentary research, we used the descriptive-analytical method, developed through theoretical research. In conclusion, the decision of the First Class of the Supreme Court, analyzed in this research, configures an affront to the fundamental right to the life of the unborn, of the highest hierarchy in the context of the recognition of the hierarchy of fundamental rights.

Keywords: Right to life of the unborn child. Decriminalization of Abortion. Federal Court of Justice. Hierarchization of Fundamental Rights.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No contexto mundial, o tema acerca do direito à vida do nascituro *versus* descriminalização do aborto não é uníssono. A prática é permitida em 67 países¹ (G1, 2020, *online*), e é proibida em 120 países, totalmente, ou com poucas exceções. Assim, a título exemplificativo, o aborto é totalmente proibido em El Salvador e em Malta, na União Europeia. No resto do mundo, nas Américas, também é proibido na Nicarágua, Honduras, Suriname, Haiti e República Dominicana; na África: no Egito, Congo, Guiné-Bissau, Madagascar, Djibuti, República Democrática do Congo e Senegal; na Oceania: em Palau e na Ásia: nas Filipinas e Laos. A prática é permitida apenas em caso de risco à saúde da mãe “em países como Paraguai, Venezuela, Costa do Marfim, Líbia, Uganda, Sudão do

¹ O aborto é legalizado na África do Sul, Albânia, Alemanha, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Belarus, Bélgica, Canadá, Cazaquistão, China, Chipre, Coreia do Norte, Croácia, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Geórgia, Grécia, Guiana, Guiana Francesa, Guiné-Bissau, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Kosovo, Maldivas, Moçambique, Moldova, Mongólia, Montenegro, Nepal, Noruega, Portugal, Porto Rico, Quirguistão, Sérvia, Singapura, Suécia, Suíça, Tajiquistão, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Uzbequistão e Vietnã (G1, 2020, *online*).

Sul, Iraque, Líbano, Síria, Afeganistão, Iêmen, Bangladesh, Mianmar e Sri Lanka” (GAUCHAZH, 2020, *online*).

Os países que mais recentemente legalizaram o aborto foram Irlanda e Chipre, na Europa (2018), Nova Zelândia, na Oceania (2020) e Argentina, na América do Sul (2020) (G1, 2020, *online*).

A Lei da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVE) foi aprovada, em 30 de dezembro de 2020, pelo Senado argentino, legalizando o aborto praticado até a décima quarta semana gestacional. O Chile, que proibia a prática até 2017, passou a permiti-la apenas nos casos de risco de vida para a mãe, estupro e inviabilidade do feto (GAUCHAZH, 2020, *online*).

O Brasil permite o aborto, por disposição legal, nos casos de risco a vida da mãe e quando a gravidez resulta de estupro. Contudo, embora não se adote o *common law*, mas à semelhança do que ocorreu nos EUA, no emblemático caso *Roe versus Wade*, a descriminalização do aborto está sendo levada ao Poder Judiciário, que, justificando-se no fenômeno denominado de judicialização da política, tem permitido ao Supremo Tribunal Federal (STF) proferir decisões sobre o tema.

Inicialmente, mister reiterar que a prática do aborto, no Brasil, é criminalizada, salvo nas exceções previstas expressamente no art. 128 do CP², quais sejam, no risco à vida da gestante e quando a gestação resulta de estupro.

Contudo, em sentido contrário, o STF tem ampliado o rol de exceções, previsto em lei, por meio de decisões proferidas ao arripio da legislação ordinária e da Constituição, que tutelam o direito à vida do nascituro.

Inicialmente, em 2008, ao decidir a ADI 3.510, que questionou a constitucionalidade do art. 3º. da Lei de Biossegurança (n. 11.105/2005), o STF se posicionou pela constitucionalidade do uso, em pesquisa, de células embrionárias retiradas de embriões excedentários, estabelecendo um precedente acerca da proteção jurídica do direito à vida tomando por base o tempo de desenvolvimento dessa vida humana (BRASIL, ADI 3.510, *online*).

Em seguida, em 2012, o STF, na decisão proferida na ADPF 54, autorizou a “interrupção terapêutica do parto” nas gestações de fetos anencefálicos. Na oportunidade, o Ministro Marco Aurélio, relator, afirmou, expressamente, que não se tratava de aborto,

² “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, Código Penal, *online*)

pois inexistia expectativa de vida extrauterina (BRASIL, ADPF 54, *online*).

Contudo, no julgamento do HC 124.306/RJ, dois Ministros da Primeira Turma do referido Tribunal³ utilizaram a decisão proferida na ADPF 54 como precedente para afastar a incidência do crime de aborto até a décima segunda semana gestacional. Embora com eficácia *inter parts*, referida decisão é citada como precedente na exordial da ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, que busca a descriminalização do aborto, também sob o marco do trimestre gestacional, decisão essa que terá efeito *erga omnes*.

Portanto, observa-se, no que diz respeito à possibilidade de descriminalização do aborto pelo Poder Judiciário, que essa temática tem sido pauta atual no STF a partir, especialmente, da permissão do aborto de fetos anencefálicos, que restou por influenciar o pedido de outras exceções, tais como, os casos de mães que contraírem *zyka vírus* no curso da gravidez (ADI 5581/DF), ou, de forma generalizada, a que objetiva viabilizar a legalidade do aborto até a décima segunda semana gestacional, com efeito *erga omnes* (ADPF 442), em afronta à lei e sem o trâmite legislativo exigido constitucionalmente para alteração de matérias de tamanha repercussão social.

Assim, a presente pesquisa busca analisar a decisão proferida pela Primeira Turma do STF, em sede do julgamento do HC 124.306/RJ, que reacendeu a discussão de hipótese permissiva de aborto diversa daquelas não criminalizadas pela legislação penal, uma vez que descriminalizou o aborto praticado no primeiro trimestre de gestação, em um caso concreto, objetivando demonstrar a infração ao direito fundamental à vida do nascituro, ao arrepio de sua posição superior face os direitos fundamentais da mulher, supostamente violados pela sua vedação, no contexto da hierarquização dos direitos fundamentais.

Para a realização deste estudo, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de livros e artigos que tenham como escopo tratar dos temas em questão e documental, posto que se analisa a decisão proferida na Primeira Turma do STF, no julgamento do HC 124.306/RJ, que findou por descriminalizar, apenas para o caso concreto, o aborto realizado no primeiro trimestre gestacional. O método utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte de uma leitura que retrata o caso concreto, isto é, analisa-

³ O Ministro Aires Brito expressamente cita o precedente da ADPF 54 em seu voto: “Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos” (STF, HC 124.306/RJ, p. 21).

se o que ocorre na real situação, na qual se encontram envolvidos o direito à vida do nascituro face os direitos à autonomia, à integridade física e psíquica da mulher, seus direitos reprodutivos e sexuais e a igualdade de gênero.

A pesquisa está dividida em tópicos. Inicia-se abordando o tema direito fundamental com ênfase no direito à vida do nascituro. Após, será analisada a decisão proferida pela Primeira Turma STF no julgamento do HC 124.306/RJ. Para, por fim, tratar da hierarquia entre os direitos fundamentais, o que, dentre outros, fundamenta a manutenção da proibição à prática do aborto no Brasil, face sua posição superior em relação aos direitos das mulheres, supostamente violados.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DO NASCITURO

A expressão direito fundamental surgiu na França, em 1770, “como produto do movimento político e cultural que deflagrou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798” (LOPES, 2001, p. 35). No Brasil, referidos direitos foram positivados na Constituição Federal de 1988.

Há quem defenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos contidos em dispositivos constitucionais – dotados de caráter normativo supremo, que tenham como finalidade “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40).

Assim, seriam direitos fundamentais aqueles direitos e garantias formalmente previstos na Constituição de 1988, no título II, que se subdivide em cinco capítulos: i) direitos individuais e coletivos; ii) direitos sociais; iii) direitos de nacionalidade; iv) direitos políticos; e, v) direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Há quem adote a posição de que os direitos fundamentais possuem conceito materialmente aberto, que albergam direitos positivados em outras partes da Constituição – não apenas no título II, em tratados internacionais, além dos direitos fundamentais “não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição” (SARLET, 2009, p. 71).

Alexy, ao tratar da teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, menciona que as normas de direito fundamental serão aquelas que tenham correta fundamentação referida a direitos fundamentais, podendo ser direta (estabelecidas expressamente no texto constitucional) ou indiretamente estabelecidas (atribuídas)

(ALEXY, 2015, p. 76).

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser definidos “como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal” (LOPES, 2001, p. 35). Referidos direitos, portanto, são os contidos expressamente na Constituição, os implícitos, e, ainda, os que estão fora dela, mas se enquadram em seu conceito, como os elencados em tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Os direitos fundamentais possuem as seguintes características: 1) normas constitucionais (positivadas); 2) historicidade (são criadas pela sociedade e refletem a concepção de dignidade humana dessa sociedade); 3) natureza principiológica (teoria de Alexy que afirma que são normas de otimização, que permitem a solução de um caso na melhor forma possível); 4) função dignificadora (tem como principal objetivo resguardar a dignidade humana); 5) elementos legitimadores (fundamentam o sistema jurídico, como critério da atuação do Estado e dos particulares) (LOPES, 2001, p. 37).

Assim, considerando a característica da historicidade, os direitos fundamentais foram sendo paulatinamente reconhecidos, a depender do contexto social. Durante o Estado de Direito Liberal (final do sec. XVIII) surgiram os direitos fundamentais de primeira geração: liberdade (individuais e políticos); no Estado Social (início do sec. XIX) surgiram os direitos fundamentais de segunda geração: igualdade (sociais, econômicos e culturais); no Estado Democrático (final do sec. XX) surgiram os direitos fundamentais de terceira geração: solidariedade e fraternidade (difusos e coletivos) (LOPES, 2001, p. 37).

Há quem defenda que existem, ainda, a quarta geração (direitos relacionados à informação, à democracia e ao pluralismo político) e a quinta geração (relacionada ao direito à paz) de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008).

Quanto aos destinatários dos direitos fundamentais, o *caput* do art. 5º. da CF/88 afirma que estes são garantidos, “sem distinção de qualquer natureza”, a todos os indivíduos, seres humanos, independente da sua situação no país.

O direito à vida está elencado na primeira geração dos direitos fundamentais, atualmente previsto no *caput* do artigo 5º. da Constituição Federal de 1988, sendo, ainda, direito humano, reconhecido no cenário internacional, expressamente na primeira ordem de direitos individuais, garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Para o Código Civil, a questão do nascituro ficou estagnada no tempo. A

disposição legal que se tem na atualidade é praticamente idêntica àquela existente no Código de Beviláqua, cunhado no final do século XIX. Na elaboração do primeiro Código Civil, disputavam destaque, no cenário jurídico do tema, as teorias concepcionista e natalista para determinação do início da existência da personalidade. O legislador optou pela fixação da teoria natalista, na parte geral do CC/1916, mesmo reconhecendo direitos ao não nascido, a exemplo da doação em favor do nascituro (art. 1169, CC/16), da designação de curatela ao nascituro (art. 462, CC/16) e da equiparação do nascituro ao filho já nascido de pessoa curatelada, para fins de exercício da curatela dos bens dos “filhos e bens do curatelado, nascido ou nascituro” (art. 458, CC/16).

Na elaboração do texto que viria a ser o Código Civil de 2002, o Professor Miguel Reale buscou preservar o que fosse possível do CC/16 o que incluiu a regra sobre o início da personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, mesmo expressamente resguardando os direitos do nascituro, desde a concepção. Embora preservando a regra da teoria natalista, ampliou o rol de disposições reconhecendo direitos ao nascituro, uns condicionados ao nascimento com vida, mas outros independentemente disso.⁴

Em que pese a publicação do atual Código Civil ter sido em 2002, o projeto foi elaborado entre os anos de 1969 e 1975, o que pode explicar a falta de amadurecimento sobre a questão do início da personalidade. Com o incremento das pesquisas científicas sobre o momento anterior ao nascimento, outras teorias passaram a ser avaliadas na busca da melhor adequação da natureza e situação jurídica existencial de gametas, embriões e nascituros. Dentre as possibilidades, destaca-se a teoria que reconhece a divisão da personalidade jurídica em dois atributos: a personalidade jurídica formal e a personalidade jurídica material. A formal seria destinada ao nascituro, ou seja, a teoria considera que a personalidade começa no momento da concepção. Nesse sentido, afirma Maria Helena Diniz:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado

⁴ Além da doação em favor do nascituro (art. 542) e da curatela do nascituro (art. 1.779) o Código Civil de 2002 prevê vocação hereditária em favor dos “concebidos” (art. 1.798) sem que conste no texto dessas disposições vinculação da aquisição desses direitos ao nascimento com vida.

potencial, e do direito às indenizações por danos moral e patrimonial por ele sofrido (DINIZ, 2006, p. 127-128).

A questão de reconhecimento de direitos ao nascituro exige a abordagem de quando se inicia a vida. Para a teoria concepcionista a vida se inicia no exato momento da concepção, pois a partir desse momento o embrião é um ser humano distinto, dotado de autonomia genético-biológica própria (PÁDUA, 2008). A teoria evolutiva considera o desenvolvimento do embrião, e os que a defendem se dividem em adotar como critério: “a nidação, o aparecimento de cristal neural, a mobilidade fetal, a viabilidade extra-uterina, o nascimento, e, inclusive, a aquisição de competência racional na infância” (PÁDUA, 2008, p. 10). A teoria da viabilidade, além do nascimento com vida, exige “a aptidão para seguir vivendo fora do corpo materno” (PÁDUA, 2008, p. 14). A teoria natalista só reconhece direitos após o nascimento com vida. (PÁDUA, 2008).

A teoria concepcionista é a que mais atende ao critério de preferência interpretativa dos direitos fundamentais que estabelece que o intérprete deve buscar a interpretação que mais otimize um direito constitucional (MARCOS, 2003, p. 471). No caso, ao interpretar o marco para definição do início da vida se deve resguardá-la no seu máximo, ou seja, desde a concepção, por ser a interpretação que mais otimizaria o exercício efetivo do direito à vida, assegurado constitucionalmente.

Portanto, o nascituro possui o inviolável direito à vida, garantido constitucionalmente. Esse direito é, em regra, resguardado pela legislação brasileira, desde a concepção, pois tipifica o crime de aborto (art. 126 a 128 do CP), reconhecendo apenas duas exceções: 1) quando a gravidez trazer risco à vida da mãe (igual direito fundamental à vida da gestante); 2) quando resultar de aborto (em resguardo à integridade psicofísica da mulher).

Assim, o legislador brasileiro ao criminalizar o aborto, sem mencionar qualquer marco temporal de desenvolvimento do embrião para configuração do crime, fez a escolha por tutelar o resguardo do direito à vida do nascituro, desde a sua concepção, pressuposto indispensável para garantia dos demais direitos fundamentais de todos os seres humanos.

Nesse contexto, entende-se que a lei, ao salvaguardar os direitos do nascituro, “afirma a personalidade ontológica do embrião, pois só desta maneira lhe poderá reconhecer direitos” (ASCENSÃO, 2017, *online*).

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54,

embora não expressamente, aumentou o rol das exceções, incluindo a possibilidade de aborto no caso de gestações de fetos anencefálicos, tendo, entre os fundamentos, afirmado que não se trataria de ampliar o rol permissivo do aborto, por não haver viabilidade de vida extrauterina. Não satisfeito, no julgamento do HC 124.306/RJ, em dois votos, a Primeira Turma proferiu entendimento pelo afastamento da incidência do crime de aborto para a interrupção realizada até a décima segunda semana gestacional, pelos fundamentos que se passa a analisar.

2.1 Decisão da Primeira Turma do STF no HC 124.306/RJ

Em dois votos proferidos, em 29 de novembro de 2016, pela Primeira Turma do STF, no julgamento do HC 124.306/RJ, impetrado por Jair Leite Pereira, tendo como pacientes Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, e como autoridade coautora o Superior Tribunal de Justiça, encontra-se o posicionamento por conferir interpretação “conforme à Constituição” aos art. 124 a 126 do Código Penal, que tratam do crime de aborto, para excluir da sua incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Em resumo, trata-se de HC impetrado em face de acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ, que não conheceu do HC 290.341/RJ. Os pacientes mantinham clínica de aborto e foram presos em flagrante, pelo suposto cometimento dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP) e provocação de aborto, com consentimento da gestante (art. 126 do CP), em concurso material por quatro vezes. O juízo de Primeira Instância da 4. Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ havia concedido a liberdade provisória aos pacientes, mas a 4ª. Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio, com fundamento na necessidade de assegurar a aplicação da lei e garantir a ordem pública. Posteriormente, a defesa impetrou HC 290.341/RJ no STJ, que não foi conhecido pela Corte, razão pela qual impetraram o HC 124.306/RJ no STF.

Por não ser objeto da análise que se propõe fazer nesse trabalho a questão penal e processual penal, propriamente dita, mas sim a matéria que trata da descriminalização do aborto no primeiro trimestre, limitar-se-á a analisar os argumentos dos Ministros na busca de fundamentar referida decisão nesse sentido.

O voto do Ministro Relator Marco Aurélio limitou-se a confirmar a concessão da

liminar⁵ que este já havia deferido, com fundamento na inexistência de riscos ao processo, posto que desde a concessão da liminar os pacientes estão soltos e não opuseram óbice ao andamento da instrução processual, tendo, inclusive, comparecido a audiência de instrução de julgamento (STF, HC 124.306, p. 8). O relator ateve-se ao conteúdo material e processual da medida requerida.

No voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, após síntese da demanda, este afirmou que não cabe HC como substitutivo do recurso ordinário constitucional e pela ausência dos requisitos do art. 312 do Código Penal para a decretação da prisão preventiva. Contudo, não satisfeito e extrapolando os limites do que fora levado ao conhecimento da Corte Constitucional pela medida processual, afirmou a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, por entender que

Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. (STF, HC 124.306, *online*).

No caso do aborto, referido Ministro afirma que embora o bem jurídico protegido (vida potencial do feto) seja relevante, a criminalização do aborto concluído no primeiro trimestre violaria diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar o princípio da proporcionalidade.

Para fundamentar tal decisão inicia tratando da importância dos direitos fundamentais como garantia da dignidade humana, diferenciando-os dos direitos humanos, pois estes são previstos em normas internacionais e aqueles positivados na Constituição brasileira. Segue afirmando que na colisão entre direitos fundamentais ou deste com princípios constitucionais ou fins estatais, a solução das situações concretas deverá se valer dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (STF, HC 124.306, p. 14-15).

Segue afirmando que a proporcionalidade se divide em três subprincípios

[...] (i) a *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim

⁵ “Em 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto” (STF, HC 124.306, p. 10).

visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde. (STF, HC 124.306, p. 15).

Assim, aduz que a proporcionalidade não é suficiente para resolver o caso em tela, mas será usada para estruturar a argumentação racional para controle intersubjetivo da decisão. E passa a mencionar que “é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana” (STF, HC 124.306, p.15). Para tal conclusão cita, em nota de rodapé, diversos artigos sobre o tema aborto, e afirma que a mulher que esteja diante dessa trágica decisão “não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente” (STF, HC 124.306, p.16). Então, conclui que se a conduta desta mulher é legítima, não há sentido para se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

Em seguida, passa a tratar do *status* jurídico do embrião, mencionando apenas duas posições antagônicas, dentre as diversas teorias que tratam da matéria: a que sustenta que há vida desde a concepção e a que sustenta que não há que se falar em vida “em sentido pleno” antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, o que geralmente se dá após o primeiro trimestre de gestação. Aduz que não há consenso sobre a matéria e que, existindo ou não vida, não há dúvida de que nesta fase o embrião não subsistiria fora do útero materno, dependendo do corpo da mulher (STF, HC 124.306, p. 17).

Nesse contexto, passa a elencar os direitos que a criminalização do aborto viola como a autonomia da mulher (1), no sentido de autodeterminação de fazer “suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida”, sendo um espaço legítimo de privacidade que não caberia ao Estado intervir. Portanto, cabe à mulher decidir sobre seu próprio corpo, inclusive cessando ou não uma gravidez, pois não pode o Estado “impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e, não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?” (STF, HC 124.306, p. 17).

Nessa toada, continua o magistrado entendendo pela lesão à integridade física e psíquica da mulher (2), a primeira porque é “o corpo da mulher que sofrerá as

transformações, riscos e consequências da gestação” e a segunda pela “assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimentos profundo com outro ser” (STF, HC 124.306, p. 18).

Ainda tendo como base o argumento da integridade física, destaca o Ministro que há contrariedade aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (3), pois cabe a ela “decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva”, pois esta última poderá ser comprometida pelo aumento dos índices de mortalidade materna e outras complicações, decorrentes da ausência de assistência à saúde adequada (STF, HC 124.306, p. 18).

Por fim, admite ofensa à igualdade de gênero (4), pois “na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não” (STF, HC 124.306/RJ, p. 20).

Em seguida, afirma que a tipificação penal produz discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres, pois essas não teriam acesso a médicos e clínicas particulares, nem poderiam se valer do sistema público de saúde para realizarem o aborto de forma segura (STF, HC 124.306/RJ).

Finaliza seu voto afirmando que a criminalização não é compatível com a proporcionalidade e passa a analisar a coerência com os subprincípios proporcionalidade da seguinte forma:

1) adequação, ou seja, se a criminalização protege a vida do feto, o Ministro afirma, citando dados de pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde, que mesmo o aborto sendo crime, nos países onde ele é vedado a prática chega a ser superior do que nos países onde é permitido. E que a proibição só aumenta os riscos à saúde das mulheres que utilizam medicamentos para a interrupção da gestação, privando o Poder Público de “meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização” (STF, HC 124.306/RJ, p. 23). Assim, conclui que a medida é de “duvidosa adequação para a tutela da vida do feto” (STF, HC 124.306/RJ, p. 24);

2) necessidade, se há meio alternativo que proteja a vida do nascituro, produzindo menor restrição aos direitos das mulheres, e para isso afirma que descriminalizar o aborto no primeiro trimestre seria essa medida, desde que fossem realizados procedimentos⁶

⁶ Nessa parte, o Ministro cita o procedimento realizado na Alemanha de consulta de aconselhamento e

para que a gestante tome uma decisão refletida. E, ainda, atuação do Estado fornecendo métodos contraceptivos, bem como no fornecimento de creches e assistência social. Conclui que a tutela penal também não seria aprovada nesse critério;

3) Proporcionalidade em sentido estrito, analisando se as restrições a direitos fundamentais das mulheres seriam compensadas pela proteção à vida do feto, afirmando que a proteção ao feto deve ser ampliada a medida que ele adquire viabilidade extrauterina. Afirma, ainda, que praticamente nenhum país desenvolvido e democrático do mundo criminaliza a interrupção da gravidez em sua fase inicial, citando “Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália” (STF, HC 124. 306/RJ, p. 27).

Por todo o exposto, referido Ministro conclui que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos art. 124 a 126 do Código Penal, a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, concedendo o HC de ofício (já que a medida processual não foi a adequada) para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo a decisão aos corréus (STF, HC 124. 306/RJ).

Em seguida, o Ministro Edson Fachin profere seu voto afirmando que ficaria na análise da preliminar sobre a prisão, conhecendo de ofício o HC. Fazendo apenas uma nota *a latere*, para mencionar a Carta Apostólica “*Misericordia et Misera*”, do Papa Francisco, onde afirma que foi sinalizada a possibilidade de absolvição que “alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão” (STF, HC 124.306/RJ, p. 30).

A Ministra Rosa Weber proferiu voto concorrente ao do Ministro Luís Roberto Barroso, pelos dois fundamentos: primeiro pela preliminar, concedendo de ofício a ordem, já que o HC não seria cabível, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, mas estendeu a liberdade aos corréus, por não estarem preenchidos os requisitos legais autorizativos da prisão cautelar; segundo pela análise da colisão entre “dois direitos fundamentais básicos: direito à vida como forma de tutela do nascituro *versus* o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização material do direito à igualdade de gênero” (STF, HC 124.306/RJ, p. 35).

Para análise do segundo ponto, a Ministra traz a perspectiva comparada,

prévia reflexão de três dias, semelhante à realizada em Portugal, França e Bélgica (STF, HC 124.306, p. 25).

afirmando que elas não vinculam nossa ordem constitucional, mas servem de exemplo, devendo ser considerada, com maior força normativa, a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência do controle de convencionalidade (STF, HC 124.306/RJ).

Nesse sentido, cita o caso *Roe v. Wade*, em 1973, onde a Suprema Corte Americana, por maioria de votos, entendeu pela inconstitucionalidade da norma que criminalizava o aborto no Estado do Texas, salvo para resguardar a vida da mãe. Referida decisão analisou a proporcionalidade na colisão entre os princípios acima elencados, afirmando que foram estabelecidos critérios para a disciplina legislativa do aborto pelos Estados, quais sejam

[...] no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre escolha da mulher; no Segundo trimestre o aborto seria permitido, todavia, o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito, como forma de proteger a saúde da mulher gestante; no terceiro e último trimestre da gestação, o aborto seria proibido, porque neste período o feto já tem viabilidade de vida extrauterina, daí os Estados poderiam ter interesse na tutela da vida do nascituro, salvo para preservação da saúde da mulher (STF, HC 124.306/RJ, p. 38).

Assim, afirma que a conclusão a que chegou a Suprema Corte Americana teve por motivos de proteção à privacidade da mulher e da interpretação conferida à décima quarta emenda, não havendo análise dos direitos reprodutivos da mulher e sua autonomia da decisão. Contudo, a proteção ao nascituro foi prevista apenas quando este tivesse viabilidade de vida extrauterina, o que ocorreria no terceiro trimestre de gestação. Afirmando, ainda, que, no contexto normativo atual, a questão do aborto deve incluir na agenda os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, à liberdade, autonomia e igualdade face à tutela do nascituro (STF, HC 124.306/RJ).

Em seguida, cita o julgamento do caso *Artavia-Murilo v. Costa Rica*, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual, dentre outros pontos, analisou a interpretação que deve ser conferida ao artigo 4.1 do Pacto São José da Costa Rica para efeito de permitir a fecundação *in vitro*, afirmando que a Corte decidiu que a proteção do direito à vida não é absoluta, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, cabendo exceções à regra geral. E segue afirmando que embora o julgamento não verse sobre aborto, os fundamentos permitem inferir conclusões “acerca do alcance interpretativo do direito à vida e sua relação com os direitos à liberdade privada, autonomia reprodutiva da mulher, e vedação de discriminação indireta de gênero e capacidade econômica” (STF, HC 124.306/RJ, p. 42).

Posteriormente, a Ministra citou casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, a título exemplificativo, afirmando que embora referida Corte não tenha firmado uma interpretação sobre o direito à interrupção da gravidez, por entender que não tinha legitimidade para legislar sobre o assunto, reconheceu que a proteção à vida intrauterina não é absoluta, nem a proteção aos interesses do embrião “devendo haver uma proporcionalidade entre a proteção deste com a proteção dos demais direitos, notadamente os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva” (STF, HC 124.306, p. 42).

Continuou sua fundamentação mencionando pesquisa de alcance global, realizada nos anos de 1995 a 2008, pelo *UK Department of International Development, The Dutch Ministry of foreign Affairs, and the John D and Catherine T Mac Arthur Foundation*, apontando para o aumento do percentual de abortos clandestinos nos países em desenvolvimento, o que levou a conclusão do estudo de que a taxa de aborto foi menor nas regiões que há liberação para sua realização, no primeiro trimestre de gestação (STF, HC 124.306/RJ).

Por fim, conclui que nossa jurisdição constitucional tem como função precípua a interpretação constitucional, e que como decidido anteriormente, nos casos da ADPF 54 (fetos anencefálicos) e da ADI 3.510 (Lei de Biossegurança), o direito à vida não tem caráter absoluto, afirmação referendada pela Constituição quando admite a pena de morte em caso de guerra (art. 5, inciso XLVII c/c art. 84, inciso XIX da CF/88) e quando o Código Penal permite o aborto em caso de estupro. Assim, afirma que se deve conferir interpretação, conforme à Constituição, para excluir do âmbito de incidência dos art. 124 a 126 do Código Penal a interrupção da gravidez no primeiro trimestre (STF, HC 124.306/RJ).

Assim, por maioria, a primeira turma do STF não conheceu do HC, mas concedeu a ordem, de ofício, concedendo a liberdade dos pacientes. No que diz respeito à temática do aborto, registra-se dois votos da Primeira Turma pela descriminalização do aborto realizado nas doze primeiras semanas de gestação.

2.2. Posição do direito fundamental à vida na hierarquização dos Direitos Fundamentais

A historicidade, característica dos direitos fundamentais, inicia o raciocínio de que referidos direitos não são imutáveis nem inerentes aos seres humanos, mas sim positivados pela sociedade, representando os valores de uma época, como se observou na formação das gerações de direitos fundamentais, anteriormente analisada.

Tradicionalmente, a doutrina repudia a existência de hierarquização dos direitos fundamentais, motivada pelo temor de que essa priorização leve a relativização dos direitos considerados de menor importância. Além disso, afirmam que apenas com o reconhecimento integral de todos os direitos fundamentais é que se possibilitará a realização de cada um deles, individualmente, sendo, portanto, tais direitos, dotados de integralidade, interdependência e indivisibilidade (LOPES, 2001, p. 173-174).

Contudo, surgiu uma nova teoria, a partir do desenvolvimento do jusnaturalismo axiológico, que mesmo reconhecendo “a indivisibilidade dos direitos do homem, defende a sua hierarquização como mecanismo fortalecedor de sua essencialidade” (LOPES, 2001, p.174), notadamente por defenderem que nem todos esses direitos corresponde realmente a direitos essenciais e inerentes ao homem.

Ana Maria D'Ávila Lopes afirma que, a bem da verdade, o que se pode observar, é que os próprios Pactos e Convenções Internacionais sobre direitos humanos conferem hierarquia a tais direitos, na medida em que excepcionam a infração, em determinadas e pontuais situações, apenas a partes destes direitos, formando a categoria dos direitos suspendíveis e dos direitos irrevogáveis. Assim, cita, como exemplo, o art. 27.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José de Costa Rica onde se enumera “o núcleo básico de direitos irrevogáveis cuja suspensão não é autorizada mesmo em situações de emergência” (2001, p. 177), e, entre estes, está o direito à vida. Menciona, ainda, o art. 3º. da Convenção de Genebra, o qual se proíbe, a qualquer tempo e lugar, dentre outros, a violência à vida.

Não é diferente na Constituição brasileira, onde estão expressamente estabelecidos os direitos fundamentais suscetíveis de restrição, no caso de estado de defesa ou de sítio, comprovando a existência de hierarquia entre os direitos fundamentais, no qual o direito à vida é resguardado. E, embora de fato o direito à vida não seja absoluto já que a Constituição admite a pena de morte em caso de guerra (art. 5o, inciso XLVII c/c art. 84, inciso XIX da CF/88), os demais direitos também não o são. Além disso, o direito à vida é irrevogável e está no topo da hierarquia dos direitos fundamentais

devendo, portanto, ser o direito resguardado pelo Estado em face de qualquer outro.

Os direitos irrevogáveis não seriam aqueles vinculados apenas a uma geração de direitos fundamentais, mas sim a “valores últimos” de uma sociedade (VAN BOVEN, 1989). Na Constituição de 1988, os direitos e garantias individuais constituem cláusula pétrea, insuscetíveis de alteração pelo constituinte derivado, portanto, claramente de hierarquia diferenciada face aos demais direitos e garantias.

Dentre os direitos individuais de primeira geração, encontra-se o direito fundamental à vida, expresso no *caput* do art. 5 da CF/88. É o principal dos direitos fundamentais garantido a todos os seres humanos, “já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2011, p. 80). A vida é o bem principal de qualquer pessoa, “é o principal valor moral de todos os seres humanos” (DALLARI, 2008, p. 32-33).

O direito à vida, no significado da existência, pressupõe que deixa permanecer vivo, na luta pela vida, é um direito da classe dos irrevogáveis. O Código Penal brasileiro, nos artigos 126 a 129, criminaliza a prática do aborto, afastando a punibilidade, apenas, no caso do aborto necessário (art. 128, I do CP), sendo este o único meio de salvar a vida da mãe (direito à vida no sentido da existência) e no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, II do CP), somado ao consentimento da gestante ou do seu representante legal (resguardo do direito à autonomia da mulher face à ausência de escolha já que a gestação resultou de estupro)⁷.

Portanto, a legislação brasileira estabelece que o aborto é crime, por infração ao direito à vida do nascituro, que tem seus direitos resguardados desde a concepção, nos termos dos artigos 2º. do Código Civil⁸; 7º. Estatuto da Criança e do Adolescente⁹; 10º. da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁰ e 4.1 do Pacto de San José de Costa Rica¹¹.

⁷ Embora seja questionável, inclusive, a legislação brasileira no que pertine à permissão do aborto no caso de risco a vida da mãe (já que na colisão entre iguais direito à vida, a essência dos direitos fundamentais se constitui em proteger o mais fraco, no caso, o nascituro) bem como no caso de aborto (já que o direito à vida é superior ao direito à autonomia), por não ser objeto desta pesquisa, limitar-se-á à crítica da decisão analisada.

⁸ Art. 2. A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, Lei n. 10.406/2002, *online*).

⁹ Art. 7. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, Lei n. 8.069/1990, *online*).

¹⁰ Art. 10. Direito à vida. Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, Lei n. 6.949/2009, *online*).

¹¹ 4.1. “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em

Na descriminalização do aborto até a décima segunda semana, da decisão analisada, entendeu-se que há colisão entre direitos fundamentais, de um lado o direito à vida do nascituro e de outro os direitos fundamentais da mulher, citados na decisão analisada, quais sejam, a autonomia, a integridade psicofísica, os direitos reprodutivos e sexuais e a igualdade de gênero.

A autonomia é necessidade primordial do mundo ocidental contemporâneo (GUSTIN, 2009) e se refere ao direito de fazer suas próprias escolhas, nas esferas existencial e patrimonial. Trata-se do poder do sujeito de auto regulamentar seus interesses e fazer suas escolhas, decidindo o que é bom ou ruim para si, “desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade” (SARMENTO, 2006, p. 154). Portanto, a autonomia encontra limites nas decisões que englobam questões pessoais, e não de terceiros, como no caso, por fim a vida do nascituro.

A integridade psicofísica contempla, além do direito de não ser torturado e de ser titular de determinadas garantias penais, a garantia de “numerosos direitos da personalidade: vida, nome imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal, instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”” (MORAES, 2010, p. 96). Direito esse, igualmente, pessoal. No contexto do aborto, a possível violação à integridade física da mulher não colide com o direito à vida do nascituro, posto que este é prioritário, devendo ser resguardado no contexto da hierarquização dos direitos fundamentais.

Os direitos reprodutivos e sexuais são corolários do direito à autonomia, no sentido de autodeterminação da mulher na escolha de quando gerar um filho, e por quais meios. Contudo, essa escolha, entende-se, é anterior à gravidez, e deve ser responsabilmente exercida evitando-a, e não optando, ao bel prazer e por não ter a exercido no momento anterior, pela morte do nascituro já gerado.

Por fim, o direito à igualdade de gênero, levantado na decisão analisada, com a argumentação de que o homem não pode engravidar e só se respeitaria a igualdade se coubesse à mulher escolher por ter o filho ou não, pelos mesmos motivos acima elencados, entende-se que essa escolha é no momento anterior à concepção, posto que após dela se está conferindo à mulher, que não exerceu esse direito no momento devido,

geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (BRASIL. Decreto n. 678/1992, *online*).

a decisão pela vida de outra pessoa, no caso, do nascituro, direito este, como dito acima, prioritário e irrevogável.

A categoria privilegiada do direito à vida exige que, nesse contexto fático, sequer se reconheça a existência de colisão, posto que o direito à vida do nascituro se sobrepõe aos demais direitos fundamentais da mulher.

Portanto, não seria o caso de se analisar a ponderação na suposta colisão de direitos fundamentais, mas sim de analisar a proporcionalidade, objetivando verificar se a intervenção do poder público em um direito fundamental é correta ou incorreta. Ou seja, se é adequada (medida idônea); necessária (se não há outra forma menos onerosa); proporcional propriamente dita (na análise de benefícios e malefícios decorrentes dessa intervenção), ou seja, se não foi atingido o núcleo essencial do direito fundamental.

Dessa feita, diverge-se da análise da proporcionalidade realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, posto que a medida de descriminalização do aborto é inadequada (já que não resguarda o direito à vida do nascituro, medida compatível com o dever de resguardo do direito do mais fraco, no caso, superior aos demais direitos da mulher, supostamente violados). Igualmente não é necessária (já que há outras medidas para evitar gestação indesejada, dentre as quais a implementação de políticas públicas informativas, acesso a métodos contraceptivos, bem como políticas públicas de fornecimento de creches, dentre outros). Por fim, não há proporcionalidade propriamente dita, posto que o malefício da infração e total supressão do direito à vida do nascituro atinge o núcleo essencial do direito fundamental de proteção do mais fraco, e não se justifica nos benefícios de resguardo dos direitos à autonomia, à integridade psicofísica, ou à igualdade de gênero, que se encontram em posição hierárquica inferior àquele. Ao contrário, traz um malefício desproporcional pois priva por completo a vida do nascituro, razão pela qual, entende-se que, diferente do que foi analisado no julgado da Primeira Turma do STF, a decisão analisada não é proporcional.

É certo que o juiz não está mais vinculado “à literalidade da lei, mas, também, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque, na medida em que cria Direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação em um caso concreto, impõe-lhe” (LOPES, 2000, p. 111).

Assim, a interferência dos Ministros do STF no tema não foi correta, posto que interpretou a Constituição fora dos limites por ela mesmo estabelecidos, desconsiderando, por completo, o direito à vida do nascituro. No caso analisado, entende-se que haveria

apenas uma única decisão correta (decisão do juiz Hércules - Dworkin) que seria no sentido de resguardo do direito à vida do nascituro, por estar esse na categoria mais elevada dos direitos fundamentais.

O papel dos direitos fundamentais é proteger o mais fraco, por isso o direito à vida do nascituro deve prevalecer, pois ele é o hipossuficiente. Nesse sentido, na teoria da hierarquização só haveria colisão entre os direitos à vida do nascituro e da mãe (no caso de risco à sua vida)¹², nos demais casos não há colisão e a única solução correta é garantir o direito fundamental à vida do nascituro.

A decisão analisada cita a legislação americana, que é mais liberal quanto ao tema do aborto, em uma postura de se importar o direito de países que não tem a mesma base hierárquica de defesa dos direitos fundamentais em análise, notadamente do direito à vida. Isso porque nos Estados Unidos este direito à vida é relativizado em outros casos, como a pena de morte e a eutanásia. No Brasil, tais práticas são vetadas. Então, questiona-se: se no Brasil a mulher não pode decidir em por fim à própria vida (eutanásia), porque deve a ela ser dada a escolha para pôr fim a vida de um outro ser humano? A decisão dos dois Ministros da Primeira Turma do STF muda o reconhecimento da posição prioritária do direito à vida apenas no que entende ser justificável, sem sequer mencionar, que dirá tentar solucionar, inaceitável inconsistência.

Giuseppe Cricenti (2013, p. 51) afirma que *“la dignità viene oggi vista come un diritto, oppure come un limite all'autonomia privata”*. Assim, o direito fundamental à vida do nascituro, como corolário da sua dignidade humana, é o limite da autonomia da sua mãe, cujo exercício não alcança o poder de decidir sobre sua vida e sua integridade psicofísica.

Assim, entende-se, pelos fundamentos analisados, que sequer se deva reconhecer colisão entre o direito à vida do nascituro e os direitos da mulher, citados na decisão analisada, quais sejam, a autonomia, a integridade física e psicofísica, os direitos reprodutivos e sexuais e a igualdade de gênero, considerando a posição prioritária do direito à vida na hierarquia entre os direitos fundamentais. Devendo o primeiro, portanto, ser garantido e protegido pelo Estado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹² E, ainda neste caso, deve-se priorizar o direito à vida do nascituro, por ser ele a parte hipossuficiente, considerando a função de proteção destes dos direitos fundamentais.

No contexto da historicidade dos direitos fundamentais, o direito à vida foi reconhecido na primeira geração de direitos, ainda no Estado Liberal (sec. XVIII), bem como na primeira classe dos direitos humanos, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1948.

Embora, tradicionalmente, haja resistência ao reconhecimento de hierarquia entre os direitos fundamentais, por receio de relativização dos considerados menos importantes, fato é que essa hierarquização existe e é reconhecida formalmente em documentos nacionais e internacionais. No primeiro, nossa Constituição elenca como cláusula pétrea os direitos individuais, insuscetíveis de alteração pelo constituinte derivado. O direito à vida está entre os direitos fundamentais irrenunciáveis, pela própria pessoa, tanto que, no Brasil, a eutanásia, a pena de morte e o aborto, em regra, são vetados, cabendo ao Estado proteger esse bem maior, que é a vida.

No contexto fático analisado na decisão proferida em dois votos pela Primeira Turma do STF, no julgamento do HC 124.306/RJ, defende-se que sequer há colisão entre direitos fundamentais, posto que os valores da sociedade brasileira reconhecem a posição prioritária do direito à vida em face dos demais direitos fundamentais. Inconcebível comparar o valor conferido à vida no Brasil, com o valor conferido à vida em outros países, tais como nos Estados Unidos, onde a pena de morte, a eutanásia e o aborto são permitidos.

Assim, entende-se que o STF, ao proferir decisões no sentido de descriminalizar o aborto, age como legislador implícito, interpretando à Constituição à margem dos valores prioritários, nela mesmo estabelecidos, incluindo exceções a regra proibitiva, no caso da permissão da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, e quando descriminalizou a conduta abortiva dos pacientes do HC 124.306/RJ, examinado nesta pesquisa.

Conclui-se, portanto, que a postura dos dois Ministros da primeira Turma do STF na descriminalização do aborto vai de encontro ao entendimento firmado pelo órgão que detém a competência originária para legislar sobre referido tema que, indubitavelmente, é sensível face os direitos fundamentais do nascituro e da mulher (mãe), optando por garantir o direito à vida daquele, desde a concepção, em reconhecimento à sua superioridade na hierarquia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. **Faculdade de Direito Universidade de Lisboa**. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n.3, p. 82-93, abr./jun, 2008.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Lei no 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacionail sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Presidência da República. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 08 set. 2019

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 novembro 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 262, 09 dezembro 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em: 4 out. 2019.

CRICENTI, Giuseppe. e o. **Bioetica del diritto civile**. Dignidade como autodeterminação. Firenze: ETS, 2013.

DIMOUSLIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

G1, Argentina aprova legalização do aborto; veja onde a prática é legalizada. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/29/senado-da-argentina-decide-legalizacao-do-aborto-veja-onde-a-pratica-e-legalizada.ghtml>. Acesso em 27 abr. 2021.

GAUCHAZH, Da proibição total ao direito recente: saiba como é legislação sobre a prática do aborto no mundo. Disponível em: [recentehttps://gauchazh.clicrbs.com.br/mundo/noticia/2020/12/da-proibicao-total-ao-direito-recente-saiba-como-e-legislacao-sobre-a-pratica-do-aborto-no-mundo-ckjbbku2x000801hsp9gcpruu.html](https://gauchazh.clicrbs.com.br/mundo/noticia/2020/12/da-proibicao-total-ao-direito-recente-saiba-como-e-legislacao-sobre-a-pratica-do-aborto-no-mundo-ckjbbku2x000801hsp9gcpruu.html). Acesso em 27 abr. 2021.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 168-183, jan./mar. 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MARCOS, Edgar Carpio. La interpretación de los derechos fundamentales. **Derecho PUCP**. Revista de la Facultad de Derecho, Peru, n. 56, p. 463-530, 2003.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VAN BOVEN, Theodor C. "**Criterio distintivos de los derechos humanos**": Ensayos sobre derechos humanos. Madri: Vasak, 1989.

Recebido em 02/06/2020
Aprovado em 30/09/2021
Received in 02/06/2020
Approved in 30/09/2021