

BAIANA DE DIREITO
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

ADRIANA CARNEIRO PIMENTA



A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

SALVADOR

2018

Adriana Carneiro Pimenta

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Baiana de Direito como requisito
para obtenção do grau de pós graduada em
Direito Público

Orientador: Dirley da Cunha Junior

Salvador

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus; à minha mãe Lígia, meu exemplo e referência de profissional e pessoa, que sempre lutou pela qualidade dos meus estudos e por minha dedicação na carreira jurídica; também à família e aos amigos, que incentivam e apoiam a minha paixão pelo Direito.

Aos colegas de profissão, seja da época de estágio ou de profissional graduada, pela contribuição para minha formação humana.

À Faculdade Baiana de Direito, por ter me proporcionado imenso aprendizado no curso de pós graduação *lato sensu*, com professores que provocavam discussões e aprimoravam a qualidade do nosso pensar.

RESUMO

O direito à vida, o direito ao próprio corpo e os direitos sexuais e reprodutivos femininos constantemente vêm sendo contrastados com o tipo penal do aborto – e demais relacionados. De maneira inovadora, a Corte Constitucional Brasileira declarou, em 2012, a inconstitucionalidade da interpretação da interrupção antecipada da gestação de feto anencéfalo como incurso nos tipos penais dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal brasileiro. Mais recentemente, desde março de 2017, o Supremo Tribunal Federal vem sendo provocado para se manifestar acerca da constitucionalidade dos artigos criminalizadores do aborto (124 e 126 do Código Penal brasileiro). A Corte convocou audiências públicas para debater o tema, a fim de prolatar decisão no plano do controle de constitucionalidade. À luz da separação dos poderes, pretende-se estudar a diferença entre as duas situações práticas demandadas na Corte, bem como a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade do tipo penal do aborto.

Palavras-chave: Aborto. Constitucionalidade. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The right to life, the right to the own body and the sexual and reproductive rights of women are constantly being contrasted with the criminal type of abortion - and related criminal types. In an innovative way, the Brazilian Constitutional Court declared, in 2012, the unconstitutionality of the interpretation of the anticipated interruption of gestation of the anencephalic fetus as an incursion into the penal types of articles 124, 126 and 128 of the Brazilian Penal Code. More recently, since March 2017, the Federal Supreme Court has been provoked to decide about the constitutionality of abortion-criminalizing articles (124 and 126 of the Brazilian Penal Code). The Court called public hearings to discuss the issue, in order to provoke a decision in the control of constitutionality. Illuminated by the separation of branches of the government, it is intended to study the difference between the two practical situations demanded in the Court, and the impossibility of declaring unconstitutional the criminal type of abortion.

Keywords: Abortion. Constitutionality. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	10
2.1	Direitos humanos e direitos fundamentais	10
2.2	Gerações e características dos direitos fundamentais	Erro! Indicador não definido.
2.3	O direito fundamental à vida como cláusula pétreia	15
2.4	O direito fundamental à vida.....	17
2.5	Colisões com o direito fundamental à vida	24
3	O DIREITO À VIDA FORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O DIÁLOGO DAS FONTES	31
4	COMPETÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PARA TRATAR DO TEMA E OMISSÃO LEGISLATIVA	42
5	CONCLUSÃO	60
6	REFERENCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2012, em histórica decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte Constitucional brasileira, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). A procedência da demanda culminou na declaração de inconstitucionalidade da interpretação da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos como incursa nos tipos penais dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal¹.

Na citada ação constitucional, o próprio STF reconhece a diferença entre a descriminalização da figura do aborto e a chamada “antecipação eugênica da gestação”. No primeiro caso, haveria privação do nascimento de um bebê com viabilidade de sobrevivência fora do útero materno, isto é, viabilidade da vida extrauterina; no segundo, não haveria viabilidade de sobrevivência, em decorrência de ausência ou má formação de órgão essencial à vida que extirpe do bebê as condições mínimas de resistir ao mundo externo.

Na anencefalia, há uma anomalia congênita em virtude de um desenvolvimento patológico do bebê, que resulta no fechamento incorreto do tubo neural, que, por sua vez, compromete a formação da parte superior do crânio e do encéfalo².

No aborto, por outro lado, há um nascituro que, apesar de sua condição própria de ser humano *em formação*, isto é, apesar de não completamente formado – portanto, não sobreviveria se, *naquele momento*, fosse retirado do útero materno –, está dotado de vida em potencial, levando-se à conclusão de que não precisaria de nenhuma condição ou estímulo externo para que viesse a se completar sozinho enquanto ser humano, bastando, tão somente, que não seja retirado do útero materno.

Contudo, ainda que esteja presente a potencialidade da vida, a primeira turma do STF, de maneira mais recente, através do controle de constitucionalidade por meio difuso, no âmbito do julgamento de um *habeas corpus*, conferiu interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos tipos penais do aborto (124 a 126 do Código Penal) a interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre³.

¹ Portal de notícias STF: Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez.

² FERNANDES, SILVA, NETO, BATIGÁLIA. Liberação médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: implicações éticas.

³ *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ.

Para tanto, a Corte Constitucional entendeu que a criminalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além do princípio da proporcionalidade.

Dentre os direitos fundamentais narrados como violados com a criminalização do aborto, a Corte constitucional listou os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher; a *autonomia* da mulher, que deve ser livre para fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da mulher; bem como a tentativa de se alcançar a *plena igualdade de gênero* entre homens e mulheres, uma vez que, segundo o Relator da Ação Constitucional, homens não podem engravidar.

O *habeas corpus* impetrado, inicialmente, foi entendido como medida substitutiva do recurso ordinário constitucional – o que inviabilizaria a concessão do remédio. Contudo, o STF entendeu que, como impactaria de maneira direta na liberdade de ir e vir do paciente, o *habeas corpus* poderia ser deferido de ofício – se presentes os requisitos para tanto.

Assim, além do reconhecimento da ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal⁴ para a decretação da prisão preventiva, o Supremo declarou, de forma difusa, a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação.

Com o reconhecimento da aludida inconstitucionalidade, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 128 do Código Penal⁵, o STF concedeu de ofício a ordem de *habeas corpus*.

O julgamento do referido *habeas corpus* reacendeu a discussão, no Poder Judiciário, sobre o tema da descriminalização do aborto no Brasil através da convocação, pela Ministra Rosa Weber, de audiências públicas designadas para os dias 03 e 06 de agosto de 2018⁶, a fim de preparar o julgamento de outra ADPF de número 442, protocolada no STF no dia 08 de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Para as audiências públicas, foram requeridos mais de 180 pedidos de habilitação de expositores, tendo sido deferidos mais de 40 deles, dos mais diversos âmbitos de estudos das Ciências.

Na citada ADPF, o Autor da ação defende que a criminalização do aborto até a 12^a semana de gestação viola diversos princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa

⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁵ Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto necessário.** I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.** II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁶ Notícias STF. *STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto.* Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>>.

humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.

O STF habilitou como *amici curiae* diversas associações e entidades das mais diversas áreas de atuação, havendo entidades com atuação nas ciências naturais e biológicas, jurídicas e até mesmo religiosas.

Pretende-se, contudo, debater os fundamentos da Suprema Corte, em sede de decisão no *habeas corpus* nº 124.306/RJ – tendo em vista a ausência de decisão meritória na ADPF de nº 442 –, quanto aos direitos fundamentais envolvidos no contexto do reconhecimento da inconstitucionalidade da criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação na legislação brasileira.

Bem assim, pretende-se, também, indagar quais os limites da prestação jurisdicional no âmbito do reconhecimento da inconstitucionalidade de determinados tipos penais, cujo reconhecimento configure, em virtude da literalidade do preceito normativo, verdadeiro ativismo judicial substitutivo à atuação legislativa, de modo que o Poder Judiciário brasileiro estaria avocando a atividade típica do Poder Legislativo para si, fora do âmbito de permissividade constitucionalmente previsto.

O presente estudo jurídico que se debruça sobre o tema visa suplantar a ideia de que a criminalização do aborto não passa de uma questão de saúde pública. Não se descarta a possibilidade de sê-lo, apesar de representar, antes, uma questão afeta à soberania popular e à atividade legislativa do Estado.

Mormente em razão do descompasso entre as informações estatísticas que amplamente se veem divulgadas nos mais diversos meios de comunicação nacionais.

Na própria audiência pública convocada pela Ministra Rosa Weber para julgamento da ADPF nº 442, diferentes expositores trazem dados absurdamente discrepantes entre si⁷.

Na mesma audiência pública, a médica Maria de Fátima Marinho de Souza, representando o Ministério da Saúde, abordou o número de 1 milhão de abortos induzidos por ano no Brasil.

Ato contínuo, representando a Academia Nacional de Medicina, o ex-ministro da Saúde, José Gomes Temporão, narrou que cerca de 1,3 mil mulheres abortam todos os dias – esse numerário representa o valor de 474.500 abortos ao ano; menos da metade do que a médica trouxe anteriormente.

⁷ JOTA, *Pacto de San José, competência e números: a audiência sobre aborto no STF*.

Posteriormente, representando o Instituto Liberal, o ginecologista e professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Raphael Câmara, afirmou que existem cerca de 98 mil abortos clandestinos realizados anualmente.

Pensa-se que não se trata de má fé de qualquer dos expositores quanto aos dados duvidosos, mas de absoluta impossibilidade em se precisar com segurança a quantidade de procedimentos realizados por ano, tendo em vista que a clandestinidade do método encobre os números reais.

Nesse panorama político e social, há incerteza com relação ao tema, de fato, versar ou não sobre saúde pública, ou se tratar, de maneira mais simples, de uma questão de conscientização e educação sexual, com maior atenção do Poder Público sobre as mulheres em idade fértil, a fim de se evitar, ao máximo, a ocorrência de gestações indesejadas.

Busca-se, dessa forma, encontrar solo mais fértil na discussão jurídica a respeito do tema de relevante importância social, porém com contornos jurídicos que não devem ser desprezados, sob pena de se colocar em risco valores caros à realidade democrática, como a segurança jurídica, a separação de poderes, a soberania popular e os limites à inviolabilidade do direito à vida.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A História e evolução do Direito Constitucional nos leva, em grande medida, à História e evolução dos próprios direitos fundamentais, cuja sedimentação nas Constituições soberanas significa uma maior proteção à dignidade da pessoa humana, vez que, constitucionalmente posicionados, os direitos fundamentais se encontram salvaguardados dos movimentos sociais surgidos no ardor de comoções momentâneas.

2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

Doutrina constitucionalista majoritária cita como o primeiro marco histórico da formação dos direitos humanos o surgimento do cristianismo, que, ao elevar a figura do homem como imagem e semelhança de Deus, agrega-lhe grande valor de pessoa, defendendo que há certos direitos inerentes ao próprio homem, que dele não se podem desprender, sob pena de se extirpar do homem a própria qualidade de pessoa.

A positivação desses “valores” (direitos) inerentes ao homem em documentos solenes não veio antes dos movimentos sociais dos séculos XVII e XVIII, quando se vivenciou as Declarações de Direitos de Virgínia (1776) e Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que oficializaram a submissão do Estado aos direitos inerentes à pessoa humana.

À época, esses documentos já se afeiçoavam mais a reivindicações e cunho filosófico e político do que religioso, despreendendo-se de qualquer imposição inicialmente fixada pelas doutrinas do cristianismo.

É o reconhecimento de uma relação política entre indivíduo-Estado na qual, primeiramente, o indivíduo tem direitos e, depois, deveres perante o Estado⁸.

Diversas foram as correntes filosóficas que tentaram justificar a existência de direitos básicos, fundamentais do homem. As duas principais correntes filosóficas que merecem destaque são a corrente jusnaturalista e a corrente juspositivista.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, ob. Cit. pg. 134.

O jusnaturalismo recorreu à ideia de existência de um direito que é natural do homem, inerente a ele próprio e anterior, inclusive, à existência do Estado – responsável por sua proteção.

Os juspositivistas buscaram amparo na concepção de que os direitos humanos são fruto de uma outorga da lei que, igualmente, também é responsável por regular esses mesmos direitos.

Não obstante, diante da dificuldade de se chegar a uma conclusão pacífica sobre a justificação teórica acerca da origem dos direitos do homem, assentou-se que a verdadeira importância reside na presença de condições favoráveis para que esses direitos humanos sejam incorporados à norma vinculante de cada Estado, consagrando a ideia de posituação desses direitos humanos à ordem nacional, a fim de lhes conferir caráter coercitivo.

2.2 Gerações e características dos direitos fundamentais

O estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais aponta uma divisão desses direitos em três diferentes categorias, denominadas “gerações” ou “dimensões”⁹, de acordo com o surgimento sequencial desses direitos em diferentes períodos históricos.

A primeira geração de direitos fundamentais surgiu com as Revoluções francesa e americana, ainda no século XVIII, representando uma defesa à autonomia pessoal do indivíduo. São direitos essencialmente individuais, que clamavam do Estado uma abstenção da sua parte, deixando que os indivíduos se tratassem mutuamente em igualdade de condições.

Esses direitos de primeira geração foram sedimentados nas primeiras Constituições escritas, onde se consolidaram os direitos civis e políticos, e, por “defenderem” os cidadãos do poder estatal, são denominados de “direitos de defesa” ou “direitos de resistência”¹⁰.

⁹ Para o objeto do presente estudo acadêmico, faz-se indiferente a distinção entre as nomenclaturas “geração” ou “dimensão” dos direitos fundamentais. Contudo, há doutrina mais especializada que orienta a utilização da denominação “dimensão”, em lugar de “geração”, uma vez que esta última pode, erroneamente, suscitar entendimento de que uma geração posterior de direito fundamental (ex.: terceira geração) é mais nova e, portanto, mais atual e se sobrepõe à geração anterior. Contudo, as diferentes gerações de direitos fundamentais representam tão somente uma indicação histórica do surgimento daquele conjunto de direitos fundamentais que, por possuírem características ou incidência semelhante, foram agrupadas numa mesma dimensão de direitos, não significando que uma geração se sobrepõe à outra.

¹⁰ NOVELINO, Marcelo, Curso de Direito Constitucional, *ob. Cit.* pg. 308.

Alguns exemplos que podem ser citados como direitos fundamentais de primeira geração são a inviolabilidade do direito à vida – intra e extrauterina –, o direito à privacidade e as liberdades de manifestação de pensamento, crença e culto.

Os direitos fundamentais de segunda geração surgiram nas primeiras décadas do século XX. A falta de preocupação do indivíduo com os problemas sociais, como um todo, trouxe o Estado de volta para o cenário social, já que a figura de um Estado liberal ausente não mais atendia às necessidades sociais; a crescente industrialização, bem como os problemas dela decorrentes, como as desigualdades sociais, o crescimento demográfico, ausência de saneamento básico e outros, fizeram com que o Estado tomasse uma nova posição na sociedade, com contorno mais intervencionista na vida econômica, com o escopo de alcançar a justiça social.

Ainda que estejam revestidos de caráter eminentemente social, os direitos de segunda geração também têm como destinatário o indivíduo, denominando-se direitos “sociais” em razão do seu perfil atrelado à ideia de justiça social, muito embora sejam, majoritariamente, titularizados por indivíduos singulares¹¹.

Esses direitos estão ligados à igualdade material entre os indivíduos, diferenciando-se da igualdade meramente formal estabelecida pelos direitos fundamentais de primeira geração. Também são conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo do Estado, por sua vez, não uma atitude passiva, de respeito e abstenção, mas uma proatividade, ações positivas a fim de efetivar tais direitos. São chamados “direitos prestacionais” por exigirem do Estado uma prestação, um dever de agir.

Essa ação do Estado pode se tratar de uma proteção a certos bens juridicamente relevantes, ou de uma promoção de condições necessárias para o efetivo exercício desses direitos ou garantias.

A prestação estatal pode ser uma prestação de cunho jurídico ou material, através da oferta de bens ou serviços de fruição individual – como remédios, cestas básicas, saúde – ou de fruição universal dos serviços monopolizados pelo Estado – como segurança pública.

Já os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles ligados aos valores de solidariedade e de fraternidade. Estes, sim, estão relacionados a uma ideia de fruição coletiva, isto é, são direitos cuja titularidade não recai sobre o indivíduo, em razão de possuírem caráter transindividual.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *ob. Cit.* pg. 135.

Não há terreno pacífico na doutrina constitucionalista acerca de quais direitos compreendem esta terceira dimensão de direitos fundamentais, contudo, entende-se que esta geração de direitos se destina à proteção do Homem enquanto gênero, enquanto raça, e não enquanto indivíduo.

Não há entendimento pacífico quanto ao rol das características dos direitos fundamentais; conquanto, podemos destacar algumas características comuns a todas as gerações de direitos fundamentais que são trazidas predominantemente pelos juristas constitucionalistas:

1) Universalidade:

A universalidade consiste na existência de um núcleo mínimo a ser protegido por todos os Estados, ainda que de forma diferente, desuniforme, em razão da diversidade cultural existente, porém compreende o entendimento de que ser humano é condição suficiente para se garantir a fruição desses direitos fundamentais.

Os professores Paulo Branco e Gilmar Mendes – atual Ministro do STF –, em seu livro “Curso de Direito Constitucional” (2018), afirmam que alguns direitos fundamentais são destinados a *todos* os seres humanos, como o *direito à vida*. Outros direitos fundamentais, por outro lado, não se destinam a toda e qualquer pessoa humana, porque não interessam a todos – a exemplo dos direitos trabalhistas, que são titularizados apenas por aqueles indivíduos que exercem alguma atividade laboral.

A universalidade pode, ainda, narrar como atributo dos direitos fundamentais um possível caráter absoluto, no que tange a sua hierarquia jurídica – e não no que concerne à impossibilidade de limitação em face de colisão com outro direito fundamental ou outro valor de ordem constitucional – *apenas*.

2) Historicidade:

Indica que o desenvolvimento desses direitos e garantias fundamentais se dá a partir de um determinado contexto histórico, o que explica a alteração de conteúdo desses direitos fundamentais ao longo do tempo.

A historicidade exclui, por si só, o caráter absoluto dos direitos fundamentais (quanto à impossibilidade de limitação), uma vez que a própria historicidade implica dizer que os direitos fundamentais não têm um mesmo sentido e conteúdo em toda e qualquer circunstância de tempo, modo e lugar.

Partindo-se do pressuposto de que o nascedouro dos direitos fundamentais se encontra nos diferentes semblantes assumidos pelo Poder, configurando-se como uma resposta e

limitação, esses mesmos direitos fundamentais variam de acordo com a mutabilidade do poderio estatal.

3) Inalienabilidade:

A ausência de valor econômico exclui esses direitos do âmbito de incidência de qualquer ato de disposição, seja a título gratuito ou oneroso, não podendo o seu titular dele renunciar, negociar, vender, doar ou dispor.

Não há, também, pela inalienabilidade, possibilidade de destruição material dos direitos fundamentais; ou seja, não há possibilidade de que o seu titular torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente.

A justificação desse atributo encontra guarida na ideia de que os direitos fundamentais têm por alicerce o valor da dignidade da pessoa humana. Essa dignidade é consectário lógico “*da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre*” (MENDES, BRANCO, 2018). Não ser uma faculdade do homem deixar de ser humano, implica dizer que não há viabilidade em se admitir que o Direito permita ao homem ser livre e se privar de sua dignidade.

Os professores Paulo Branco e Gilmar Mendes – atual Ministro do STF –, em seu livro “Curso de Direito Constitucional” (2018), ressaltam que a inalienabilidade é atributo tão somente daqueles direitos que se destinam ao *resguardo diretamente da vida biológica, sem a qual, segundo os professores, não há substrato físico para o conceito de dignidade*.

Assim, reconhecem como *inalienável o direito à vida*, não podendo haver qualquer ato de disponibilidade patrimonial que reduza essa qualidade do direito fundamental.

4) Imprescritibilidade:

A relevante importância dos direitos e garantias fundamentais, que nos conduzem à própria garantia da dignidade da pessoa humana, faz com que não exista um prazo de validade para fruir desses bens constitucionalmente protegidos, sendo, pois, imprescritíveis.

5) Irrenunciabilidade:

Na mesma sorte da inalienabilidade, a irrenunciabilidade implica na impossibilidade de, por qualquer forma, seja pelo desuso, seja pela renúncia expressa, se admitir renúncia ao núcleo do direito fundamental.

6) Relatividade:

A relatividade consiste na limitabilidade de um direito fundamental por outro, já que nenhum direito fundamental é considerado absoluto.

O que existe, na realidade, é uma coexistência harmônica de todos os direitos e liberdades públicas, que devem ser exercidos nos limites impostos pela Constituição, compatibilizando-se a pluralidade de direitos e garantias.

2.3 O direito fundamental à vida como cláusula pétrea

A Constituição Federal de 1988 prevê, de maneira expressa, a possibilidade de alteração da Constituição por meio do Poder Constituinte Derivado reformador, cujo processo legislativo se encontra expressamente descrito no art. 60 do título IV, capítulo I, seção VIII, subseção II da Carta Magna¹².

O Poder Constituinte originário, por inaugurar uma nova ordem constitucional, rompendo a antiga ordem, democrática ou não, é soberano e – para parte da doutrina – ilimitado. Doutrina mais moderna rejeita o caráter ilimitado do Poder Constituinte originário, afirmando que, nas novas ordens democráticas mundiais, esse Poder originário possui algumas limitações, tais como valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva, e *jus cogens*, em razão de compromisso assumido internacionalmente pelo Estado¹³.

Nesse sentido, a limitação ao Poder Constituinte originário encontra assento nos princípios internacionais de direitos humanos e de justiça, em razão do princípio de vedação ao retrocesso.

O Poder Constituinte Derivado reformador, por sua vez, está inserido na própria Constituição e é por ela limitado.

A CRFB/88 narra limitações de natureza circunstancial e material ou substancial.

As limitações circunstanciais consistem na vedação à reforma da Constituição durante determinadas circunstâncias consideradas extraordinárias e impróprias para mudanças constitucionais. Essa vedação preza pela soberania da Carta Magna, garantindo a estabilidade do sistema constitucional democrático, protegendo-o de paixões efêmeras ou momentos de tensão ou conflito.

¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. *ob. Cit.* pg. 239.

As limitações materiais ou substanciais excluem da apreciação do Poder Constituinte Derivado reformador determinados conteúdos tidos como valiosos para o Constituinte originário. Tratam-se de limites que protegem a supressão – total ou parcial – ou limitação de determinados conteúdos constitucionais, não impedindo, todavia, que esses conteúdos tenham sua proteção ou prestígio ampliados.

As limitações materiais estão previstas expressa e implicitamente. Nesse ínterim, o art. 60, §4º da Constituição prevê expressamente que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, consagrando-os, assim, como cláusulas pétreas resistentes à mutabilidade constitucional. Assim, pode-se dizer que os direitos e garantias fundamentais – principalmente o direito à vida – são insuscetíveis de abolição, ainda que parcial.

O professor Marcelo Novelino, em seu exemplar “Curso de Direito Constitucional”, narra que essa proteção – que chamou de – *qualificada* possibilita o próprio processo democrático (2018), pois resguarda objetivos de longo prazo. No mesmo contexto, o professor faz alusão à *teoria da democracia dualista*, que sustenta haver dois contextos de política – um, de política extraordinária e, o outro, de política ordinária. No contexto da política extraordinária, é quando se tem uma manifestação e exercício intenso de cidadania, no ápice de grande mobilização cívica, como no caso da formação das Assembleias Constituintes, de modo que, o exercício dessa cidadania se encontra em um patamar superior ao da política ordinária, podendo a ela impor limites. A política ordinária seria, então, o exercício da tomada de decisões cotidianas por meio de estruturas deliberativas.

As cláusulas pétreas previnem um processo de decomposição da Constituição e têm por missão coibir a mera tentativa de abolir sua proposta essencial; as cláusulas pétreas funcionam como um véu que protege o propósito substancial e duradouro da Carta Política de fascínios momentâneos, inclinados a sacrificar metas de longo prazo em prol da maximização de seus interesses imediatos.

O professor Dirley da Cunha Junior, em sua obra “Curso de Direito Constitucional” (2013), narra que a vedação não se aplica apenas à supressão expressa do direito ou garantia fundamental, mas alcança também qualquer emenda propensa (“...proposta de emenda *tendente...*”) a abolir – e não apenas as emendas que efetivamente abolem o direito ou garantia fundamental.

O fundamento da cláusula pétrea não reside na inalterabilidade do texto constitucional, mas na proteção aos *princípios e estruturas essenciais* à Carta Política, de forma que permaneça conservado o núcleo essencial dos bens constitucionalmente amparados.

É de considerar que a proteção do direito à vida como cláusula pétrea compreende a vida intra e extrauterina e consiste em princípio essencial à estrutura da Constituição brasileira, posto que sustentáculo de todas as demais formas de garantia da dignidade da vida humana. Se não há *vida* humana, não há organização política e social, ordem econômica, não há direitos e garantias fundamentais, pois não há *o que* se garantir.

Nesse segmento, é forçoso afirmar que o direito à vida, intra e extrauterina, é direito fundamental que goza de status de cláusula pétrea, estando salvaguardado de quaisquer reduções ou supressões de conteúdo. Sendo garantia fundamental correspondente ao próprio direito de viver, não se pode dizer que se admite “redução parcial” no seu sentido, sem exclusão do seu conteúdo completo, preservando-se um núcleo essencial, porque não há cisão do seu conteúdo, tratando-se de uma estrutura única de proteção: ou se está vivo, ou se está morto; ou se vive, ou se morre.

Se, nessa esteira, uma emenda constitucional – fruto do exercício da soberania do povo, titular do Poder, mediante sistema representativo – não poderia jamais restringir o referido direito fundamental, nem sequer por via do mais complexo processo legislativo, tão pouco o pode um Poder estranho ao Legislativo, isto é, o Poder Judiciário, cujos integrantes não são titulares de cargos eletivos, não representam, pois, a vontade do povo.

2.4 O direito fundamental à vida

A vida humana é um direito fundamental de primeira geração, estando constitucionalmente previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e, de maneira mais precisa, pode-se dizer que a vida intrauterina também está abarcada como direito fundamental da criança no art. 227 da mesma Carta constitucional¹⁴, porque não há formação da criança sem que, necessariamente, haja um processo de formação da própria vida humana – que passa pela fase intrauterina.

A única limitação do direito à vida constitucionalmente sedimentada está prevista no art. 5º, XLVII, “a”, quando da autorização de pena de morte no caso de guerra declarada¹⁵.

¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, *o direito à vida*, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

O direito fundamental à vida está atrelado à existência física do indivíduo, iniciada antes mesmo do nascimento. O art. 5º da Constituição refere-se à vida humana, na sua acepção biológica. Ele é pressuposto elementar para todos os demais direitos fundamentais, porque necessário estar vivo para fruir dos demais direitos constitucionalmente garantidos, possuindo, assim, maior peso *em abstracto* com relação a qualquer outro interesse.

A Carta Magna determina uma proteção à vida em si mesma, bem assim à vida de qualidade, ao rechaçar condutas que coloquem em risco o meio ambiente, a vida ou a qualidade de vida¹⁶.

O direito à vida recebe proteção central não apenas no ordenamento jurídico interno, mas também no âmbito internacional, como no Pacto de São José da Costa Rica¹⁷, determinando-se a proteção *desde a concepção*; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas¹⁸; e também na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança¹⁹, que além de proteger todo indivíduo com menos de 18 anos de idade, impõe um reconhecimento do direito à vida inerente à própria criança²⁰, assegurando-lhe a *sobrevivência* e o *desenvolvimento*²¹.

Os organismos internacionais já perceberam que, sem o desenvolvimento intrauterino, não há que se falar em existência da criança – isto é, do homem. Por isso, todo o cenário mundial preza pela preservação da vida humana em todas as suas formas, desde a concepção, reconhecendo o embrião humano nidado na parede uterina como vida autônoma e própria, posto que detentor de uma estrutura genética particular – distinta da progenitora responsável pela gestação.

O direito à vida é um valor soberano na ordem constitucional, porque informa e justifica todos os demais valores e direitos²². Conferir proteção à dignidade humana é, em última análise, conferir proteção à existência em si mesma – sem a qual não há que se falar em dignidade humana.

propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

¹⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁷ Artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. *Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.* Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

¹⁸ Artigo 6. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. *Esse direito deverá ser protegido pela lei.* Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

¹⁹ Artigo 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança *toda ser humano com menos de dezoito anos de idade*, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.

²⁰ Artigo 6. 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

²¹ Artigo 6. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

²² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. *ob. Cit.* pg. 256.

Por conseguinte, a titularidade do direito à vida é atributo essencial de qualquer ser humano, bastando – tão somente – que seja uma pessoa humana, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição.

Não se pode condicionar o direito à vida a uma situação específica de desenvolvimento orgânico do ser humano, sob pena de se obter um retrocesso social, buscando-se o sacrifício das vidas humanas extrauterinas de crianças que possuem desenvolvimento tardio, deficiência física ou mental, que tenham seu sistema cognitivo prejudicado em razão de malformação congênita ou não.

É por esta razão que o direito à vida *desde a sua concepção* está salvaguardado pelo direito constitucional à vida, uma vez que não se pode utilizar a formação incompleta do indivíduo como óbice à proteção constitucional, posto que a formação incompleta pode existir tanto dentro do útero materno, como fora dele, não sendo a proteção constitucional destinada aos seres humanos em perfeita formação, mas a *absolutamente todos* os indivíduos que carregam em seu código genético estrutura própria da raça humana.

A proteção constitucional alcança qualquer indivíduo que seja humano, tendo em vista que a vida humana se basta em si mesma, sendo o homem um fim em si mesmo²³.

A proteção que a legislação infraconstitucional (Código Penal) confere ao bem jurídico “vida intrauterina”²⁴, ao criminalizar o ato do encerramento prematuro de uma vida humana em formação, corresponde a uma preservação do direito de nascer. Isto é, não se fala em “vida” sem que se fale em “nascimento”, de modo que o *direito de nascer* é consectário lógico do direito à vida, constitucionalmente garantido.

O fim da proteção da vida humana, por consequência lógica, termina com a morte – muito embora outros direitos sejam garantidos ainda após a morte, estes, amparados pela doutrina civilista como direitos da personalidade.

O direito à vida possui duas diferentes vertentes:

1) Negativa:

²³ QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais.

²⁴ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Consiste no direito todo ser humano permanecer vivo (direito de defesa). Nessa acepção, o direito à vida é pressuposto básico para o exercício de qualquer outro direito, além de configurar um direito autônomo.

2) Positiva:

Consiste no direito de ter uma vida digna, não se limitando ao mínimo existencial, isto é, o direito de exigir do Estado prestações positivas, como bens, serviços, proteção, acepção esta que possui íntima relação com o direito à vida *digna*. É uma pretensão jurídica à proteção do Estado.

O direito à vida constitucionalmente garantido não deve ser pensado tão somente sob o prisma da vida individual (perspectiva subjetiva), mas, também, sob a ótica de bem jurídico essencial (perspectiva objetiva) – abstratamente considerado e independentemente de um indivíduo que titularize esse direito.

Ele não se confunde com uma liberdade, não há uma opção para não viver, razão pela qual o Estado é responsável pela preservação da vida – inclusive – do indivíduo que pretende ceifar sua própria vida.

A proteção do Estado à vida se mostra meio capaz de apartar do âmbito privado a decisão sobre viver ou não. A vida humana é valor muito custoso à ordem democrática constitucional, não se podendo reduzir aos interesses pessoais e momentâneos da seara privada que, ademais, na maior parte das vezes, é movida a interesses lucrativos, desprovidos dos valores constitucionais pensados no ápice de movimento cidadão de ruptura com a ordem ditatorial anterior.

É nesta linha que o Estado assume o dever de proteger a vida dos indivíduos sob sua custódia, no intuito de resguardar a própria existência dos indivíduos que ali se encontrem sob sua guarda e vigia, possuindo responsabilidade frente a um homicídio dentro do sistema prisional – ainda que não tenha sido cometido por um dos agentes públicos.

Nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: *DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO*. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano

causado a terceiro. III. - *Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado*: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - R.E. conhecido e não provido²⁵.

1. Maria da Penha do Nascimento e os menores Martiniano Nascimento de Lima, Alexandre Nascimento de Lima, Maximiliano Nascimento de Lima e Alex Sandro de Lima buscam *indenização pela morte de seu companheiro e pai ocorrida no interior de presídio administrado pelo Estado do Rio de Janeiro, em decorrência da ação de outros detentos que se rebelaram com o fim de obter transferência para outros estabelecimentos prisionais*. 2. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entretanto, não acolheu a pretensão, em decisão assim emendada: "Responsabilidade do Estado. Crime ocorrido em estabelecimento penal. Inexiste responsabilidade se a vítima, condenada por delito que revela periculosidade, foi colocada para cumprir pena em estabelecimento em que se encontravam outros presos também perigosos. Inexistência de inimizade conhecida entre a vítima e seus matadores que tornasse particularmente desaconselhável a permanência no mesmo presídio. Ocorrência fora dos limites do previsível, não havendo como se atribuir culpa aos agentes do Poder Público incumbidos da guarda e vigilância dos presos." 3. Daí o recurso extraordinário, em que se alega contrariedade ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, pois *restou configurada falha do Estado em seu mister de cuidar da incolumidade física e moral dos detentos e, por isso, cabível o pleito indenizatório*. 4. Têm razão os recorrentes. Esta Suprema Corte, no julgamento de casos semelhantes ao presente, vem reconhecendo que *o Estado tem o "dever de zelar pela integridade física do preso. Encontrando-se o preso sob a guarda do Estado, deve este cuidar de protegê-lo contra agressões, quer de agentes do Estado, quer de companheiros de prisão"* (RE 372.472, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 28/11/2003). 5. Extraí-se, a partir da leitura do acórdão recorrido, que o Poder Público efetivamente restou omissivo, porquanto não tomou as medidas necessárias para evitar a ação dos presos rebelados e, em última análise, o óbito do companheiro e pai dos recorrentes. Está caracterizada, pois, a chamada *faute de service*, o que basta para ter presente o dever de indenizar do Estado. 6. Outra não foi a conclusão alcançada por esta Casa no julgamento de lides análogas à presente: RE 179.147, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 27/2/1998; RE 170.014, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 13/2/1998 e RE 215.981, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, unânime, DJ 31/5/2002. 7. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º - A do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário, para restabelecer o acórdão de fls. 902-911. Publique-se. Brasília, 8 de setembro de 2004. Ministra Ellen Gracie Relatora²⁶.

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. *Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais*. 3. *Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva*. 4. *Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexó de causalidade em função do dever constitucional de guarda* (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento²⁷.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que

²⁵ RE 372472, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929.

²⁶ RE 231738, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 08/09/2004, publicado em DJ 27/09/2004 PP-00051.

²⁷ RE 272839, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 RTJ VOL-00194-01 PP-00337 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138.

reformou a sentença, *condenando o estado a indenizar os filhos menores de detento assassinado por companheiro de cela em presídio especial da Polícia Civil*. 2. No recurso extraordinário, o estado de São Paulo aponta *violação do disposto nos arts. 5º, LV, e 37, § 6º, da Constituição*, pois não há nenhuma participação dos agentes do estado no evento danoso narrado na inicial, uma vez que *a morte da vítima se deu em razão exclusivamente da ação de seu companheiro de cela*. O recorrente argumenta ainda que, na hipótese de *responsabilidade civil por omissão*, o estado responde sempre subjetivamente quando tem o dever de impedir que os fatos ocorram. 3. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em caso de morte de detento sob custódia do estado, é devida a condenação imposta. A responsabilidade de reparar os danos decorre da violação do dever de guarda, dado que o Estado não teria tomado todas as medidas necessárias para impedir o homicídio*. Nesse sentido, confirmam-se: "Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 272.839, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2005) "Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença." (RE 215.981, rel. min. Néri da Silveira, DJ 31.05.2002) Dessa orientação não divergiu a decisão recorrida. 4. Ademais, inexistente a alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição, porquanto o acórdão recorrido, julgando o recurso interposto, prestou inequivocamente jurisdição, sem desprezar os princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Do exposto, nego seguimento ao presente recurso. Brasília, 1º de agosto de 2005. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator²⁸.

O Estado brasileiro não permite, por exemplo, a eutanásia sob o argumento de que não se é dado o direito de não mais viver, sendo uma prática incompatível com o direito à vida. Nem mesmo com o consentimento do paciente pode-se realizar a prática da eutanásia.

Nesta linha, é de se concluir que tão menos seria possível permitir, no Estado brasileiro, a legalização do aborto, uma vez que não há consentimento do sujeito passivo, cuja vida será encerrada. Na eutanásia, contudo, embora não seja debate do presente trabalho acadêmico, observa-se que a doutrina fala de um paciente em estado de vida terminal, que deseja encerrar o resto de sopro de vida que ainda habita em seu corpo. Já no aborto, há uma vida humana absolutamente viável, sem qualquer mal terminal ou inviabilidade congênita (como no caso da anencefalia), o que denota situação diametralmente oposta: não se admite a eutanásia de

²⁸ RE 217592, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 01/08/2005, publicado em DJ 18/10/2005 PP-00038.

paciente em estado terminal, com pouca ou nenhuma qualidade de vida, ainda que com o seu consentimento, porém se pretende autorizar o encerramento prematuro de uma vida intrauterina em formação, sem o consentimento da vítima cuja vida se deseja foçar, ainda que haja absoluta viabilidade no seu nascimento.

O direito à vida, modernamente, é abarcado não apenas como ato de existir, mas como ato de existir com qualidade de vida, abrangendo-se, no direito à vida, o direito à vida *digna*, contexto no qual se atribui ao Estado a obrigação de alimentação, de fornecer medicamentos às pessoas doentes, de habitação, de vestuário, de educação, entre outros.

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - *O direito à saúde* - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - *representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.* O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. *A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.* - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. *DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.* - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF²⁹.

Da mesma forma que o direito à saúde é traduzido como consectário lógico do direito à vida, o direito ao nascimento também o é. Toda pessoa humana tem direito a nascer, posto que

²⁹ RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

é garantidor do próprio direito à vida e possibilita a fruição de todos os demais desígnios constitucionais.

Não obstante a prolixidade da Carta Política brasileira, não foram previstos mecanismos assecuratórios da proteção ao direito à vida intrauterina. Em verdade, ainda que se trate de uma Constituição prolixa, não haveria viabilidade prática para a narrativa de todos os meios de proteção a todos os direitos e garantias fundamentais assentados na Constituição.

Assim é que a Carta Magna deixa ao abrigo da legislação infraconstitucional a continuação da proteção dos bens tutelados constitucionalmente, com o escopo de se alcançar uma harmonização na referida proteção.

Em observância à vontade Constitucional, o Código Penal, anterior à CRFB/88 e por ela recepcionado, bem assim o Código Civil de 2002, esboçam contornos protetivos da vida intrauterina, seja, no primeiro caso, criminalizando a conduta de extirpar a vida de um bebê humano, seja, no segundo caso, delineando garantias ao nascituro, desde a sua concepção.

2.5 Colisões com o direito fundamental à vida

Nos casos de colisão entre direitos fundamentais, deve-se exercer um juízo de ponderação, ligado ao princípio da proporcionalidade. Nesta seara, o sacrifício de um dos direitos se revela necessário à solução do problema e deve ser o meio menos danoso, de modo que o ônus imposto não se sobreponha ao benefício que se pretende obter da solução do caso concreto.

Nas lições dos professores Gilmar Mendes e Paulo Branco, “*o âmbito de proteção de um direito é a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental*” (2017).

Na análise da colisão de direitos fundamentais, há que se levar em conta não apenas o peso em abstrato dos direitos contestados, como também o grau de interferência sobre o direito preterido.

Infere-se, assim, não ser razoável considerar que o encerramento de uma vida intrauterina já iniciada – pois dotada de código genético (DNA) próprio e independente da sua progenitora – é meio adequado e necessário à garantia da integridade física e psíquica da gestante.

A interferência do direito fundamental à integridade física e psíquica da gestante no direito à vida do nascituro constitui a própria aniquilação da vida do nascituro, não havendo qualquer outra possibilidade de recuperação ou desfazimento desse ato. A prevalência, por outro lado, da vida humana em detrimento da integridade física e psíquica da gestante representa uma interferência cujos danos podem ser minimizados através do trabalho de uma equipe multidisciplinar, com apoio psicológico e assistencial, facultando-se, principalmente, a entrega do bebê para adoção, na hipótese da gestante não decidir ficar com a criança.

A ausência de poder de decisão, por parte do indivíduo em formação – que se pretende sacrificar – deve ser vista sob a ótica de *pessoa humana* em estado de vulnerabilidade por parte dos Poderes Públicos, que deveriam incentivar o apoio multidisciplinar à mulher gestante, a fim de minimizar os infortúnios que porventura venham a existir em razão do despreparo emocional e psicológico oriundos de uma gravidez não programada e indesejada, em vez de optar pelo encerramento de uma vida.

Aliás, a descriminalização do aborto não implica na ausência de danos ou marcas psicológicas na vida da mulher gestante; antes, somente pelo fato de já se encontrar gestando e ter de escolher entre levar a cabo a referida gestação ou encerrá-la prematuramente, a mulher terá seu corpo e sua mente transformados a partir do momento em que tomar a decisão.

A descriminalização ou a legalização do aborto não faz com que a mulher regresse ao *status quo* existente anteriormente à descoberta da gestação e à decisão sobre manter a gravidez ou encerrá-la.

Destarte, no juízo de ponderação, devem ser suprimidos o mínimo o possível dos direitos em causa, a fim de se preservar o núcleo essencial dos direitos em apreço. Não se pode asseverar que o núcleo essencial do direito fundamental à vida é preservado a partir do momento em que ele é sacrificado por completo para dar lugar à integridade física e psíquica da mulher gestante.

É de se notar que os mais diversos exemplos de colisão (e cedência) do direito fundamental à vida trazidos pelas doutrinas constitucionalistas consistem em exemplos cujo embate ocorre entre outro direito fundamental de igual dimensão, como o direito à vida.

É sabido que não existe hierarquia entre os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal; contudo, há uma certa proteção especial voltada para o direito à vida, já que consiste na base para a fruição de todos os demais direitos e garantias fundamentais.

Assim, observa-se que o direito fundamental à vida dá lugar à pena de morte no caso de guerra, uma vez que se tutela a soberania e a segurança nacionais, em situação anômala de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII, “a”, da CRFB/88) – única exceção *constitucional*.

Bem assim, nos casos trazidos pela legislação infraconstitucional, igualmente se tutela a segurança nacional na autorização para o abate de aeronaves consideradas hostis pelo Código Brasileiro de Aeronáutica³⁰.

Bem assim, o Código Penal admite o exercício da legítima defesa quando, diante da ausência do Estado, a vítima se vê obrigada a repelir injusta agressão provocada por outrem³¹.

Ressalte-se, que, ainda assim, é necessário que haja o emprego de *meios moderados* a fim de cessar a injusta agressão. Nem mesmo o sacrifício de uma vida é admitido, em Direito Penal, para a cessação de uma agressão de lesão corporal, por se tratarem de bens jurídicos de valoração diferente – em tese, já que o caso concreto pode enveredar para outra realidade, distinta da realidade teórica, de acordo com as peculiaridades de cada situação.

Na visão daqueles que afirmam ser o aborto a solução para os problemas sociais, a integridade física da mulher que se considera violada consiste na redução de sua saúde ao se submeter a procedimentos abortivos inseguros, que comprometem sua saúde (integridade física) e mesmo sua própria vida.

Contudo, a proteção à vida humana não se trata, tão somente, de uma questão de saúde pública, sendo, primeiramente, um direito inerente ao homem, não podendo ceder a anseios sociais fulgazes de interesses particulares.

A legalização do aborto não encontra guarida no argumento de que mulheres negras e carentes são as que mais sofrem com a criminalização do aborto, devendo, por esta razão, permitir-se a realização de abortos por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) e pela rede privada de saúde, a fim de que as mulheres negras e carentes tenham as mesmas possibilidades que mulheres brancas e abastadas, que possuem melhores condições econômicas de se submeter a um procedimento de aborto seguro.

Conquanto, esta é uma lógica inversa, fomentada nas mídias de controle de massa para buscar apoio à causa abortista.

Uma comparação analógica impele afirmar que não se defende a legalização do porte de arma de fogo em razão do seu alto preço no mercado clandestino. Não se pode validar um argumento amparado na ideia de que, como pessoas negras e menos abastadas economicamente não conseguem adquirir armas de fogo no mercado clandestino em razão do seu alto custo,

³⁰ Art. 303. §2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

³¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. *ob. Cit. pg. 345.*

então se deve legalizar o porte de arma de fogo para que o seu comércio seja mais acessível a toda a população.

Ao contrário dessa lógica, o Poder Público deve fomentar políticas públicas de educação sexual, levando métodos contraceptivos gratuitos a todas as mulheres, a fim de se evitar, ao máximo, gestações indesejadas.

Ainda assim, a descriminalização do aborto não representa uma proteção à “*minoria*” negra – que, em realidade, é uma maioria populacional no Brasil, porém muitas vezes se estuda como minoria a fim de se realçar a sua vulnerabilidade, aumentando-se a proteção material e jurídica sobre esse grupo de mulheres.

A título de exemplo, estudos apontam que as taxas de aborto são maiores na população negra nos Estados Unidos³². Esse crescimento passa a ser alarmante quando se entende a questão do aborto como uma possibilidade de se exterminar uma juventude negra.

Aberrações experimentadas em um passado não tão longínquo reclamam maior cuidado no trato com a vida humana.

A única espécie de sanção que não pode ser desfeita ou resolvida em responsabilidade civil do Estado é a sanção *morte* – constitucionalmente vedada no Brasil –, dado que não se pode devolver a vida para quem a perdeu. Do mesmo modo, não se pode prever quais os impactos da legalização do aborto nas gerações futuras, inclusive na etnia negra (que se imagina estar a proteger), sendo uma realidade irreversível após inúmeras mortes legitimadas pela descriminalização ou legalização do aborto.

A descriminalização do aborto não garante a preservação da integridade física da mulher somente pelo fato de que ela deixará de se submeter a procedimentos clandestinos e inseguros para a retirada do bebê indesejado. Isto porque, mesmo após a legalização do aborto, o sistema de saúde brasileiro não goza de plena capacidade de fiscalização da iniciativa privada, o que daria ainda mais insegurança na realização do procedimento.

Não é crível que em um país onde pessoas ainda morrem nas portas e filas de hospitais possa avocar mais uma responsabilidade para si, qual seja de assumir os procedimentos de aborto de maneira legal, e que isso seria menos custoso do que um processo profundo de conscientização e educação sexual.

Outro exemplo concreto, também referente aos Estados Unidos da América, onde há ampla legalização do aborto, é que muitas clínicas de aborto vêm fechando as portas por dois motivos primordiais: 1) o não atendimento a novas exigências de saúde para as mulheres a

³² Globo.com. *Taxa de aborto ainda é maior entre negras e hispânicas nos EUA.*

serem atendidas; 2) a baixa procura e a permanente redução do apoio ao aborto em razão da crescente educação sexual que se vem promovendo no país³³.

Esse cenário internacional apenas demonstra que a legalização do aborto importa tão somente às clínicas privadas que desejam fixar novo domicílio no Brasil, em nada interferindo para a promoção da integridade física da mulher, não havendo, assim, que se falar em colisão entre o direito fundamental à integridade física da mulher e o direito fundamental à vida do nascituro – o que prevalece ante o quadro narrado.

Como pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias, nenhum direito fundamental é absoluto, justamente por isso é que, no caso de colisão entre direitos fundamentais, a jurisprudência se socorre de um juízo de ponderação, amparado no princípio da proporcionalidade.

Partindo dessa premissa de ausência de absolutismo dos direitos fundamentais, tem-se que a limitação desses direitos pode ser uma barreira imposta por outro direito fundamental ou valor constitucional, ou pela legislação infraconstitucional – com permissivo constitucional.

No caso dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, como uma garantia fundamental a ela destinada pela Carta de 1988, não se pode afirmar que eles possuam caráter absoluto. O seu exercício se encontra delimitado a partir do surgimento de outra vida que não a da mulher titular do direito sexual e reprodutivo.

O exercício desse direito compreende a escolha de se autodeterminar enquanto gênero, de indicar sua inclinação de atração sexual, bem assim exercer *livre* e efetivamente atos libidinosos e sexuais destinados à sua satisfação pessoal compreendida no recém descoberto direito à busca pela felicidade.

Sem embargo, se o produto do livre exercício desse direito sexual se tratar de uma vida humana, distinta da vida da mulher – muito embora nela resida para assim se desenvolver e formar como *ser humano* –, com código genético próprio, diverso do de sua progenitora, nesse produto reside a limitação ao exercício do direito sexual e reprodutivo da mulher.

É de se compreender que não houve supressão do direito sexual e reprodutivo da mulher, mas tão somente uma limitação a este direito, que se encontra condicionado na existência de outro direito garantido constitucionalmente – o direito à vida do nascituro.

³³ Nesse sentido: “*Por que as clínicas de aborto nos EUA estão fechando?*”, “*Abortion Clinics Closing at Record Pace as More Babies Saved From Abortions*”, “*Por dentro de uma clínica de aborto nos EUA*”, “*Sob a mira dos conservadores, clínicas de aborto fecham nos EUA*” e “*Aborto seguro? Saiba como são as clínicas de aborto legal nos EUA*”.

Da mesma forma que os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia da mulher se encontra condicionada à existência de uma nova vida distinta da sua, tendo em vista que não mais se trata de decisão que envolva apenas seu próprio corpo, extrapolando a esfera física unicamente de si mesma, alcançando, agora, uma outra esfera física pertencente a outro ser humano.

A plena igualdade de gênero, por sua vez, entre homens e mulheres é matéria estranha às ciências jurídicas e afeta às ciências naturais.

Todo ser possui uma composição própria, determinada pela natureza, o que apenas seria modificado em caso de manipulação genética do DNA humano, a fim de se criar uma nova espécie animal.

A genética humana é naturalmente formada por dois indivíduos diferentes, pensados, na natureza, não como seres singulares, dotados de dignidade e valor – esta é uma construção jurídico-social –, mas como macho e fêmea, a fim de se garantir a perpetuação da espécie humana.

Os estudos teóricos, próprios do mundo jurídico, ainda que gozem de aplicabilidade no plano social, não têm o condão de suplantar a realidade natural de distinção entre dois tipos humanos.

Não há qualquer viabilidade na tentativa de equiparação *plena* entre dois gêneros geneticamente distintos, de modo que a descriminalização do aborto em nada contribuiria para a equiparação desses dois gêneros humanos.

De outra senda, o que se deve perseguir, através da atuação judicial e dos poderes públicos, é a igualdade *material* entre homens e mulheres de uma mesma sociedade, através da conquista de um *status* político, econômico e social equânime entre homens e mulheres,

Assim, o trabalho do Poder Judiciário, em consonância com o poder público, é buscar meios de se permitir a atuação da mulher no mercado de trabalho, em condições diferenciadas de competitividade a fim de se alcançar a isonomia material com relação ao homem, tendo em vista a sua peculiaridade de ser mulher e, portanto, capaz de engravidar; bem assim, promover a repreensão de comportamentos discriminatórios e garantir efetivo apoio às mulheres que desejem manter a criança – apoio este de cunho material ou psicológico –, incentivando o aleitamento materno exclusivo até o sexto mês, e às mulheres que desejam entregá-la para adoção, amparando-as legal e psicologicamente, e facilitando o processo de entrega para adoção e perda do poder familiar (neste sentido).

Denota-se, dessa forma, a importância social que reside na problemática jurídica trabalhada nessa criação acadêmica, salientando-se que o interesse público primordial deve

consistir em auxiliar a tomada de decisão da mulher de forma responsável sobre entrega para adoção ou permanência da criança sob seu cuidado e proteção, minimizando-se os danos psíquicos de uma gestação não programada, e não em descriminalizar um atentado à vida humana pelo simples fato de, neste momento histórico, mostrar-se uma opção mais prática e ansiada por parcela da população.

3 O DIREITO À VIDA FORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O DIÁLOGO DAS FONTES

A Constituição da República Federativa do Brasil não se ocupou de definir o conceito de vida, seu início ou fim.

A legislação civilista, por outro lado, tratou de definir o início da personalidade a partir do nascimento com vida (Código Civil, art. 2º)³⁴ sem, tampouco, abarcar os conceitos e “vida”, seu início ou fim, restando à doutrina o seu estudo, juntamente com a análise de outros critérios não jurídicos, objeto de estudo de outros ramos das Ciências, como biologia e medicina.

Uma primeira corrente doutrinária defende que a vida humana teria seu início a partir da concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, culminando no chamado zigoto. Não é outra senão a proteção conferida pelo Pacto de São José da Costa Rica, e seu art. 4, dispondo que a vida deve ser protegida pela lei desde o momento da concepção, sem que ninguém seja privado arbitrariamente de sua vida.

Uma segunda corrente defende que o início da vida humana apenas começa se dá com o início de uma vida viável, tendo em vista que um embrião não pode sobreviver fora do útero materno.

Terceira corrente doutrinária sustenta que a o início da vida humana pode ser percebido a partir do desenvolvimento do sistema nervoso central, que se dá no décimo quarto dia de gestação, uma vez que é somente com a aquisição dessa capacidade neurológica que o bebê passa a ter sensações, passa a ser capaz de sentir dor ou prazer.

Por fim, a quarta principal corrente doutrinária expõe que apenas quando o bebê tem capacidade de sobreviver fora do útero materno que se dá a sua passagem de “pessoa humana em potencial” para “pessoa humana tout court”.

O Conselho Federal de Medicina editou uma Resolução definindo os critérios de diagnóstico de morte encefálica. Para tanto, o Conselho traduz na Resolução que a morte encefálica se dá quando encerra a atividade cerebral. Isto é, a ausência de atividade cerebral por parte do sistema nervoso humano significa dizer que o indivíduo possui diagnóstico de morte cerebral.

Na tentativa de traçar um caminho inverso, na ADPF nº 54, o STF utilizou o conceito de morte para definir conceito da vida humana, que se daria com a formação da placa neural.

³⁴ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nesse contexto, os Ministros afirmaram que, de maneira oposta ao aborto, na anencefalia não há vida em potencial, em razão da má formação – ou ausência – da placa neural, o que inviabilizaria a vida extrauterina.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui como princípio implícito a vedação da proteção insuficiente, de modo que, de acordo com os ensinamentos doutrinários, bem como tratados firmados pelo Brasil e a legislação infraconstitucional, a jurisprudência veio consolidando, em diversos julgados, a corrente concepcionista como a adotada pela Constituição Federal no âmbito de proteção do direito à vida.

No âmbito do Direito Penal, os crimes de autoaborto e do aborto provocado por terceiro na gestante (com ou sem seu consentimento) se encontram topograficamente localizados no capítulo I dos crimes contra a vida, dentro do título I – dos crimes contra a *pessoa*. Não se trata, pois, de um problema de saúde pública ou política pública, mas de ato atentatório à própria vida humana, no estágio inicial de sua formação enquanto pessoa.

Como a vítima desses crimes é o próprio nascituro (e a mulher, no caso de aborto provocado em si, sem o seu consentimento), é imprescindível dotá-lo de personalidade, a fim de que ele possa ser qualificado como sujeito passivo desses tipos penais.

Na seara cível, o Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil aponta que a proteção conferida pelo art. 2º do Código Civil (“*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”) alcança, inclusive, o bebê natimorto, quanto ao direito ao nome, à imagem e à sepultura³⁵.

Se até mesmo o bebê que nasceu e não sobreviveu ao mundo externo goza de proteção jurídica e usufrui de direitos da personalidade (que nada mais são do que os direitos fundamentais sedimentados na legislação infraconstitucional), quanto mais a vida humana cuja sobrevivência fora do útero materno – após o período natural de formação – é plenamente factível.

Como já assentado no presente trabalho acadêmico, o direito à vida intrauterina e o direito a nascer são as bases para a fruição de qualquer outro direito fundamental ou da personalidade, uma vez que a própria existência humana, do homem, da vida humana é substrato físico para os demais direitos.

Assim, temos que: se não há vida, não há fruição dos demais direitos; se, desde a concepção, a legislação e a jurisprudência pátria vêm concedendo direitos ao nascituro, é porque se depreende, da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, que há vida humana

³⁵ PARTE GERAL. 1 – Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

desde a concepção; e onde há vida humana, há proteção jurídico-constitucional, porquanto há direito fundamental à vida.

Demonstrou-se que o art. 2º do Código Civil brasileiro e o art. 4º, 1º ponto, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, adotaram a teoria concepcionista para definir o início da vida humana, ao determinar que a proteção jurídica deva recair sobre a vida humana desde a concepção.

Não há proporcionalidade no entendimento de que esses dois dispositivos visaram proteger bens materiais, dotados de valor econômico, ou até mesmo outros direitos fundamentais ou da personalidade sem que, antes e primeiro de tudo, houvesse proteção jurídica à vida humana que ali existe.

Como já dito, não há substrato físico para recair os demais direitos sem que, antes, de maneira primordial, exista a *vida humana* para usufruir de todos os demais direitos inerentes ao homem.

É nesse cenário que o Código Civil continua sua proteção ao nascituro, ao estabelecer que a relação jurídica de paternidade pode se dar desde a vida intrauterina³⁶.

Ainda no âmbito do direito familiar, o Código Civil criou o instituto da curatela, destinado a *peçoas humanas* que não possuem capacidade de autodeterminação, independentemente da razão que gerou essa incapacidade. Assim, prevê a curatela para o nascituro cujo pai faleceu, nos casos em que a mãe não possui o poder familiar³⁷.

Em continuidade com o tema de direito das famílias e sucessório, o nascituro também é dotado de legitimidade para herdar. O art. 1.798 preza pela expressão “*já concebidas*”, para indicar que as vidas humanas intrauterinas *já existentes* são legitimadas como herdeiras³⁸.

Nas palavras do professor Cristiano Sobral: “*legitimidade pressupõe capacidade que, por sua vez, pressupõe personalidade. Com isso, o artigo deixa claro que o nascituro tem personalidade, capacidade de direito e legitimidade*” (PINTO, 2018).

Fora do âmbito da relação familiar, o nascituro, não bastando as proteções já acima narradas, também foi inserido no bojo do direito contratual. Há possibilidade de o nascituro – e não sua genitora – ser donatário. Não se trata de seu representante legal, mas do próprio

³⁶ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. *O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho* ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

³⁷ Art. 1.779. Dar-se-á *curador ao nascituro*, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, *seu curador será o do nascituro*.

³⁸ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

nascituro. É o que preconiza o art. 542 do Código Civil: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Já com relação aos próprios direitos da personalidade, se esses direitos são concedidos ao natimorto (nome, imagem e sepultura), quanto mais ao nascituro, havendo amplo e pacífico reconhecimento dos direitos da personalidade do nascituro pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional³⁹.

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO MATERNIDADE. LEI 8.861/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL NONAGESIMAL. O DECURSO DO TEMPO NÃO LEGÍTIMA A VIOLAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 626.489/SE, REL. MIN. ROBERTO BARROSO. DJe 23.9.2014. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA TERCEIRA SEÇÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS ENVOLVEM RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E ATENDEM NECESSIDADES DE CARÁTER ALIMENTAR, RAZÃO PELA QUAL A PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE UM BENEFÍCIO É IMPRESCRITÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Lei 8.861/1994, alterando o art. 71 da Lei 8.213/1991, fixou um prazo decadencial de 90 dias após o parto para requerimento do benefício de salário-maternidade devido às seguradas rurais e domésticas. Tal prazo decadencial para concessão do benefício teve curta vigência no país, sendo revogado pela Lei 9.528/1997.

2. Analisando o tema, a Terceira Seção desta Corte fixou a orientação de que o prazo decadencial, previsto no parágrafo único do art. 71 da Lei 8.213/1991, deve ser aplicado quando o nascimento dos filhos das Seguradas tiver ocorrido no prazo de sua vigência (25.3.1994 a 10.12.1997), por força do princípio *tempus regit actum*.

3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO. DJe 23.9.2014, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que *o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer*

³⁹ REsp 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232.

consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário.

4. De fato, os benefícios previdenciários constituem direitos fundamentais, razão pela qual são regidos por um diferenciado regime de proteção jurídica, não sendo admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno.

5. Não se pode desconsiderar que nas ações em que se discute o direito de trabalhadora rural ou doméstica ao salário maternidade *não está em discussão apenas o direito da segurada, mas, igualmente, o direito do infante nascituro, o que reforça a necessidade de afastamento de qualquer prazo decadencial ou prescricional que lhe retire a proteção social devida.*

6. Nestes termos, faz-se necessária a superação da jurisprudência firmada pela Terceira Seção, para se reconhecer a inaplicabilidade do prazo decadencial previsto no revogado parágraf. único do art. 71 da Lei 8.213/1991, na concessão de salário maternidade, ainda que o nascimento do filho da segurada tenha ocorrido no prazo de vigência do dispositivo.

7. Agravo Regimental do INSS a que se nega provimento⁴⁰.

Cite-se o emblemático caso da síndrome da talidomida. A talidomida foi um medicamento que começou a ser comercializado nos anos 50, com o objetivo de reduzir os enjoos provocados pela gestação nas mulheres. Ocorre que o remédio, se ingerido apenas um comprimido no primeiro trimestre da gestação, ocasionava aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do bebê em formação⁴¹.

Após o nascimento, diversas pessoas ingressaram em juízo com ação indenizatória em face da empresa farmacêutica que produziu e colocou o medicamento em circulação no mercado de consumo.

Nos anos 80, o Brasil publicou uma lei que dá direito a pensão especial para as vítimas da talidomida, conferindo os graus de deformação causada pela síndrome – variantes de 1 a 8. Cada grau de deformação dá direito a pensão no valor de meio salário mínimo.

A concessão de indenização civil às vítimas da talidomida passa por uma apreciação da personalidade do nascituro. Isto é,

Em qualquer responsabilidade civil é preciso que haja contemporaneidade no nexo de causalidade. E quando ocorre o nexo de causalidade, ou seja, a conduta lesiva e a lesão? A conduta lesiva e a lesão acontecem quando ele está no útero e não quando ele nasce, porque a lesão é anterior ao nascimento⁴².

O nascituro também foi objeto específico de proteção da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/08), onde se previu a possibilidade de o juiz estabelecer a obrigação de pagar alimentos gravídicos a um suposto pai com base tão somente em *indícios* de paternidade⁴³,

⁴⁰ AgRg no AREsp 593.933/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 07/05/2018.

⁴¹ TRF4 Notícias. *Paranaense de 40 anos com Síndrome da Talidomida obtém na Justiça pensão vitalícia.*

⁴² PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado. ob. Cit. pg. 39.*

⁴³ Art. 6º. Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

fazendo prevalecer o direito à alimentação e à sadia qualidade de vida do nascituro em detrimento da incerteza da paternidade – já que, as prestações, apesar do seu caráter alimentício, se revestem de cunho patrimonial, motivo pelo qual eventual prejuízo pode ser resolvido em perdas e danos na hipótese do alimentante não ser o verdadeiro pai do nascituro.

Por outro lado, caso não seja deferido o pleito alimentício, e o nascituro venha a nascer com problemas de desenvolvimento em razão de inanição, não há possibilidade de resolução em perdas e danos, em virtude da impossibilidade de regresso ao *status quo ante*.

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉM-NASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro.

2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/2008.

3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade.

4. Recurso especial improvido⁴⁴.

Observe-se que o Superior Tribunal de Justiça estabelece que, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos são convertidos *automaticamente* em pensão alimentícia. Isto é, a ideia de continuidade da obrigação de prestação alimentar por parte do pai da criança revela que o início dessa obrigação se dá “desde a concepção ao parto”, já que, desde a concepção, há vida humana que necessita assistência e proteção, tanto material, quanto jurídica.

Indo além da ideia de necessidade dos alimentos gravídicos, o STJ entendeu a qualidade de *pessoa* do nascituro, inferindo-se, desta forma, que é devida a indenização à gestante no caso de perda involuntária do filho que esperava no seu útero.

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA.

SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO

⁴⁴ REsp 1629423/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 22/06/2017.

CIVIL DE 2002. *EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.*

1. *A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.*

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que **o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos**: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); *a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal* (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); *alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe* (Lei n. 11.804/2008); *no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto* (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da *vida humana em formação, a chamada vida intrauterina* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. **As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.** O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a **titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.**

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974.

Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido⁴⁵.

A fim de se ter uma garantia de interpretação efetivamente constitucional acerca do tema, podemos citar, também, interessante julgamento do STF: primeiro *habeas corpus* coletivo julgado pela Corte, admitindo a possibilidade da mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos ser beneficiada da prisão domiciliar, com o fito de se garantir a efetivação dos direitos fundamentais do nascituro e da criança – reais destinatários do benefício.

⁴⁵ REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014.

Ementa: *HABEAS CORPUS COLETIVO*. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. *MÃES E GESTANTES PRESAS*. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. *GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS*. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. *MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA*. *PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES*. INADMISSIBILIDADE. *PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO*. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. *INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS*. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *REGRAS DE BANGKOK*. *ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA*. *APLICAÇÃO À ESPÉCIE*. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

II – *Conhecimento do writ coletivo* homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a *máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional*.

VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – *Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.*

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de *todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes*, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima⁴⁶.

Decisão: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada por Nelson Moreira Junior, em favor de Carla Rogeria Ribeiro Ferreira de Oliveira, apontando como autoridade reclamada o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, nos autos do HC 0003035-42.2018.8.08.0000, denegou a ordem, mantendo, desse modo, a prisão preventiva, também confirmada na sentença de pronúncia. Segundo os autos, o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapemirim/ES, Processo 0002696-39.2017.8.08.0026, pronunciou a ré, em 24.4.2018, pela prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal (eDOC 13, p. 22). Consta dos autos que a prisão preventiva foi decretada em 15.9.2017 (eDOC 13, p. 2). E mantida na sentença de pronúncia. A defesa pleiteou a concessão de liberdade provisória, e o pedido foi indeferido (eDOC 13, p. 3). Nesta Corte, a defesa aponta desrespeito à autoridade da decisão do STF proferida no Habeas Corpus 143.641/SP, que possibilitou aos juízes e Tribunais a concessão de prisão domiciliar para mães de crianças menores de 12 anos. Alega que a ré é mãe de uma criança com idade inferior a 12 anos e que é portadora de diversas enfermidades. Informa que a reclamante é trabalhadora, possui residência fixa e que se apresentou espontaneamente, cessando os motivos que autorizam a prisão preventiva. Por fim, requer a concessão de medida liminar para que seja ordenada a cassação do acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do TJES nos autos do HC 0003035-42.2018.8.08.0000. É o relatório. As razões

⁴⁶ *Habeas Corpus* nº 143.641, São Paulo.

não merecem acolhimento. Conforme relatado, trata-se de reclamação com pedido de medida liminar, ajuizada por Nelson Moreira Junior, em favor de Carla Rogeria Ribeiro Ferreira de Oliveira, no qual pleiteia a revogação da prisão preventiva e a concessão da prisão domiciliar com fulcro no HC 143.641/SP, oriundo desta Corte. Sobre o tema, ao proferir voto no HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 1º.3.2018, asseverei o *grave problema do encarceramento cautelar de mulheres gestantes e mães*, tema do qual esta Corte já se ocupa pelo menos desde 2016. Basicamente, a questão cinge-se em saber em que termos deve ocorrer a *substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestantes e mães*, conforme preleciona o art. 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, que aduz: “Art. 318. *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (...)* Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”. *A adequada aplicação do referido dispositivo passa, antes de qualquer coisa, pela compreensão da sua ratio, especificamente no que tange ao destinatário da norma. Apesar de, prima facie, parecer que a gestante e a mãe são as destinatárias diretas do benefício, é preciso entender que, antes de qualquer coisa, o dispositivo tutela os nascituros e crianças que, em detrimento da proteção integral e da prioridade absoluta que se lhes confere a ordem jurídica brasileira, ou são encarcerados em condições desumanas, pelo menos na maioria das vezes, ou são afastados do convívio de suas mães, logo em uma fase da vida em que se definem importantes traços de personalidade.* Neste sentido, tendo em vista a *proteção integral* e a *prioridade absoluta* conferidas a crianças e adolescentes, julgo que a substituição da preventiva pela domiciliar, nos casos dos incisos V e VI do art. 318 do CPP deva ser a regra. A exceção, ou seja, a recusa à substituição, deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado, e só deve ocorrer em casos graves, tais como a prática de crime com violência ou grave ameaça à pessoa. No presente caso, destaco que a filha da reclamante está com 13 anos (eDOC 2, p. 46), fato que, por si só, já justifica a negativa da prisão domiciliar. O referido HC 143.641/SP possibilita a análise da prisão domiciliar para mães com crianças com até 12 anos de idade, o que não é o caso da reclamante. Ademais, constato, no fato dito delituoso, a existência de crime perpetrado com grave violência – homicídio qualificado por motivo torpe, meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima - o que conduz à recusa da substituição, na espécie, da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do decidido pela Segunda Turma, em 20.2.2018, no citado HC 143.641/SP (DJe 1º.3.2018). No mesmo sentido: HC 154.577/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe 2.4.2018. Ante o exposto, nego seguimento à presente reclamação (RISTF, artigo 21, § 1º), prejudicada a medida liminar pleiteada. Publique-se. Brasília, 15 de junho de 2018. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente⁴⁷.

Da análise jurídica dos entendimentos firmados nos Tribunais Superiores, não restam dúvidas de que a interpretação constitucional do nosso ordenamento jurídico é no sentido de que a ambição constitucional persegue a proteção à vida humana desde a sua concepção, não sendo outra a inferência lógica que se deduz também do arcabouço legislativo vigente.

O nascituro, desde a sua concepção, possui qualidade de *ser* humano, vindicando proteção jurídica especial por sua condição de *ser* vulnerável e em formação, já que incapaz de

⁴⁷ Rcl 30353, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 15/06/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18/06/2018 PUBLIC 19/06/2018.

reivindicar seus próprios direitos, sob pena de se afrontar o princípio constitucional da vedação à proteção insuficiente.

4 COMPETÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PARA TRATAR DO TEMA E OMISSÃO LEGISLATIVA

A representação popular imbuída nos mandatos parlamentares representativos mediante processo eleitoral consagra o princípio republicano, constitucionalmente protegido como princípio sensível⁴⁸.

A separação de poderes também goza de proteção especial constitucional, sendo um princípio fundamental da República do Brasil⁴⁹, cláusula pétrea e sustentáculo da democracia moderna dos Estados de Direito.

Embora a Constituição não tenha convencionado a separação rígida entre os três poderes, atribuindo a cada um deles funções essencialmente típicas, mas, também algumas funções atípicas, podendo ser exercidas tão somente nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

Essa tripartição dos Poderes promove o chamado “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*), sistema necessário à solidificação dos direitos e garantias fundamentais.

Com o advento e evolução do controle de constitucionalidade, o espectro de atuação do Poder Judiciário se ampliou de modo a alcançar diversos atos legislativos (e também executivos com caráter normativo), invalidando-os em razão de contrariedade à Constituição, como “*legislador negativo*”.

A proatividade, entretanto, de ser editar norma positiva, permaneceu consagrada ao Poder Legislativo, quem, no exercício da soberania popular por meio do sistema representativo, detém a legitimidade de editar normas que vão reger a vida na sociedade, tendo havido reconhecimento expresso do STF no tocante a este ponto.

E M E N T A: SERVIDOR PÚBLICO - REAJUSTE DE VENCIMENTOS - OMISSÃO ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - PRETENDIDA EXISTÊNCIA, COM BASE NA LEI Nº 7.706/88, DA OBRIGAÇÃO DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE MERA LEI ORDINÁRIA IMPOR, EM CARÁTER OBRIGATÓRIO, AO CHEFE DO EXECUTIVO, O EXERCÍCIO DO PODER DE INICIATIVA LEGISLATIVA - INICIATIVA VINCULADA DAS LEIS, QUE SÓ SE JUSTIFICA EM FACE DE EXPRESSA PREVISÃO CONSTITUCIONAL - PLEITO QUE BUSCA A FIXAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DE PERCENTUAL DE REAJUSTE DE VENCIMENTOS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI E POSTULADO DA DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A INICIATIVA DAS LEIS - QUE POSSUI MATRIZ

⁴⁸ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático.

⁴⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

CONSTITUCIONAL - NÃO PODE SER DETERMINADA EM SEDE MERAMENTE LEGAL. - *A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição - e nele somente -, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. - A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima - considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa - se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresse, a preveja. Em conseqüência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa.*

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - *Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes*⁵⁰.

A própria Súmula nº 339 do STF, neste mesmo sentido, veda a atuação legislativa positiva por parte da Corte: “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”.

Entretanto, a fim de se conferir eficácia concreta ao exercício dos direitos fundamentais, esse panorama veio mudando gradualmente, admitindo-se uma postura mais proativa por parte do Poder Judiciário majoritariamente quando a omissão legislativa inviabilize o exercício de determinada garantia fundamental.

Emblemático caso ocorreu no tocante ao direito de greve do servidor público, cuja autorização constitucional para tanto se encontra assentada no art. 37, VII da Constituição⁵¹. Muito embora houvesse autorização Constituição, interpretada pelo STF como direito fundamental à greve do servidor público, tratando-se de uma norma de eficácia limitada

⁵⁰ MS 22690, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ 07-12-2006 PP-00036 EMENT VOL-02259-02 PP-00257 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 201-210

⁵¹ Art. 37. VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica

(segundo doutrina majoritária⁵²), cujo exercício depende de “*lei específica*” de que trata o art. 37, VII, a ausência da referida lei inviabilizava o exercício do referido direito e constituía flagrante inconstitucionalidade por omissão, contra a qual é cabível o remédio constitucional do Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção é remédio constitucional apto a combater a enfermidade de omissão do Poder Público que resulte em embaraço a direito subjetivo constitucional por ausência de norma regulamentadora.

Foi assim que nos anos 90, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 20, o STF reconheceu a mora legislativa, porém entendeu que a atividade judicial estaria limitada à comunicação ao Poder Legislativo da respectiva mora e da sua decisão, a fim de que o Congresso Nacional adotasse as medidas cabíveis.

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - *DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina⁵³.*

⁵² TAPAJÓS, Ib Sales. *O direito de greve dos servidores públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

⁵³ STF - MI: 20 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001.

À época, uma primeira análise do STF sobre o tema da omissão legislativa, foi adotada a “teoria não concretista”, atribuindo ao Mandado de Injunção fim precípua de reconhecer formalmente a mora do Poder Legislativo em editar norma regulamentadora que viabilize exercício do direito constitucional.

A consequência prática dessa decisão foi que, mesmo após diversas notificações por parte do Poder Judiciário, o Congresso Nacional não editou a lei, continuando a obstaculizar o exercício do direito de greve no funcionalismo público.

Nada obstante, os funcionários públicos não se abstiveram do seu direito de greve, exercendo-o sem qualquer regulamentação normativa. A ausência de parâmetros legais fez com que o tema fosse rediscutido posteriormente, em 2007.

Passou-se a questionar a efetividade do remédio constitucional manejado, que não possuía qualquer eficácia concreta, já que não havia saneamento da omissão com a decisão judicial no bojo do Mandado de Injunção.

Evidentemente, os remédios constitucionais se destinam a garantir a força normativa da Constituição, através da realização dos direitos fundamentais. Esse entendimento influenciou de maneira significativa na alteração de posicionamento do STF nas decisões seguintes.

Nos Mandados de Injunção nº 232 e 283, o STF estabeleceu o primeiro prazo para o Congresso editar norma regulamentadora, sanando a omissão existente. Além de fixar um prazo para saneamento da omissão através da atividade legislativa do Congresso, estabeleceu que, findo o prazo sem manifestação legislativa, estava deferida a autorização judicial para que o destinatário da garantia constitucional usufruísse do seu direito previsto.

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por *falta de regulamentação* do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, *deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar* decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, ***vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida***⁵⁴.

- Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. *O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção* (MI 107 - QO) - *que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo*

⁵⁴ MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965.

impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição") - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um *direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada*. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e *dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo*, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o *deferimento do mandado de injunção para*: a) **declarar em mora o legislador** com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) **assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada**; c) *se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem*; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável⁵⁵.

Em 2007, por fim, o STF adotou a teoria concretista ao julgar três Mandados de Injunção impetrados por funcionários públicos inconformados com a ausência legislativa em editar norma regulamentadora do exercício do direito de greve.

Em um verdadeiro movimento de *overruling*, na chamada virada jurisprudencial, o STF resolveu determinar aplicação analógica da norma que regulamente o direito de greve da iniciativa privada ao direito de greve no funcionalismo público.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO

⁵⁵ MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como *direitos à expedição de um ato normativo*, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) *a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida*; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) *por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador*. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. *A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva* (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribuiu para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema

envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. *Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.* 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, ***assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.*** 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), *admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes* (CF, art. 2o). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. ***O legislador*** poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas ***não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição.*** Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, ***não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado.*** Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que

tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. *O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime.* Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. *FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.*

6.1. *Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais*

severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. *Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.* 6.7. *Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis*⁵⁶.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA

⁵⁶ MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito

do setor privado (Lei no 7.783/1989). 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), ***admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes*** (CF, art. 2o). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa

alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). 5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). 5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004). 5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. DEFINIÇÃO DOS

PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, *in fine*). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. *Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.* 6.7. *Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos*

*conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis*⁵⁷.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. **ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO.** PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. **INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES** [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] **E À SEPARAÇÃO DOS PODERES** [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. **INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO** DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. *A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve* --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. *Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.* 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de *omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional.* Precedentes. 5. *Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem.* Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. *Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.* 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso *a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.* 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em

⁵⁷ MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. ***O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente.*** 14. ***O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.*** 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil⁵⁸.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 22, I, estabelece que compete *privativamente* à União legislar sobre direito penal e processual, o que se infere ser através do Congresso Nacional, que é o órgão legislativo a nível federal.

Apesar disso, a evolução da postura adotada pelo STF com relação ao direito de greve foi estendida às demais interpretações constitucionais, ainda que não gozassem de similitude com a situação na qual se encontrava o direito de greve.

Em outras palavras, o direito à vida é norma fundamental de eficácia imediata – aliás, cujo conteúdo de direito de defesa não reclama uma atuação positiva do Estado, justificando-se a atividade substitutiva do Poder Judiciário por eventual omissão, mas, justamente, demanda uma atitude absenteísta, de apenas permitir tão somente que *se viva* (considerando-se, aqui, apenas a dimensão objetiva do direito à vida como bem jurídico, sem adentrar no mérito das prestações materiais e jurídicas para se garantir o direito à vida *digna*).

No Mandado de Injunção nº 20, o STF aduziu explanou que a inércia estatal está configurada a partir do momento em que o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação

⁵⁸ MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384.

da prestação legislativa compromete e anula a situação subjetiva de vantagem – o próprio direito fundamental – criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

No que concerne ao direito à vida intrauterina, não há que se falar em:

1) Excessivo e irrazoável retardamento na efetivação de prestação legislativa:

Não existe, no caso em tela, omissão legislativa na tratativa do tema do aborto.

Em realidade, a mora existente no Poder Legislativo corresponde, precisamente, ao respeito ao regime democrático, no bojo do qual os representantes do povo submetem suas propostas a votações e apreciações coletivas, mediante, inclusive, participação popular, com realização de audiências públicas⁵⁹, a fim de que a construção legislativa verdadeiramente corresponda à vontade popular.

Com efeito, atualmente existem diversos projetos de lei, dentre eles o Projetos de Novo Código Penal⁶⁰, que tramita no Senado Federal, no bojo do qual se discute – dentre outros temas – a descriminalização do aborto, já que o Novo Código Penal deverá corresponder aos novos anseios da sociedade – único legitimado, por meio de seus representantes, a alterar conteúdo legislativo penal; outro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados⁶¹, de autoria do Deputado Jean Wyllys, também discute a questão do aborto, no bojo de uma proposta que versa sobre políticas públicas referentes a saúde sexual e direitos reprodutivos.

2) Ausência ou mora de prestação legislativa que comprometa a fruição do direito fundamental por seu titular:

O direito à vida, desde a concepção, é norma constitucional de eficácia plena, não necessitando – de maneira distinta ao direito de greve – de qualquer conteúdo legislativo para que seu titular dele possa gozar, tendo aplicabilidade imediata, bastando que o Poder Público tão somente se permita viver, sem necessidade de edição de conteúdo legislativo.

Já a partir de 2007, com a adoção da teoria concretista, o STF deu eficácia ao direito fundamental de greve mediante *aplicação analógica* de uma norma já existente. É dizer, não há produção legislativa em substituição à atividade típica do Congresso Nacional, mas uma autorização judicial para que o direito de greve no funcionalismo público seja exercido em igualdade de condições com o direito de greve na iniciativa privada.

Este raciocínio mais concretista da Suprema Corte não se pode aplicar à interpretação constitucional do direito à vida, uma vez que não há antinomia entre o tipo penal do aborto e a

⁵⁹ Rádios EBC. *Senado realiza audiência pública sobre aborto*.

⁶⁰ Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Novo Código Penal.

⁶¹ Projeto de Lei nº 882, de 2015. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências.

proteção à vida constitucionalmente prevista. Aliás, a incriminação do aborto é, precisamente, a resposta legislativa ao sonho constitucional, conferindo-lhe eficácia e força normativa.

Sem omissão legislativa, não há justificativa para atuação judicial supletiva, muito menos quando se destina a retirar a proteção ao direito à vida intrauterina da legislação infraconstitucional.

Incide *controle* judicial sobre a atividade legiferante, nos casos de inconstitucionalidade por inatividade ou por violação à Constituição. O *controle* judicial – frise-se – não implica em *substituição* à atividade legislativa.

Em não havendo omissão legislativa ou norma infraconstitucional em dissonância com o texto constitucional, explica-se o controle judicial.

No caso do direito fundamental à vida intrauterina, há norma penal protetiva em conformidade com a Constituição Federal, situação na qual a única interferência do Poder Judiciário que se pode admitir é a de proferir decisão declaratória no sentido de ratificar a harmonia da legislação com o texto constitucional, ausentando-se, *a posteriori*, do panorama social, deixando o debate de possíveis modificações legislativas a cargo dos agentes congressistas – verdadeiros legitimados para representar o povo.

Se, segundo o STF (MI 670 e MI 708), não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, de direito constitucionalmente previsto, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado, tampouco se pode atribuir ao julgador esta prerrogativa.

Nem mesmo o Poder Constituinte Derivado reformador possui o condão de retirar a proteção à vida intrauterina do rol de direitos e garantias fundamentais, posto que, enquanto cláusula pétrea, é insuscetível de alteração que lhe reduza ou extirpe o sentido, podendo-se, tão somente, por outro lado, ampliar-lhe a proteção, o sentido e o alcance. Não é dado a lei restringir, senão proteger os direitos qualificados como fundamentais.

Alterar sentido legislativo – protetivo de direito fundamental à vida com sede constitucional e convencional (Pacto São José da Costa Rica) –, sob a cortina da omissão legislativa ou da interpretação conforme a Constituição, configura patente ofensa à separação, independência e harmonia entre os poderes, dado que não há situação que reclame formulação supletiva de condição para exercer efetivamente direito fundamental à vida.

A sedimentação do direito à vida desde a concepção no Pacto de São José da Costa Rica, bem assim no Código Civil brasileiro e a ausência de omissão legislativa impõem limite à atividade interpretativa judicial, que deve respeitar a vontade soberana do povo.

O STF não possui legitimidade democrática para decidir sobre temas privativos do Poder Legislativo, uma vez que seus membros não ocuparam seus cargos por meio de processo eletivo, por meio do qual se atribuisse representatividade popular à Corte Constitucional.

5 CONCLUSÃO

Em que pese as inúmeras discussões sobre o tema, por profissionais tanto do âmbito jurídico, como dos âmbitos da saúde, antropologia e políticas públicas, pode-se afirmar com propriedade que o tema não está pacificado, tampouco está próximo de sê-lo.

Ainda existe um longo itinerário a ser percorrido a fim de que todas as ideias sejam debatidas, para que se intente chegar a um denominador comum, elegendo uma alternativa com o menor sacrifício possível do direito fundamental de menor amplitude.

O direito fundamental à vida recebeu contorno constitucional de cláusula pétrea, apenas se admitindo o seu sacrifício em prol de outro direito fundamental ou valor constitucional de igual ou superior amplitude, como quando contrastado com outro direito fundamental à vida ou com a soberania ou segurança nacional.

Muito embora, como várias vezes ressaltado na presente obra acadêmica, a Constituição não tenha estabelecido o conceito inicial de vida humana, intra ou extrauterina, ela estabeleceu, por outro lado, um contorno básico que é a proteção à vida e a vedação à proteção insuficiente.

Toda esta produção acadêmica nos conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro, pensado em conjunto e não isoladamente, foi interpretado, doutrinária e jurisprudencialmente, como adotante da teoria concepcionista, através da qual a vida humana já é compreendida e protegida, material e juridicamente, desde a concepção.

Essa teoria foi adotada em várias decisões dos Tribunais Superiores ao reconhecer a titularidade do nascituro para fruir de diversos direitos fundamentais e da personalidade. Reconhecidamente, o direito à vida é o mais importante deles, uma vez que a garantia de expectativas de direitos ou direitos condicionados ao nascimento se esvaziam se não houver garantia do direito de nascer, tendo em vista que o direito à vida é direito pressuposto a todos os demais direito e garantias fundamentais.

A descriminalização do encerramento prematuro de uma vida com viabilidade de sobrevivência fora do útero materno, após o período próprio de formação da vida humana, não é medida mais proporcional a ser tomada, devendo o Poder Público esforçar-se para alcançar todas as mulheres gestantes que não desejem levar sua gravidez até o final.

Isto porque não encontra guarida constitucional o sacrifício de uma vida humana, ainda que intrauterina, em razão de decisão de terceiro, distinto à nova vida em formação. Não há identidade de partes nesse processo de tomada de uma decisão acerca do encerramento, ou não, da vida intrauterina; a mulher gestante não possui qualquer poder de decisão sobre a vida que

gesta, uma vez que se trata de um outro ser humano, com código genético próprio, identidade própria, com diversos direitos garantidos infraconstitucionalmente, os quais não poderá fruir caso não haja vida humana, que é o substrato físico mínimo para o gozo de todos os demais direitos conferidos pelo ordenamento jurídico como um todo.

Não há que se falar em violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher com a manutenção do aborto como crime autônomo, uma vez que a mulher gestante exerceu livre e efetivamente os seus direitos sexuais e reprodutivos ao escolher participar da relação sexual no bojo da qual se originou aquela vida humana.

No caso de não haver escolhido participar da referida situação reprodutiva, caberia, então, que se falar em crime de estupro, cuja autorização legislativa para interrupção da gravidez já se encontra amparada no Código Penal.

Mais uma vez, em se falando de princípio da proporcionalidade, não há razoabilidade em se sacrificar uma vida humana, utilizando-a como atalho para “sanar” – aparentemente – os problemas sociais vivenciados atualmente. Não se pode reduzir uma vida humana, ainda que intrauterina, em razão da inércia estatal para levar métodos anticoncepcionais e programas de educação sexual a todas as mulheres de todos os segmentos econômicos e sociais.

A fim de que as mulheres em idade fértil possam desfrutar de sua liberdade sexual e reprodutiva de maneira responsável, um programa de educação sexual garantido juntamente com diversos métodos contraceptivos, apresentaria melhores resultados do que se admitir a descriminalização do aborto – o que terminaria por caracterizar mais um método contraceptivo.

A autonomia da mulher, por sua vez, também tida como um dos direitos fundamentais violados com a permanência do aborto na criminalização, não pode ser levada a debate, uma vez que a decisão recai sobre pessoa diversa da mulher gestante.

Cada vida humana possui um código genético único, distinto do de qualquer outro ser humano ao redor do mundo. Assim é que se reconhece a individualidade de cada ser humano, que é um fim em si mesmo.

A integridade física e psíquica da mulher, por outro lado, deve ser garantida através de apoio de equipe multidisciplinar, que ofereça acompanhamento a todas as mulheres que desejam gestar e entregar a criança para adoção, vez que o encerramento da vida humana consiste em medida prática, porém cruel e degradante, para a resolução do problema da gestação indesejada.

A autonomia da mulher não pode recair sobre um bem jurídico que não é seu, permitindo-se que decida sobre uma vida alheia, que sequer possui poder de decisão.

A *plena* igualdade de gênero entre homens e mulheres jamais será alcançada por meio da via judicial. O Poder Judiciário não pode suplantar a natureza biológica que, geneticamente, moldou dois seres da mesma raça de forma diferente. A diferença de gênero entre homens e mulheres é não apenas uma determinação biológica, não podendo ser alterada por meio das ciências humanas, como também – e principalmente – é um meio de se perpetuar a espécie.

Admitir que a descriminalização do aborto abriria portas para a *plena* igualdade de gênero entre homens e mulheres reflete uma posição simplória, em razão da ingenuidade que permeia a crença de que esta igualdade, se forma *plena*, será, algum dia, alcançada.

Trata-se de um objetivo utópico e desnecessário a perseguição da *plena* igualdade de gênero, uma vez que o Poder Judiciário – e as políticas públicas, em geral – deve envidar esforços no sentido de conquistar as igualdades políticas, econômicas e sociais entre homens e mulheres, através de políticas públicas que fomentem a contratação de mulheres na iniciativa privada, coibindo comportamentos discriminatórios em razão de gravidez ou possível licença maternidade que um empregador teria de arcar.

O poder público, nesse sentido, deve perseguir estratégias de permanência da mulher no mercado de trabalho, de coação a comportamentos discriminatórios, de incentivo à atividade laboral, à igualdade salarial entre homens e mulheres que desempenham o mesmo cargo, desenvolvendo mecanismos que viabilizem a licença maternidade e o aleitamento materno – para as mulheres que optaram por ficar com a criança após o nascimento –, e que amparem as mulheres que não desejarem manter a criança sob sua guarda e cuidado após o nascimento.

A *plena* igualdade de gênero não se concretiza no plano teórico, uma vez que se trata de condição imposta no plano natural, pela biologia. O que se pode e deve alcançar, é a igualdade *social* de gêneros, por meio da efetivação de políticas públicas que auxiliem a tomada de decisão da mulher de forma responsável, minimizando os danos de uma gestação indesejada, a fim de se resguardar a integridade física e psíquica da mulher.

O aniquilamento da vida humana intrauterina não pode ser utilizado como mais um meio “contraceptivo” quando o Estado não buscou alcançar todas as mulheres em idade fértil, de todas as classes e faixas etárias, através da educação e da conscientização sexual.

Ainda que se diga ter havido uma regular educação sexual e distribuição de métodos anticoncepcionais por parte do Poder Público, a legislação brasileira deve garantir os objetivos constitucionais de proteção à vida humana, em todas as suas formas e etapas de formação, evitando que o sonho constitucional se degenere frente aos anseios particulares de uma parte da população que prefere dizimar a vida humana em lugar de encarar as consequências lógicas de determinados atos da vida de maneira responsável.

Ademais, a Corte Constitucional não possui legitimidade para versar sobre o tema. A decisão de descriminalização do aborto, sob o véu da “interpretação conforme a Constituição”, estaria avocando para si função típica do Poder Legislativo, verdadeiro responsável pela alteração legislativa do âmbito de incidência dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

A modificação legislativa *em conformidade com a Constituição Federal* apenas pode ser dar por meio de processo legislativo legítimo, evitando-se atalhos oferecidos pelo Poder Judiciário, sob pretexto de controle de constitucionalidade.

A separação de poderes é princípio constitucional sensível sem o qual não se pode falar em Estado democrático de Direito. Cabe ao Poder Legislativo – e não Poder Judiciário – debater possíveis alterações no tratamento do crime de aborto, como revogações, exceções e até mesmo a sua imutabilidade.

A legalização do aborto é tema de projetos de lei que tramitam atualmente no Congresso Nacional, além de já ter sido objeto de pauta de audiências públicas, inclusive no Senado Federal, não havendo, assim, que se falar em omissão legislativa que justifique uma possível transferência de competência, suplantando a atividade legislativa por meio de decisão da Corte Constitucional.

A ausência de alteração – até o momento – do regramento do aborto no Código Penal implica assimilar que a vontade popular – detentora do Poder – tampouco foi alterada. Apenas os representantes do povo, imbuídos nessa função através de processo eletivo democrático, são legitimados a promover alteração de conteúdo legislativo que se encontre *em conformidade com a Constituição Federal*.

A questão do aborto não se trata de apreciação de grupos minoritários e não representa um problema unicamente de saúde pública, ou problema afeto a questões morais ou religiosas. Muito mais, a descriminalização do aborto envolve princípios e direitos fundamentais caros à ordem constitucional, que não podem ser conduzidos desacomodadamente por aqueles que perseguem direitos de acordo com seus próprios interesses, sem analisar o direito à vida sob o enfoque objetivo, como um bem jurídico essencial.

O direito fundamental que se almeja assegurar não é a possibilidade do aborto, mas o direito fundamental e humano à vida que o bebê já possui, de modo que o nascituro prontamente detém, desde a sua concepção, dignidade humana, já sendo titular de inúmeros direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

BBCNewsBrasil. **Por dentro de uma clínica de aborto nos EUA**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44177607>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 5 de out. de 1988.

BRASIL. **DECRETO LEI Nº 2.848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 [CÓDIGO PENAL]**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. de 1940.

BRASIL. **DECRETO LEI Nº 3.689 DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 [CÓDIGO DE PROCESSO PENAL]**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. de 1941.

BRASIL. **LEI Nº 7.565 DE 19 DE DEZEMBRO DE 1986 [CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA]**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 19 de dez. de 1986.

BRASIL. **LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002 [CÓDIGO CIVIL]**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 11 de jan. de 2002.

BRASIL. **LEI Nº 11.804 DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008 [LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS]**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 5 de nov. de 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica**. Resolução n. 2.173, de 23 de novembro de 2017. Diário Oficial da União: publicação 15/12/2017, edição 240, seção 1, página 50-275.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. rev., amp. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Projeto de Lei nº 882, de 2015. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FEDERAL, Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 [NOVO CÓDIGO PENAL]**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Da Capacidade de Inovação Normativa do Poder Judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro**. Prolegómenos, Bogotá, v. 20, n. 39, p. 11-28, Jan. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2017000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 ago. 2018.

FERNANDES, Samuel Servinhani et al. **Liberção médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: implicações éticas**. Rev. Bioét., Brasília, v. 24, n. 2, p. 260-266, Aug. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000200260&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 ago. 2018.

GLOBO.COM. **Taxa de aborto ainda é maior entre negras e hispânicas nos EUA**, 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL771320-5602,00-TAXA+DE+ABORTO+AINDA+E+MAIOR+ENTRE+NEGRAS+E+HISPANICAS+NOS+EUA.html>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral - v. 1**. 16ª Ed. rev., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial - v. 2**. 16ª Ed. rev., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

JOTA, **Pacto de San José, competência e números: a audiência sobre aborto no STF**, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/pacto-de-san-jose-competencia-e-numeros-a-audiencia-sobre-aborto-no-stf-06082018>>. Acesso em: 1 set. 2018.

LIFENews.com. **Abortion Clinics Closing at Record Pace as More Babies Saved From Abortions**, 2016. Disponível em: <<https://www.lifenews.com/2016/02/24/abortion-clinics-closing-at-record-pace-as-more-babies-saved-from-abortions/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

NACIONAIS, Estudos. **Aborto seguro? Saiba como são as clínicas de aborto legal nos EUA**, 2017. Disponível em: <<http://estudosnacionais.com/aborto/aborto-seguro-saiba-como-sao-as-clinicas-de-aborto-legal-nos-eua/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. rev. atual. e amp. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PAULO, Folha de São. **Sob a mira dos conservadores, clínicas de aborto fecham nos EUA**, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/02/sob-a-mira-dos-conservadores-clinicas-de-aborto-fecham-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 9ª Ed. rev. atual. e amp. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

RÁDIOS EBC. **Senado realiza audiência pública sobre aborto**, 2016. Disponível em: <<http://estudosnacionais.com/aborto/aborto-seguro-saiba-como-sao-as-clinicas-de-aborto-legal-nos-eua/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STF. **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO 271286, RIO GRANDE DO SUL**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NÚMERO 442, DISTRITO FEDERAL**. Processo número 0002062-31.2017.1.00.0000.

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NÚMERO 54, DISTRITO FEDERAL. Processo número 0002072-86.2004.0.01.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. HABEAS CORPUS NÚMERO 124.306, RIO DE JANEIRO. Processo número 124.306. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. HABEAS CORPUS NÚMERO 143.613, SÃO PAULO. Processo número 0004590-38.2017.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5184100>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 20, DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706068/mandado-de-injuncao-mi-20-df>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 232, RIO DE JANEIRO, Processo número 0001233-52.1990.0.01.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 283, Processo número 0002886-89.1990.0.01.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1506604>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 670, ESPÍRITO SANTO, Processo número 0001863-34.2002.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 708, DISTRITO FEDERAL, Processo número 0002729-71.2004.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÚMERO 712, PARÁ, Processo número 0003554-15.2004.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STF. MANDADO DE SEGURANÇA NÚMERO 22.690, SÃO PAULO. Processo número 0003545-88.1996.0.01.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1656367>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. RECLAMAÇÃO NÚMERO 30353, ESPÍRITO SANTO, Processo número 0069955-05.2018.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5448287>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO 217592, RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1681635>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO 231738, RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1718158>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO 272839, MATO GROSSO.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259495>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO 372472, RIO GRANDE DO NORTE.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

STF, Portal de notícias. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez,** 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

STF, Portal de notícias. **STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto,** 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

STF. **SÚMULAS.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

STJ. **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÚMERO 593933, SÃO PAULO,** Processo número 0002113-39.2004.4.03.9999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402437458>. Acesso em: 17 ago. 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL NÚMERO 1415727, SANTA CATARINA,** Processo número 2013/0360491-3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303604913>. Acesso em: 17 ago. 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL NÚMERO 1629423, SÃO PAULO,** Processo número 2212305-13.2014.8.26.0000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601856527>. Acesso em: 17 ago. 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL NÚMERO 399028, SÃO PAULO,** Processo número 2001/0147319-0. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27399028%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27399028%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27399028%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27399028%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 17 ago. 2018.

TAPAJÓS, Ib Sales. **O direito de greve dos servidores públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 137, jun 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16140>. Acesso em: 17 jul. 2018.

TRF4, Portal de notícias. **Paranaense de 40 anos com Síndrome da Talidomida obtém na Justiça pensão vitalícia,** 2014. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10352>. Acesso em: 17 jul. 2018.

VIDA, Casa Pró. **Por que as clínicas de aborto nos EUA estão fechando?**, 2016. Disponível em: <<http://casaprovidami.com.br/por-que-as-clinicas-de-aborto-nos-eua-estao-fechando/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ZURRIARAIN, Roberto Germán. **La cuestión de fondo sobre el tema del aborto.** pers.bioét., Chia, v. 19, n. 1, p. 117-128, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222015000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. **I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%201%20A%20137.pdf/view>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.** 1989.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos** – ONU, 1966.