

CURSO DE DIREITO

Andressa Campestrini dos Santos

**O INÍCIO E TÉRMINO DA EXISTÊNCIA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DA
BIOÉTICA**

Capão da Canoa

2017

Andressa Campestrini dos Santos

**O INÍCIO E TÉRMINO DA EXISTÊNCIA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DA
BIOÉTICA**

Trabalho de conclusão apresentado ao
Curso de Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul – Campus Capão da Canoa,
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Me. Ana Helena K. Hoefel
Pamplona

Capão da Canoa

2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Andressa Campestrini dos Santos adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCC's do Curso de Direito.

Prof. Me. Ana Helena K. Hoefel Pamplona
Orientadora

[...] mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo.

José Saramago

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha musa inspiradora, minha mãe, Claci, por incontáveis vezes ter se dedicado a tornar minha vida mais fácil, quando este trabalho de conclusão de curso sugava toda a minha energia, por sempre acreditar em mim, nos meus sonhos e objetivos de vida.

Ao meu irmão Juliano e minha cunhada Carina pelo apoio incondicional.

À minha sobrinha Theodora, para quem busco construir bons caminhos e ser alguma referência.

Ao meu padasto Jorge pela incansável disposição de me auxiliar.

À vocês, o meu muito obrigada por entenderem que quase nunca pude estar presente nos momentos em que a nossa família se reunia, a fim de que o sonho da graduação se tornasse possível.

À minha orientadora, prof. Ana Helena, por ser fonte de inspiração, não só nas aulas, mas principalmente, nos grupos de estudos, por despertar em mim a curiosidade pelo Direito e pela orientação fundamental para o sucesso desse trabalho.

Não poderia deixar de agradecer aqui, aos meus grandes mestres de vida e do Direito, Dr. Sandro Santos da Silva, pelos valorosos ensinamentos, bem como por me fazer compreender o significado das palavras dedicação, profissionalismo, solidariedade e respeito. Da mesma forma, à minha mestra, Dra. Karina Meneghetti Brendler, por me entender nos momentos difíceis, pelos sem número de conselhos e por me mostrar o melhor do Direito: melhorar a vida do próximo.

Às minhas grandes amigas da graduação, Fernanda Bolz, Lisiani Pereira, Ana Paula Barcarolo e Ariane Gomes, por serem meus grandes presentes de Deus, por terem dado comigo os mais lindos sorrisos durante os anos da graduação e por me apoiarem constantemente.

À todos os demais, que de alguma forma, contribuíram para que esse sonho viesse a se tornar realidade.

À todos vocês, o meu mais sincero agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, realizado com o auxílio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e qualitativa, tem por finalidade analisar o direito à vida desde o seu início, até o momento de seu término, sob a perspectiva da bioética, eis que este instituto busca resguardar a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida com base em seus princípios basilares, quais sejam: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. Analisar-se-ão os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Sob tais perspectivas serão analisados: a diferença dos direitos fundamentais em relação aos direitos humanos, as características, dimensões e titulares dos direitos fundamentais, sendo que neste último aspecto, engloba-se os embriões e os nascituros, eis que são detentores dos direitos fundamentais. Ademais, tendo em vista as crescentes descobertas na medicina, há o estudo do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é tema de intenso debate devido ao fato de que não é tarefa fácil defini-lo de forma clara. Ademais, importa realizar o estudo do conceito de vida também sob enfoque da tutela jurídica, visto que há correntes que defendem o início da existência humana com o desenvolvimento orgânico do ser humano, porém há entendimento em sentido contrário, dando conta de que o início se dá com a fusão entre o óvulo e o espermatozoide. Já em relação ao fim da vida humana, existem exceções ao conceito de morte encefálica que merecem respaldo, bem como, quanto os aspectos bioéticos relacionados à terminalidade da existência humana destaca-se a eutanásia, distanásia, ortotanásia, morte por microcefalia e aborto. Destarte, o Código Penal Brasileiro é datado de 1940, e não previu inúmeras possibilidades que vieram posteriormente. É recorrente na doutrina e na jurisprudência a análise quanto à constitucionalidade do aborto no caso de más formações congênitas, como a anencefalia, apresentando-se esta como justificativa à interrupção da gestação, inclusive, analisar-se-á dentro desta, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF nº 54). De outra banda, em razão dos vários casos registrados no Brasil referentes à microcefalia, far-se-á um estudo da possibilidade do aborto nestes casos, todavia, necessário atentar que nos casos acima descritos, desenvolve-se certa colisão de direitos fundamentais, tais como direito à vida (gestante) versus direito à vida (feto/nascituro). Por fim, recentemente houve uma decisão discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, qual seja, Habeas Corpus nº 124.306, no qual a suprema corte, por meio da Primeira

Turma, autorizou a realização do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, contudo, necessário destacar que há doutrinadores que entendem que divergir de tal posicionamento afronta uma série de direitos fundamentais das mulheres. Entretanto, há quem entenda que se mantida tal decisão, configurar-se-á afronta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Gestante. Feto. Aborto. Discriminação.

RESUMEN

The present study, accomplished with the aid of doctrinal, jurisprudential and qualitative research, has the purpose to analyze the right to life, from the moment it initiates, until the one when it ends, from a bioethical perspective, once this institute seeks to safeguard the dignity of the human person and the quality of life based on its basic principles, such as the autonomy, beneficence, nonmaleficence and justice. The fundamental rights foreseen in the Brazilian Federal Constitution of 1988, will be analyzed under the following perspectives: the difference of the fundamental rights compared to the human rights, the characteristics, dimensions, and the holders of fundamental rights, and the latter aspect embodying the embryos and the unborn, hence they also are proprietors of fundamental rights. Furthermore, in view of the growing number of discoveries in medicine, there is the study of the right to life in the Brazilian legal system, a theme that is subject of intense debate due to the fact that it is not an easy task to define it clearly. In addition, it is important to accomplish the study of the concept of life also under the juridical tutelage focus, once there are studies that defend that the beginning of the human existence it is with the organic development of the human being, but there is also an understanding in contrary, realizing that the beginning of human life is tied to the fusion of the ovum and the spermatozoid. When related to the end of the human life, there are exceptions to the concept of encephalic death that deserve consideration, as well as, the bioethical aspects related to the terminality of human existence, emphasizing the euthanasia, dysthanasia, orthothanasia, the death by microcephaly and abortion. Along these lines, seeing that the Brazilian Penal Code dates back to 1940 and did not foresee the numerous possibilities that came later, it is recurring to find in doctrine and jurisprudence the analysis of the constitutionality of abortion in cases of congenital malformation, such as anencephaly, presenting itself as justification to the interruption of gestation, within this it will be analyzed the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept No. 54. On the other hand, due to the high amount of cases registered of microcephaly in Brazil, it will be studied the possibility of abortion in these cases, however, it is necessary to note that in the cases already described above, there is a collision of fundamental rights, such as the right to life (expectant) versus the right to life (fetus/unborn child). Lastly, a recent decision has been discussed within the scope of the Federal Supreme Court, namely,

Habeas Corpus nº 124.306, in which it was authorized by the first panel of the supreme court the abortion in case of voluntary interruption of the gestation in the first trimester, nonetheless, it is necessary to emphasize that there are doctrinators who understand that diverging from such positions presents a confrontation to a series of fundamental rights of women, however, there are those who understand that if maintained this decision, it will be an affront to the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

Keywords: Fundamental Rights. Pregnant. Fetus. Abortion. Discriminate.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	14
2.1	Diferença de direitos fundamentais e direitos humanos	15
2.2	Características dos direitos fundamentais	16
2.3	Dimensões dos direitos fundamentais.....	20
2.4	Titulares ou destinatários dos direitos fundamentais	22
3	DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
3.1	Conceito de início e fim da vida humana para a tutela jurídica	28
3.2	Exceções do término da existência para o direito brasileiro	32
4	ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE ABORTO NO CASO DE MÁSFORMAÇÕES CONGÊNITAS	45
4.1	A anencefalia como justificativa para a interrupção da gestação	45
4.2	O aborto no caso de feto com microcefalia	49
5	COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMO JUSTIFICAR AINTERRUPÇÃO COM BASE NAS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS(VIDA X VIDA)	51
6	ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 124.306 E DA ARGUIÇÃO DEDESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442: ADESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO OCORRIDO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DAGESTAÇÃO	56
7	CONCLUSÃO.....	64
	REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou o entendimento de que os direitos fundamentais deverão ser vinculados à ideia da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

De outra banda, é necessário que seja a Carta Magna vista e compreendida como a norma suprema de todo o Direito Positivado, de forma que ela deve ser vista sempre como o documento onde estão resguardados os valores mais valiosos do ser humano.

Dentre tais valores, não seria demasiadamente exagerado falar que o mais estimável seja o direito à vida, previsto no artigo 5º, inciso VXLVII, da Constituição de 1988. Todavia, tal direito sofre algumas limitações, tais como pena de morte em caso de guerra declarada. Nesta linha ainda, destaca-se que o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais são inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

Além disso, a condição de pessoa humana possui previsão no artigo 2º do Código Civil, por meio do qual a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, entretanto, a lei já põe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, este possui uma promessa de direito e, vindo a nascer com vida, tornar-se-á sujeito de direito.

Todavia, quando toca-se no assunto de nascimento com vida, imprescindível que se analise quando ocorre de fato a vida, a fim de que se possa determinar quando o direito à vida começa, o que não é tarefa fácil.

Porém, a partir das pesquisas feitas durante essa monografia foi possível chegar a conclusão de que o marco inicial da vida humana deverá ser apreciada por um biólogo e não pelo Poder Judiciário, o qual possui o escopo de tão somente realizar o enquadramento legal, eis que, do ponto de vista biológico, existem duas opiniões divergentes, quais sejam, existe a doutrina majoritária, que entende que o início da vida ocorre quando da fusão entre o óvulo e o espermatozoide, ou seja, da concepção. Contudo, há quem entenda (doutrina minoritária) que a vida inicia somente com a formação do sistema nervoso central.

De outro lado, quando se fala em fim da vida, para o direito positivado a morte ocorre quando se dá a morte cerebral, desde que respeitada todas as exigências estatais impostas para a confirmação da morte.

Nesta linha, dentro dos aspectos bioéticos relacionados à terminalidade da existência humana salienta-se a eutanásia, distanásia, ortotanásia, morte por microcefalia e aborto, temas que são mais aprofundados no decorrer da presente monografia.

Outrossim, com o crescente avanço da medicina, aliado a corrente tentativa da doutrina e jurisprudência em permitir o aborto em caso de más formações congênitas, como por exemplo, a anencefalia, tal tema apresenta-se de suma importância para o atual cenário brasileiro, visto que quando da entrada em vigor do Código Penal, datado de 1940, haviam sido descobertas apenas algumas das possibilidades existentes de patologias neste sentido.

Destaca-se como importante marco na história da medicina, do direito e da bioética o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com o fito de que houvesse a realização da interpretação dos artigos 124,126,caput e 128, incisos I e II do Código Penal, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para que restasse autorizada a antecipação terapêutica do parto quando tratar-se de gravidez de feto anencéfalo, entendimento que restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nada obstante, diferentemente dos casos de anencefalia, surgiram os casos de crianças portadoras de microcefalia, as quais possuem expectativa de vida, porém, tendo em vista os poucos estudos relacionados ao tema, a dúvida que surgiu diz respeito à legitimidade do Estado em manter uma gestação quando este sequer possui conhecimentos claros dos riscos à gestante e ao feto, o que também será assunto para debate.

Nesse cenário, tendo em vista que o trabalho baseia-se na colisão dos direitos fundamentais existentes entre a vida da gestante e a vida do feto, e para que seja possível a análise disto, evidencia-se a importância de compreender o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, sob o ponto de vista de Virgílio Afonso da Silva.

Por fim, destaca-se a importância do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 124.306, referente à descriminalização do aborto ocorrido ainda no primeiro trimestre da gestação, ocorrido no dia 29 de novembro de 2016, por meio do qual a Primeira Turma do STF entendeu que a criminalização do aborto nestas circunstâncias configuraria afronta a uma série de

direitos fundamentais da mulher, tais como direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica, além de igualdade de gênero. Apesar disto, há quem possua o entendimento de que o direito à vida só poderia ser posto em contrapartida com o próprio direito à vida.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os direitos fundamentais são entendidos como aqueles direitos vinculados à dignidade, ao controle do poder estatal, bem como a liberdade e a igualdade. Assim, atenta-se para o fato de que os direitos fundamentais influenciam e atuam em todas as relações existentes no Direito, principalmente no que tange aos indivíduos frente ao Estado. De outra banda, impera mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser compreendida como a norma suprema de todo o Direito Positivado e o lugar onde estão resguardados os valores mais caros da existência humana.¹

Nesse sentido, ressalta-se que com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instaurou-se no ordenamento jurídico brasileiro visão direcionada a pessoa humana, cujo significado ampliou-se para então representar o núcleo axiológico do Direito Brasileiro, ou seja, passou a ser o início, o meio e o fim de toda a ordem jurídica existente. Assim, é possível concluir que os direitos e garantias fundamentais, *a priori*, poderão ser reconduzidos de alguma forma à noção da dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas.²

Destaca-se que nesse capítulo da presente monografia, verificar-se-á o conceito dos direitos fundamentais, as características, suas dimensões e quais são seus titulares, haja vista que a sociedade encontra-se em constante movimento, o que demandaria o surgimento de novos direitos a fim de satisfazer as demandas humanas, bem como, de forma constante, criar mecanismos capazes de sempre manter o devido respeito ao homem.

Inicialmente, demonstrar-se-á a diferença existente entre direitos fundamentais e direitos humanos.

¹MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.135.

²SARLET, Ingo Wolfgang; *Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ED.2008. p.83.

2.1 Diferença de direitos fundamentais e direitos humanos

Ressalta-se que a Constituição Federal foi a primeira a trazer a ideia de garantia e direitos fundamentais, contudo, atualmente, de acordo com as doutrinas estudadas, são adotadas inúmeras formas de referir-se a estes, tais como, direitos humanos e liberdades fundamentais.

Todavia, sabe-se que estão ocorrendo dificuldades para determinar o conceito e a terminologia adequados para cada expressão, assim impera mencionar que, em que pese no âmbito das ciências políticas e sociais, assim como no plano do direito internacional, a expressão direitos humanos seja a mais utilizada, dentro do ordenamento jurídico vigente, a expressão que melhor se adequa na esfera do Direito Constitucional é direitos fundamentais, mesmo que seja cediço que os direitos fundamentais são direitos humanos, tendo em vista que aqueles atingem o ser humano, mesmo que representados por entes (grupos, nação e Estado).³

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidieiro:

O termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.⁴

Salienta-se que embora exista a diferença entre esses dois elementos importantes para o direito constitucional atual, é imprescindível lembrar que estes possuem ligações muito familiares, isto porque todas as Constituições após a Segunda Guerra Mundial apoiaram-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e demais instrumentos pertinentes ao Direito Internacional. Assim, busca-se alcançar o que chamamos de Direito Constitucional Internacional.⁵

³SARLET, Ingo. Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 482.

⁴SARLET, Ingo. Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 483.

⁵ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos*. Revista dos Tribunais, vol. 852/2006. p. 38 – 53. Out. 2006. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015cabe00b3548786010&docguid=I4c845d20f25111dfab6f010000000000&hitguid=I4c845d20f25111dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=4000&context=8&crumb-action=append&crumb->

Convém salientar ainda que embora tenham sinônimos distintos, os direitos fundamentais (encontrados no direito constitucional de determinado Estado) e os direitos humanos (situados no âmbito do Direito Internacional) encontram raízes no reconhecimento de um sem número de direitos que, por muito tempo, eram vistos tão somente como direitos naturais da pessoa humana.⁶

Dentro dessa última percepção, para os doutrinadores mais jusnaturalistas, os direitos humanos são oriundos da qualidade de pessoa humana, todavia, tal percepção esbarra na dúvida de que se esteja esquecendo dos direitos advindos com a evolução histórica, social, político e econômica que passou a humanidade.⁷

Em suma, é possível defini-los a partir da ideia de que os direitos fundamentais são aqueles que surgem com a positivação dos direitos humanos, tendo como base o reconhecimento de todo o ordenamento jurídico vigente dos direitos oriundos da pessoa.⁸

Por conseguinte, após a definição da diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, passar-se-á a analisar as características daqueles.

2.2 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram amplamente influenciados pelo Cristianismo, o qual difundia a ideia da dignidade humana, desta forma, consolidou-se que existiriam então inúmeros direitos que preexistiam ao Estado.⁹ Dentre as características de tais direitos ressalta-se a sua historicidade, visto que possuem caráter histórico, pois sobressaíram-se a diversas revoluções, permanecendo até os dias atuais. Nesta linha, ocorreu uma transformação da visão do binômio

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁶SARLET, Ingo. Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 484.

⁷SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em jun 2017.

⁸SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em jun 2017.

⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 136.

Estado/indivíduo, onde o indivíduo possuía primeiros direitos e posteriormente deveres.

Nessa perspectiva, o “[...] caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais.”¹⁰

Como características dos direitos fundamentais, é possível lembrar-se de seu caráter universal e absoluto, desta forma, no que tange a sua universalidade deve-se atentar para o fato de que em que pese tenha validade universal, tal direito não é uniformizado, isto porque alguns direitos, de fato, estão ligados a todos os indivíduos – como o direito à saúde – porém alguns estão ligados a um grupo específico de pessoas, como ocorre no caso dos direitos dos trabalhadores.¹¹

Salienta-se que dentro da característica da universalidade, o constituinte preocupou-se em destacar a importância de alguns bens que satisfazem a necessidade do homem dentro de sua posição social.

Assim “a fundamentalização desses direitos implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas têm tanta importância como os objetivos básicos do conjunto dos indivíduos”.¹²

Nessa linha, quanto a sua característica absoluta, não a como esquecer que certos direitos fundamentais sofrem limitações. Logo, no que se refere ao direito à vida, debatido no presente trabalho, possui limitações, como no caso da previsão da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso VXLVII, alínea a:

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 propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p.144. Grifo nosso.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 143. Grifo nosso.

¹²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. - São Paulo : Saraiva, 2009.

Nessa acepção, importante atentar que não há direitos absolutos. Assim, o entendimento dos doutrinadores Mendes e Branco:

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.¹³

Além disso, os direitos fundamentais são inalienáveis, isto quer dizer que não pode o indivíduo dispor como bem entender, considerando que não há como renunciá-los, vendê-los, comprá-los ou até mesmo doa-los. Assim, ainda que possua tal direito, não é justificativa para usá-lo da forma como lhe convir, são inclusive, imprescritíveis, ou seja, não desaparecem com o decurso do tempo.¹⁴

A característica da inalienabilidade trás em sua essência uma importante lição para o Direito, qual seja, demonstrar que não há como desprezar um direito fundamental, mesmo quando o titular do direito concordar com tal posicionamento.¹⁵

Nesta linha, é cediço no direito constitucional brasileiro que há diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Assim sendo, os direitos humanos são frutos de documentos oriundos da esfera internacional, já os direitos fundamentais são estabelecidos conforme normas e leis decididas em cada Estado, daí porque estes apresentam como característica a constitucionalização.¹⁶

Contudo, “essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles.”¹⁷ Além disso, dentre tantas consequências, destaca-se o grande alcance dessa característica, pois as normas que protegem os

¹³MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 143.

¹⁴Ibidem, p. 145.

¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.p. 276.

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 147.

¹⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 147.

direitos fundamentais são aplicados em todos os poderes constituídos, inclusive, no poder de reforma da Constituição.¹⁸

De outra banda, a indisponibilidade dos direitos fundamentais merece ressalva, em razão de tal característica estar intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e a potencialidade do homem em autodeterminar-se, bem como o direito à vida e à saúde, onde requer seja resguardada a integridade física e mental, cuja falta ensejaria na carência do termo dignidade. Apesar disso, evidencia-se o entendimento de Mendes e Branco:

A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional.¹⁹

Ainda, cita-se como uma das características dos direitos fundamentais a sua aplicação imediata. Sabe-se que a lei aplicasse conforme os direitos fundamentais e não o contrário, pois esses são oriundos da Constituição Federal.²⁰ Assim, é de salientar o disposto no art. 5º da CRFB/88, em §1º:

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 propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.²¹

Nesse seguimento, a aplicação imediata na visão de Mendes e Branco são:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada.²²

¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.p. 279.

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 154.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 147.

²¹BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>Acessado em: 09/10/2016.

²²MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 154.

Essa característica é decorrente da superioridade absoluta dos direitos fundamentais, uma vez que não seria lógico e nem correto condicionar a efetividade dos referidos direitos conforme a regulamentação legislativa, de modo que se o direito somente fosse efetivado a partir da sua regulamentação pelo legislador, estar-se-ia invertendo a ideia posta, haja vista que o poder constituído haveria de ter mais poderes que o poder constituinte.²³

Nesta linha, entendimento de Mendes, Coelho e Branco:

Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição — incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais — é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.²⁴

Todavia, necessário apontar que a característica da aplicabilidade imediata prevista na Constituição da República Federativa do Brasil não significa que os direitos fundamentais possuam como consequências direitos subjetivos, concretos e definitivos.²⁵

À vista disso, é cediço que as normais constitucionais não são sempre autoaplicáveis, pois necessitam da atuação do legislador para produzir efeitos. Cite-se, a título de exemplo, os direitos fundamentais de índole social, os quais dependem de complementação do legislador (direito à educação e direito ao lazer). Assim como ocorre com a concretização das normas contidas no artigo 5º da CFRB, visto que, dependem da atuação legislativa para ter efeito ou mesmo sentido.²⁶

A seguir, o estudo quanto às dimensões dos direitos fundamentais.

2.3 Dimensões dos direitos fundamentais

As dimensões dos direitos fundamentais (usa-se a expressão dimensão, tendo em vista que os direitos fundamentais foram paulatinamente conquistados pelos

²³MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 298.

²⁴MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.p. 285.

²⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.p. 286.

²⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.p. 286.

homens, de modo que a ideia refere-se a uma geração que não substitui a outra, mas sim a complementa) referem-se à evolução dos direitos fundamentais, os quais surgiram com fundamento em três conteúdos principais: liberdade, igualdade e fraternidade e descobertos a partir de revoluções burguesas que difundiam a universalidade e generalização.²⁷

Nos direitos fundamentais de primeira dimensão encontramos uma esfera que diz respeito ao direito civil e político, sendo que tais direitos inauguram o constitucionalismo do ocidente, cujo início se deu no fim do século XVIII e início do século XIX, visando o indivíduo como titular de tais direitos e o Estado com o dever de abstenção, destaca-se ainda a natureza negativa dos referidos direitos, pois isola-se o Estado e a Sociedade e supervaloriza-se o homem singular.²⁸

Englobado como direito fundamental de 2º Dimensão, é possível encontrar o direito à saúde. Tal direito encontra raízes no descaso com os problemas sociais, assim sendo, se fazia necessário que existisse um direito de forma igualitária para com todos.²⁹

Ademais, em tal dimensão é possível verificar direitos sociais (pela ideia de realização da prestação social), culturais e econômicos, surgidos com o Estado Social, sendo que em sua primeira fase, passou a assumir determinadas prestações materiais, já na segunda fase, restou dotado de eficácia diversa, isto porque entende-se, majoritariamente, tais direitos possuam eficácia imediata, porém é possível encontrar doutrina que entendem como eficácia mediata, tendo em vista a necessidade de ação pelo legislador infraconstitucional.³⁰

Já os chamados direitos fundamentais de 3º Dimensão são de titularidade difusa ou coletiva, proteção não do homem isoladamente, mas de sua coletividade. Em suma, o rol de direitos fundamentais positivados no Direito Brasileiro foi se desenvolvendo conforme a exigência de cada período, contudo, é mister destacar que quando surge uma “nova” dimensão, não se está excluindo a já existente, mas

²⁷FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional* - 3.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.p.243.

²⁸FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional* - 3.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.p.243/244.

²⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2015, p.137.

³⁰FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional* - 3.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.p.244.

sim complementando-a. Além disso, tais direitos possuem um fim em si mesmo, assim declarados no texto constitucional.³¹

Após a verificação das dimensões dos Direitos Fundamentais, imprescindível sejam analisados quem são os titulares ou destinatários dos referidos direitos.

2.4 Titulares ou destinatários dos direitos fundamentais

Como anteriormente citado, houve limitações impostas ao Estado em favor do indivíduo, em razão disso, surge a ideia de que os direitos fundamentais possuem como titulares as pessoas naturais. Todavia, com a evolução e modernização do direito, ampliaram-se os destinatários de tais direitos, ou seja, as pessoas jurídicas e as pessoas estatais também são titulares, em conformidade com a Constituição Federal de 1988.³²

Nada obstante, não significa dizer que em razão disso, todos os direitos fundamentais são destinados às pessoas naturais, jurídicas ou estatais, ainda que alguns direitos possam ser usufruídos por todos, outros se restringem a certa classe.

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero: “a titularidade no Direito, notadamente na área constitucional, corresponde ao polo ativo da relação de direitos subjetivos, é o chamado sujeito do direito.”³³

Nessa linha, destaca-se que a titularidade dos direitos fundamentais, depende inicialmente da análise do caso concreto, isto porque se faz sempre necessário visualizar de que direito fundamental está-se diante, visto que podem figurar na relação menores e incapazes, para posteriormente ocorrer a identificação do direito fundamental.³⁴

É preciso enfatizar que em respeito aos princípios da proporcionalidade e da igualdade e, em que pese conste na Constituição Federal de 1988 a atribuição de que todos são iguais perante a lei, bem como que aos brasileiros e estrangeiros são garantidos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

³¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 138.

³²PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; *Direito Constitucional Descomplicado*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 105.

³³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 303.

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 303.

nem todos são titulares de todos os direitos fundamentais, haja vista que existem direitos que são voltados somente a determinadas pessoas.³⁵

Nessa linha, ressalta-se os direitos políticos, os quais são atribuídos somente aos brasileiros, havendo inclusive distinção entre os natos e os naturalizados, não cabendo tais direitos aos estrangeiros.

Contudo, a esse respeito:

Aos estrangeiros naturalizados, é assegurado o exercício dos cargos não reservados constitucionalmente aos brasileiros natos, impondo-se especial atenção aos casos em que haja reciprocidade de tratamento, como o do acordo bilateral entre Brasil e Portugal (Dec. 3.927, de 19.09.2001).³⁶

Em relação aos titulares dos direitos fundamentais em relação à vida, englobando-se nesta categoria os embriões e os nascituros. É importante atentar para a ideia dos direitos fundamentais correspondentes dessa classe, como o já mencionado direito à dignidade, onde preserva-se a conservação de suas vidas, bem como o direito de personalidade. Ainda, é mister ressaltar que aqui também é possível verificar o direito patrimonial.

De outra banda, sabe-se que em relação ao direito comparado, muitos países já optaram pela descriminalização do aborto. Sobre tal temática, no direito constitucional positivo brasileiro, houve o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sendo julgada procedente pelo Ministro Gilmar Mendes. Entendeu o ministro que a interrupção da gravidez no caso de anencefalia é considerada como excludente de ilicitude, de modo que se entendeu como perigoso à saúde da gestante, pois embora não possua previsão legal, há que se ter em mente que o legislador de 1940 não poderia prever tal hipótese, de forma que a não inclusão dessa excludente, configura tão apenas uma omissão legislativa não condizente com a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Penal Brasileiro.³⁷

³⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 304.

³⁶SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 305.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

Salienta ainda que o entendimento do Ministro Gilmar Mendes vem no sentido de que:

Entrementes, o aborto do feto anencéfalo tem por objetivo precípua zelar pela saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia (que pode ocorrer a partir do terceiro mês de gestação) até o parto, a mulher conviverá com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver, segundo a medicina afirma com elevadíssimo grau de certeza.³⁸

De outra banda, é importante salientar que no que toca aos embriões, pode-se citar os embriões intrauterinos, ou seja, aqueles que encontram-se dentro do útero da gestante e os chamados embriões extrauterinos, os quais são armazenados em laboratório para futuro uso ou não. A estes o direito brasileiro também procura alcançar-lhes proteção, nesta linha, cita-se a Lei 11.105 de 2005, chamada de Lei de Biossegurança, a qual surge para regulamentar o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, §1º, em seus incisos II, IV e V. Senão vejamos³⁹:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana [...].

Ademais, a condição de pessoa humana vem prevista no Artigo 2º do Código Civil “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.”⁴⁰ Logo, é possível verificar que o código atribuiu ao nascituro uma expectativa de direito, desta forma, se vier a nascer com vida, possuirá direitos, transformando-se em sujeito de direitos.

De outra banda, não existe pacificada jurisprudência, bem com doutrina, no sentido de determinar o início da personalidade jurídica, uma vez que tal tema é de

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

³⁹ Brasil. Decreto-Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 26 mai. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Decreto - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

extrema complexidade, indo do ponto da interrupção da gravidez até a chamada reprodução humana.

Citar-se, ainda, os direitos fundamentais em sede *post mortem*, uma vez que a dignidade da pessoa humana não possuir término com o fim da vida, aqui ainda é possível de atenção os direitos individuais e os direitos patrimoniais, forte no artigo 11, parágrafo único do Código Civil.

Assim, salienta-se que no próximo capítulo, se estudará o direito à vida no ordenamento jurídico pátrio.

3 DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em razão da evolução da medicina, sabe-se que houve a descoberta de inúmeras curas de doenças, desta forma, melhorou consideravelmente a qualidade de vida das pessoas. Consequentemente o direito à vida volta à tona para o debate quanto ao início e término da existência das pessoas no mundo.

A fim de definir o direito à vida, cite-se Alfradique:

Circunstância a tornar ainda mais espinhosa o ofício de atribuir uma definição à *vida*, é a relação que se tem por hábito fazer com seu contraposto morte. Autores tanatologistas costumam afirmar, que, por exclusão, *vida* é tudo aquilo que não está morto, ou seja, que não faleceu, não finou, não expirou, não pereceu. Embora atribuam clareza solar às suas definições, cremos que tal assertiva é por demais incompleta, senão, defeituosa.⁴¹

Portanto, o direito à vida é tema de intenso debate devido ao fato de que não é tarefa fácil defini-la de forma clara.

Nesse sentido, Fernandes:

A atual concepção de que o direito à vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: **o direito da vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna** (com condições mínimas de existência). Portanto, as doutrinas constitucionais mais recentes desenvolvem uma compreensão diversa do entendimento biológico, compreendendo a concepção de vida conectada à de dignidade humana.⁴² grifo nosso.

Ressalta-se que o direito fundamental à vida pressupõe dois momentos, quais sejam, a probabilidade de vida (vida intrauterina) e a consumação que ocorre com o nascimento (vida extrauterina). Sem o referido direito não haveria qualquer outro.⁴³

Cumprido destacar que a ideia do constituinte seria não menos do que proclamar o direito à vida como o primeiro dos cinco valores básicos (seguido de liberdade, igualdade, segurança e propriedade), por meio do qual, caso ocorresse crime doloso contra a vida, por exemplo, seria chamado à ação o direito processual penal.

⁴¹ALFRADIQUE, Eliane. Direito à vida: aborto- estupro- feto anencefálico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>. Acesso em jun 2016. Grifo nosso.

⁴²FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.287.

⁴³BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 533.

Ressalta-se que em sendo acionado o referido direito, os crimes atentatórios contra a vida são julgados por meio do júri (Art.5º, XXXVIII da CRFB).⁴⁴

O direito em questão encontra respaldo inclusive quando se refere ao âmbito internacional, no qual o direito à vida, da mesma forma, é o núcleo de toda ordem jurídica positivada. Assim, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969).⁴⁵

O referido Pacto encontra inúmeras semelhanças com a Constituição Federal de 1988, com notoriedade para a existência humana, com importante destaque para o artigo 4º. Cite-se:

Artigo 4º - 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.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.⁴⁶

No mesmo sentido, vem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, datado de 1968, o qual prevê a proteção da pessoa humana:

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.⁴⁷

⁴⁴MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.256.

⁴⁵MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direita constitucional*. 1 D. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.257.

⁴⁶COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr.2017.

⁴⁷BRASIL. Decreto-Lei nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 mai.2017.

A discussão em torno do direito à vida é de extrema importância para a possibilidade de análise quando à legitimidade de interromper o processo de gestação, bem como a liceidade do encerramento voluntário da existência em certas situações dramáticas e peculiares.⁴⁸

Dessa forma, adentrar-se-á na definição de início e fim da vida humana.

3.1 Conceito de início e fim da vida humana para a tutela jurídica

A tutela jurisdicional do direito à vida teve previsão apenas na Constituição de 1946, em seu artigo 141, caput, ou seja, passaram-se 4 Constituições para que somente na quinta houvesse a tutela por parte do Estado de tal direito. Já na atual Constituição, tal direito possui previsão no artigo 5º, *caput*, além de possuir expressa previsão de proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, como refere-se o artigo 5º, inciso XLVII, alínea a.⁴⁹

À vista disso, atenta-se inclusive para o fato de que a Constituição garante uma vida digna, ou seja, é vedado a tortura, pena de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Destaca-se que o instituto da personalidade jurídica surge a partir do nascimento com vida (Art.2 do Código Civil) e termina com a morte (Art.6 do CC), embora entre esses dois marcos, existam os chamados direitos da personalidade. Como o *códex* mencionado determinou, o nascituro tem a expectativa de direitos a partir da concepção, já o *de cujus* possui o direito de reconhecimento à sua memória (tutela de honra, do nome e da imagem) e o respeito a suas vontades, mesmo após o falecimento.⁵⁰

Destarte, o direito em pauta, abrange a proteção jurídica de estar vivo, de não privado de sua vida, bem como de não ser morto ou ainda de possuir uma vida digna, desta forma, pode-se concluir que concepções de ordem moral, filosófica ou

⁴⁸MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2015.p.257.

⁴⁹SARLET, Ingo wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.p. 352.

⁵⁰FALCÃO, Rafael de Lucena. *A personalidade jurídica do nascituro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7>. Acesso em jun 2017.

até religiosa não possuem relevância para a proteção do Estado. Logo a definição de direito à vida é único e exclusivamente biológico.⁵¹

Nesse sentido entendimento de Sarlet, Mitidiero e Marinoni:

É possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica.⁵²

Além disso, o conceito de vida foi amplamente debatido pelo STF no julgamento da ADI 3.510 (discussão acerca do art.5º da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança), no qual foi estabelecido que as pesquisas científicas relacionadas com célula-tronco embrionária não violam o direito à vida.

Em tal julgamento, a Procuradoria Geral da República, argumentava no sentido de que a referida lei violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, o ministro relator, Carlos Ayres Britto, fez menção ao fato de que tais direitos pertencem a indivíduos já nascidos, respeitados, todavia, os direitos do nascituro, com previsão no artigo 2º do Código Civil.

Nesse sentido referem Paulo e Alexandrino que “Entendeu a Corte Suprema que essas pesquisas não ofendem o direito à vida, tampouco violam a dignidade humana constitucionalmente assegurada.”⁵³

De outra banda, seria equivocado presumir que o direito à vida inicia tão somente com o desenvolvimento orgânico do ser humano, como por exemplo, com a autoconsciência, isto porque, o direito à vida não requer mais do que unicamente pertencer aos *homo sapiens*. Acreditar que existe vida apenas com mente consciente seria reduzir a vida a apenas um dos elementos do indivíduo.⁵⁴

Nessa diretriz, atenta-se para o entendimento doutrinário de início de vida de Mendes e Branco:

⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 352.

⁵²SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 352.

⁵³PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo.; *Direito Constitucional Descomplicado*. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 105.

⁵⁴MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1 D. ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2015.p.259.

Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo da sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana. Por conta dessa sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio da igual dignidade humana.⁵⁵

Assim, é possível verificar que o início da vida deverá ser apreciada por um biólogo, cabendo tão somente ao judiciário determinar o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico, a vida inicia com a fusão entre o óvulo e o espermatozoide, resultando em um zigoto. Logo, é com o início da nidação, ou seja, quando a mulher descobre-se grávida.⁵⁶

Por conseguinte, para o ordenamento jurídico brasileiro a morte ocorre quando se dá a morte cerebral, desde que respeitadas todas as exigências estatais impostas para a confirmação da morte. Tal alegação possui respaldo no artigo 3º da Lei de Transplantes, onde somente ocorre o transplante depois de confirmada morte encefálica. Cita-se:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.⁵⁷

Imperioso então se faz destacar a pronuncia sobre tais tópicos realizadas por Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

Embora existam outros critérios e a despeito das críticas veiculadas em relação ao critério da morte cerebral, tal opção situa-se dentro dos limites da liberdade de conformação legislativa, situando-se entre as fronteiras da proibição de proteção insuficiente e da proibição de intervenção excessiva, visto que o critério da morte cerebral, como já frisado, ao mesmo tempo em que permite aferir a cessação da possibilidade de vida autônoma (a morte cerebral implica a completa e irreversível cessação da atividade cerebral), permite a utilização dos órgãos para salvar vidas de terceiros.⁵⁸

⁵⁵MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2015.p.259.

⁵⁶MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32.ed.rev. e atual.até a EC. Nº 91 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. Pg. 98.

⁵⁷BRASIL. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁵⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 359.

Convém ressaltar aqui que o término dos batimentos cardíacos, o fim da respiração e do sistema nervoso, já autorizavam o sepultamento do indivíduo na Europa do século XVIII. Todavia, posteriormente (até a década de 60), o encerramento da vida humana ocorria quando houvesse o término das funções respiratórias e circulatórias, tão somente. Entretanto, com o avanço da medicina, descobriu-se o marcapasso (o que possibilita a continuação dos batimentos cardíacos) e a ventilação mecânica (continuação da respiração), procedimentos que assim possibilitaram o surgimento da ideia, até então definida, que a morte ocorre quando se encerra a função encefálica do corpo.⁵⁹

Nada obstante, existem exceções ao conceito de morte encefálica que merecem destaque, haja vista que há atividade cerebral mesmo havendo morte encefálica, como por exemplo, em crianças anencéfalas, no coma induzido por intoxicações metabólicas, drogas, hipotermia, lesões cerebrais gravíssimas. Logo, há critérios valorativos quando o fim do ser humano, principalmente, em caso de pessoas em estado vegetativo ou em coma irreversível.⁶⁰

É cediço que o direito à vida não é um direito absoluto, haja vista os casos previstos na própria Constituição da República Federativa do Brasil dão conta de que em determinadas ocasiões, poderá o Estado dispor da vida do indivíduo, como no caso da pena de morte.

Todavia, em mesmo sendo um direito não absoluto, toda e qualquer intervenção na vida humana só deverá ocorrer desde que justificadas juridicamente, em caráter excepcional e preenchidos todos os requisitos formais e sujeitos à forte controle.⁶¹

A seguir, analisar-se-á as possibilidades de eliminar a vida humana sob a perspectiva do Direito Brasileiro.

⁵⁹RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em abr 2017.

⁶⁰RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em abr 2017.

⁶¹MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2015.p.259.

3.2 Exceções do término da existência para o direito brasileiro

Sendo a vida humana entendida como o bem de supremo valor, a tutela jurídica deverá, incessantemente, obstaculizar erros, abusos ou destruição da confiança na medicina. O avanço dos procedimentos médicos e o conceito de dignidade da pessoa humana, referente à sua integridade física, caracterizam-se, ambos, como assuntos de interesse coletivo e que caminham concomitantemente.⁶²

Nessa linha, acentua-se o limite para utilização do corpo humano, tanto para experimentação científica e transplante de órgãos, quanto para procedimentos que viabilizem o alívio de dores. Importante mencionar que para a concretização destes procedimentos deverá ser levado em consideração a possibilidade e disposição do corpo humano e o consentimento válido do sujeito na utilização do próprio corpo (sem vício na manifestação de vontade).⁶³

Quanto os aspectos bioéticos relacionados à terminalidade da existência humana destaca-se a eutanásia, distanásia, ortotanásia, morte por microcefalia e aborto.

Dentro da ideia de direito à vida digna, a eutanásia traz exatamente tal sentido, isto porque dentro desta perspectiva, existe a chamada Eutanásia Passiva (onde desliga-se os aparelhos, uma vez que o paciente não possui qualquer chance de cura) e a Eutanásia Ativa (quando o Estado, na figura do médico, provoca a morte).

A eutanásia (traduzida como morte boa ou apropriada) surgiu no século XVII, por meio de Francis Bacon em sua obra “*Historia Vitae Et Mortis*”, sendo considerada como o tratamento apropriado para pessoas portadoras de doenças incuráveis. O vocábulo eutanásia possui dezenas de interpretações, embora deva sempre prevalecer o entendimento de que se trata de uma maneira de utilizar os meios adequados para o tratamento de uma pessoa que está em estágio terminal. No século XIX, os teólogos Larrag e Claret, em seu livro “Prontuários de Teologia

⁶²DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia – Aspectos jurídicos*. Revista Bioética. Brasília. , n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁶³DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia – Aspectos jurídicos*. Revista Bioética. Brasília. , n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Moral” publicado em 1866, utilizaram a palavra eutanásia como “morte em estado de graça”.⁶⁴

Nesse sentido entendimento de Souza Filho: “a eutanásia é utilizada quando ocorre uma compaixão para com pacientes vítimas de terrível sofrimento ou acometido de doença incurável.”⁶⁵

Convém mencionar que discutir e posteriormente decidir sobre abdicar da vida de uma pessoa que, momentaneamente ou não, não consegue exprimir sua vontade, é sempre uma tarefa difícil e incerta, em razão disto, o ordenamento jurídico jamais deverá facilitar tal atitude.⁶⁶

No que tange á eutanásia voluntária, destaca-se o entendimento de Campbell:

O objetivo da legislação é descriminar a morte de uma pessoa por outra, sob circunstâncias específicas que incluem a competência e o estado mental da pessoa que pede para morrer, a avaliação independente das circunstâncias médicas que levaram ao pedido, e o registro da identidade e a qualificação profissional da pessoa que levou a efeito a morte.⁶⁷

O entendimento jurisprudencial dominante vem no sentido de que quando praticada a eutanásia, deverá o médico responder por homicídio privilegiado, ou seja, cometido por motivo de relevante valor moral, neste caso, interesse particular e, assim, é causa de atenuante da pena. Destaca-se que a eutanásia se enquadraria no tipo penal do homicídio, tendo em vista que conduta típica, ilícita e culpável.⁶⁸

Na esfera penal, para a caracterização do crime de homicídio, bem como para a responsabilidade civil e penal, não possui relevância jurídica o fato de o paciente ter implorado pela medida, isto porque o consentimento não possui o condão de tornar lícita a atitude do médico, uma vez que não há previsão na legislação de

⁶⁴GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>. Acesso em: 30 abr.2017.

⁶⁵SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. *Aborto e eutanásia: temas polêmicos no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5168>. Acesso em maio 2016.

⁶⁶ALASTAIR, Campbell. *Eutanásia e o Princípio de Justiça*. Revista Bioética. Brasília, n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/293/432>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁶⁷ALASTAIR, Campbell. *Eutanásia e o Princípio de Justiça*. Revista Bioética. Brasília, n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/293/432>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁶⁸DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia – Aspectos jurídicos*. Revista Bioética. Brasília. , n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

causa de exclusão de tipicidade da conduta neste caso, pois entende-se que o médico poderia ter agido de forma diversa, podendo evitar a conduta ilícita, e não o fez.⁶⁹

O Código Penal vigente enquadraria a atitude do médico em seu artigo 121, §1º. Cite-se:

Art. 121 - Matar alguém.

§1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço."⁷⁰

A distanásia refere-se à obsessão terapêutica pela permanência da vida, ainda que sem qualquer esperança desta, e adiamento da morte que se faz iminente, sem qualquer preocupação com a qualidade de vida e opinião do enfermo.

Neste sentido, entendimento de Kovács⁷¹:

A questão da distanásia surge num contexto da medicina e da tecnociência que, diante de uma doença incurável, transforma em obsessão a "cura da morte", como se isto fosse possível, negando-se a dimensão de finitude da humanidade. Cabe ressaltar, no entanto, que a crítica ao tratamento fútil não significa matar o paciente, nem abandoná-lo à própria sorte.⁷²

Essa forma de prolongamento da vida diz respeito ao emprego de todos os meios possíveis terapêuticos (extraordinário e experimentais) a fim de possibilitar o prolongamento da vida do enfermo, mesmo que este encontre-se incapaz de resistir e já no curso final de sua vida. A utilização de tais procedimentos não é feita com a certeza do sucesso médico, mas sim sem a mínima certeza de sua eficácia, nem da reversibilidade do quadro. Neste caso, o médico não responderá por homicídio,

⁶⁹DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia – Aspectos jurídicos*. Revista Bioética. Brasília. , n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁰BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

⁷¹KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas questões de vida ou morte. Scielo, Psicol. USP, vol. 14, n. 2, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000200008>. Acesso em: 05 mai. 2016.

⁷²Bioética nas questões da vida e da morte. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000200008>. Acesso em: 10 mai. 2016.

tendo em vista que a conduta não é ilícita e nem culpável, salvo em caso de emprego extraordinários com o escopo de encurtar a vida.⁷³

Convém destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 318725, o qual entendeu que o paciente em estágio avançado de tuberculose, que vier a cometer suicídio, em razão da referida doença e em razão desta venha a desenvolver depressão, a suprema corte entende que há neste caso culpa exclusiva da vítima, haja vista que nada tem o estabelecimento hospitalar responsabilidade pelo ocorrido. Logo, o entendimento vem no sentido de que não deveria o hospital fornecer todos os meios necessários para salvaguardar a vida do paciente, como requerer a distanásia:

Na hipótese debatida nos autos, como bem enfatizado no douto parecer da Procuradoria de Justiça, o paciente não era louco nem se achava internado em hospital psiquiátrico. Achava-se ele internado há longo tempo com tuberculose crônica e resistente, em estágio grave e avançado. Desnecessária era uma vigilância permanente, durante 24 horas por dia e 365 dias por ano, porquanto mais doloroso fosse o seu quadro clínico, não era razoável prever-se que ele viesse a cometer atos violentos contra si ou terceiros, pela fraqueza orgânica de que se achava possuído.⁷⁴

Não seria errôneo dizer que quando se refere à eutanásia, quem pratica o ato (agente responsável pelo tratamento (médico, enfermeiro ou outro)) atua por omissão. Já quando se discute a ortotanásia, a qual será abordada mais detalhadamente a seguir, se está diante de uma conduta por omissão (eutanásia omissiva). Nesses dois casos, estar-se-ia dissipando o conjunto de procedimentos médicos denominados distanásia, ou seja, prolonga-se a vida do doente em estado grave, sem previsão de cura.⁷⁵

Nessa perspectiva, entendimento doutrinário de Farah:

⁷³DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia – Aspectos jurídicos. *Revista Bioética*. Brasília. , n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito Constitucional e Administrativo. Responsabilidade extracontratual do Estado*: relator. Ellen Gracie. 16 de dezembro de 2008. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578274>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

⁷⁵SOUZA, Deusdedith. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. *Revista dos Tribunais*, vol. 706/1994. P.283-289. Ago. 1994. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&docguid=144b9ffb0f25011dfab6f010000000000&hitguid=144b9ffb0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=14&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05. mai. 2017.

A eutanásia, a ortotanásia e a distanásia encontram resistência na ética médica. O afã de curar ou prolongar a vida passa a se preocupar com a qualidade dessa vida prolongada. A aceitação desses novos paradigmas vem provocando alterações na legislação. Tal fenômeno vem estimulando interesses para humanização das instituições de saúde. Aumentam-se os cuidados paliativos com pacientes terminais. Alternativas são criadas na cultura relativa ao respeito à dignidade humana na hora da morte.⁷⁶

Já a ortotanásia, no entendimento de Costa Junior, é deixar que o término da vida da pessoa venha naturalmente, contudo, possibilitando a ela que sofra o menos possível.⁷⁷

Necessário atentar para o fato de que existem duas classificações do direito à vida, qual seja, aquela em que o referido direito é tutelado pela propriedade e aquela em que se relaciona a inalienabilidade, fatores que são importantes para a legalidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, aprovada em 2006, que discorre sobre a ortotanásia.⁷⁸

Nessa linha, cumpre referir que faltando a capacidade civil para os seus atos, ou seja, aptidão para autodeterminar-se e mesmo em estado terminal, não poderá dispor de sua vida, como aceitar ou não tratamentos médicos alternativos pelo médico ou manter procedimentos terapêuticos que não terão efeitos satisfativos.⁷⁹

⁷⁶FARAH, Elias. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p.131-178. Jul – dez / 2011. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&epos=6&spos=6&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁷⁷COSTA JUNIOR, Emanuel de Oliveira. *Ortotanásia, distanásia e eutanásia na consciência médica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11921>. Acesso em maio 2016.

⁷⁸SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

⁷⁹SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

A vida, sendo um direito fundamental, é considerado direito proprietário⁸⁰, conforme evidencia o artigo 15 do Código Civil “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”⁸¹, cujo entendimento vem no sentido de que será vedado submeter à tratamento terapêutico, o que torna evidente a inviolabilidade do direito à vida.

Assim, dentro da perspectiva da ortotanásia, a qual se entenderia como uma forma de apenas amenizar o sofrimento do paciente, poderá, a vida, ser vista como um direito segundo o qual a tutela é pela propriedade e que seu titular é a pessoa, ainda que necessite ser capaz e autodeterminar-se. Logo, diante de uma situação de paciente terminal, há que se levar em consideração sua autonomia, tendo sempre em mente sua dignidade, máxime, quando paciente com capacidade para todos os atos da vida civil.⁸²

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805 de 2006, prevê que poderá o corpo médico suspender tratamentos e procedimentos de saúde que tão somente prolonguem a existência do paciente. Todavia, exige que haja a anuência deste. Tal procedimento possui como premissas maiores a dignidade da pessoa humana, bem como a negativa ao tratamento degradante e desumano.⁸³

A contrário sensu, há a alegação de que tal resolução teria ferido cláusula constitucional que preserva a vida. Contudo, impera mencionar que a vida da qual o Estado preserva, não possui o condão de transferi-la a este. Logo, nem o Estado

⁸⁰ SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2044>. Acesso em: 07 mai. 2017.

⁸² SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

⁸³ SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

nem a comunidade dividem sua titularidade, a qual é individual. Outro ponto que merece respaldo é que o mérito da referida resolução está em possibilitar que se desnude as dificuldades que são encontradas nos hospitais e propor uma solução.⁸⁴

O Ministério Público Estadual, no ano de 2007, manifestou-se expressamente pelo impedimento da ortotanásia, sob o fundamento de que a prática legalizada desse procedimento abrir-se-ia para o risco de que ela se converta em homicídio. Todavia, os operadores do direito entendem que a opção pela ortotanásia encontra fundamento no princípio constitucional da autonomia profissional técnica ou científica do médico, bem como, os defensores da ortotanásia entendem que estar-se-ia evitando que os médicos extrapolem os limites da existência humana, para além daqueles inexoráveis.⁸⁵

Destaca-se que o Código de Ética Médica⁸⁶, em seu capítulo V – das relações com pacientes e familiares-, possui disposição expressa quanto à vedação da disposição da vida do paciente, conforme dispõe artigo 41 “É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Existe um projeto de lei (PLS 116/2000), no qual tenta-se a legalização da ortotanásia por meio de alteração do artigo 121 do Código Penal, de modo a excluir a ilicitude penal da ortotanásia. Contudo, tal projeto, ainda está em tramitação,

⁸⁴SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdac bda98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

⁸⁵FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p.131-178. Jul – dez / 2011. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&epos=6&spos=6&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁸⁵COSTA JUNIOR, Emanuel de Oliveira. *Ortotanásia, distanásia e eutanásia na consciência médica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11921>. Acesso em maio 2016.

⁸⁶CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica. Res. (1931/2009). Capítulo V – Relação com pacientes e familiares. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20660:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 07 mai. 2017.

porém já foi aprovado pelo Senado Federal e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.⁸⁷

A preocupação do Poder legislativo vem no sentido de que se trata de procedimento médico, por meio da interrupção do tratamento médico, fazendo com que a morte ocorra de forma natural, porém utilizando-se de todos os meios para evitar o sofrimento da pessoa. A medicação possui apenas o condão de aliviar as dores e os aparelhos, sondas e químicas são suspensos, sendo que para isso basta que haja pedido escrito dos responsáveis legais ou pelo paciente terminal, e acostados ao prontuário médico.⁸⁸

De outra banda, em decorrência dos muitos casos de microcefalia ocorridos no Brasil, existe grande possibilidade do assunto tornar-se pauta para julgamento perante o STJ.

Destarte, entendimento de Carvalho Filho:

O recurso ao Poder Judiciário para dirimir embate social sobre a temática tão sensível do aborto suscita a questão de saber se compete à Justiça analisar essa pauta e decidir sobre a regulamentação da interrupção voluntária da gestação.⁸⁹

No que se refere ao aborto, a legislação brasileira autoriza o aborto em caso de anencefalia, quando houver real risco de vida à gestante ou no caso de violência sexual.

É necessária uma análise aos longos dos anos para que se possa compreender a visão em relação ao tema atualmente. Ocorreram mudanças e permanências constantemente no que tange ao assunto, de forma que possui dois lados o presente tema: de um lado movimentos feministas reivindicando o direito ao

⁸⁷FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p.131-178. Jul – dez / 2011. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&epos=6&spos=6&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁸⁸FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p.131-178. Jul – dez / 2011. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&epos=6&spos=6&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁸⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF. In: Consultor jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acesso em: 27 de mai.2016.

seu próprio corpo, em uma crítica ao sistema patriarcal que se instalou desde os primórdios da humanidade, e de outro lado, a criminalização do aborto.⁹⁰

Nessa diretriz, entendimento de Martins⁹¹:

Esta conduta é criminalizada por ofender o bem jurídico relacionado à “vida”, no caso, à vida intrauterina. Constata-se, portanto, a permanência deste discurso em nosso ordenamento jurídico. Porém, verificam-se mudanças ao se relativizar esta proteção, nos casos de aborto necessário – para salvar a vida da gestante – e nos casos de gravidez resultante de estupro. Diante deste quadro, as mulheres conquistaram, ainda que de uma maneira parcial, direito ao seu próprio corpo.

Destarte, tramita junto à Câmara dos Deputados projeto de lei (PL 478/2007)⁹², o qual possui como escopo a tutela do nascituro, porém possui uma inovação, senão o pedido de indenização pela violência sofrida pela mulher que se encontrar vítima de estupro. Atualmente, o projeto de lei está aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Além disso, em novembro de 2016, houve a apresentação de requerimento de urgência, pelo Deputado João Campos, para que fosse apreciado com urgência o referido projeto.

O escopo do projeto mencionado alhures, intitulado “Estatuto do Nascituro”, é de que em casos de estupro (o qual é legal, segundo o ordenamento jurídico brasileiro), a mulher grávida poderá requerer que o agressor mantenha uma pensão (até os 18 anos do filho) e, em não sendo identificado o agressor, passará a responsabilidade para o Estado. Ora, se está diante de flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois não sendo suficiente a agressão

⁹⁰MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹¹MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹²CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 478/2007. Altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 e a Lei nº 8.072 de 1990. Autores Luiz Bassuma e Miguel Martins. Proposto em 19/03/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 07 mai. 2017;

física e psicológica que a mulher sofreu (e aqui, recorda-se os altos índices de estupro registrados no Brasil), esta ainda deverá manter um vínculo de dominação do agressor com a vítima.⁹³

Nessa linha, Martins⁹⁴ destaca que:

E mais, o Estado ao reconhecer a possibilidade de dignidade da pessoa humana ao feto desde o útero, daria ao nascituro mais direitos do que à própria gestante e ainda dificultaria a realização dos abortamentos descriminalizados pelo Código Penal. As mulheres que morrem e sofrem a consequência da criminalização das práticas de aborto são desconsideradas, são silenciadas, absolutamente descartadas quando comparadas à dignidade da “pessoa humana” que se tutela ao feto.

Convém mencionar que, em atenção ao direito constitucional, aos direitos humanos e ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal (quando da análise da ADPF 54), se está diante de colisão de dois direitos fundamentais, quais sejam, direito à vida do feto e o direito à dignidade da mulher. O STF reiterou que o direito à existência não configura direito absoluto, haja vista as exceções previstas na Constituição Federal de 1988, como a aplicação de pena de morte. Ademais, existe também previsão infraconstitucional dando conta de que em caso de risco à vida da gestante, autoriza-se também a prática do aborto.⁹⁵

No entendimento de Martins, a criminalização do aborto decorre de um posicionamento machista, intrínseco ao Direito, cuja determinação em proibir o aborto, demonstra a intenção de limitar a autonomia das mulheres, principalmente, quando se trata de seus próprios corpos. Desta feita, se permanecerem resistindo a

⁹³MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹⁴MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹⁵SENA, Daniel. *Sobre a constitucionalidade do aborto de feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.direitocom.com/artigos/sobre-a-constitucionalidade-do-aborto-do-feto-com-microcefalia>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

isso, estarão sempre vinculadas à decisão do Poder Judiciário e sempre existirá um obstáculo para serem sujeitas de direito, de forma plena.⁹⁶

Não é difícil chegar à conclusão de que criminalizar o aborto é autorizá-lo, ainda que de forma seletiva, isto porque embora ele seja praticado por mulheres de todas as condições econômicas, não exige esforço concluir que afetará pessoas hipossuficientes economicamente (as mulheres com poucos recursos financeiros farão a prática em lugares que as mulheres ricas jamais chegarão perto, ou seja, lugares insalubres). Logo, a criminalização, além de selecionar quem será punido, ainda escolhe o tipo de mulher que irá morrer ou sofrer sequelas decorrentes da prática pelo resto de suas existências. Tal tese descarta o entendimento de negativa da liberação do aborto tendo em vista a tutela à vida, principalmente, porque criminalizar mata inúmeras vezes mais do que permite viver.⁹⁷

Não há como negar que defender o direito à vida do feto em detrimento do direito à dignidade, com absoluta certeza, se estaria ignorando a realidade da sociedade brasileira, haja vista que são notórios os casos frequentes de mulheres que praticam o aborto independentemente da legalização ou não. A prioridade do direito da mulher, nos casos de situação de risco, ficou muito clara com o julgamento da ADPF 54, assim como com os direitos fundamentais previstos na CRFB ou ainda da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.⁹⁸

⁹⁶MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹⁷MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹⁸MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em:

<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.

Todavia, há entendimento doutrinário em sentido contrário, no qual a vida é um direito e não uma mera liberdade, de forma que o titular não poderá dispor dela, pois não existe a opção de não viver, devendo os entes públicos tutelarem a vida, mesmo que esta seja negada por seus titulares.⁹⁹

Importante frisar que, em que pese ser a gravidez estado do qual afeta a intimidade da mulher, não há como negar que o embrião é parte diversa de quem o possui em seu interior, e por tal característica, merece a atenção dos poderes públicos, cujo entendimento pela manutenção da vida, não deverão levar em consideração o estado de saúde ou ainda quantificar o tempo em que o feto, após o nascimento, permanecerá vivo.¹⁰⁰

Nos casos como o acima mencionado, caso ocorresse uma colisão de direitos fundamentais e houvesse a necessidade de ponderação do direito à vida, jamais alcançar-se-ia um equilíbrio, bem como eventual compensação de forma proporcional, uma vez que em sendo determinado o direito à vida da mulher em detrimento à vida do feto, este estaria predestinado à morte, ou seja, perder-se-ia todo um lado da equação. Logo, no entendimento de Mendes e Branco “um equilíbrio entre interesse é impossível de ser obtido”.¹⁰¹

Haveria a possibilidade de argumentar no sentido de um possível direito ao aborto, todavia, há que se levar em consideração que dentro de uma colisão de direitos fundamentais (direito à liberdade da mulher versos direitos à vida do nascituro), não se poderia considerar o aborto um direito absoluto.

Nessa perspectiva, descriminalizar a interrupção da gravidez deveria ser uma decisão a ser tomada sob o crivo dos vetores da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que se estaria diante de uma negação à proteção insuficiente de uma vida, inclusive porque não há autoproteção neste caso. Assim, não se utilizar do direito penal para proteger a vida humana, demandariam, sem dúvida, medidas de

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 mai.2017.

⁹⁹MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.261.

¹⁰⁰MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.261.

¹⁰¹MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1 D. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.261.

proteção à vida, a fim de reduzir os casos de interrupção de gravidez, bem como de seus riscos colaterais.¹⁰²

Convém destacar que, em uma visão tradicional cristã, a vida é protegida pelo direito desde a concepção, embora não possua a mesma proteção e intensidade em que se tutela a vida das pessoas já nascidas. Todavia, a proteção intrauterina cresce proporcionalmente ao período de gestação.¹⁰³

Contudo, destaca-se que em que pese ser o aborto autorizado em certas circunstâncias, ainda encontra-se em intenso debate os casos de anencefalia (considerado constitucional a interrupção da gestação em razão de feto portador de tal patologia – ADPF 54), sendo da mesma forma a microcefalia, a qual não é letal em todos os episódios conhecidos. Nos casos de anencefalia, a expectativa de vida é demasiadamente pequena (primeiros meses de vida), porém na microcefalia ocorrerá má-formação, como deficiências motoras ou mentais. Convém salientar que não há cura para esta, porém é possível que com fonoaudiólogo, terapeuta, fisioterapeuta e neurologista, a criança portadora de microcefalia terá um desenvolvimento normal, como uma infante com deficiência.¹⁰⁴

Nessa perspectiva Mendes e Branco: “A solução cabível haverá de ser, contudo, a inexorável preservação da vida humana, ante a sua posição no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional.”¹⁰⁵

Nessa perspectiva, analisar-se-á a constitucionalidade de aborto no caso de más formações congênicas, como a anencefalia e a microcefalia.

¹⁰²SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 367.

¹⁰³MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p.90.

¹⁰⁴MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p.90.

¹⁰⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 262.

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE ABORTO NO CASO DE MÁS FORMAÇÕES CONGÊNITAS

É recorrente na doutrina e na jurisprudência a tentativa de permitir, através da legislação, a possibilidade de aborto no caso de má formação congênitas letais, haja vista que o Código Penal é de 1940, ou seja, prevê apenas alguns das possibilidades existentes, contudo, não há que se negar que após a publicação do código mencionado, surgiram novas patologias, diferente das previstas na legislação infraconstitucional, quais sejam, aborto humanitário e necessário, além dos fetos anencéfalos.¹⁰⁶

Todavia, existem diferentes formas de síndromes malformativas, também incompatível com vida extrauterinas, que deverão ser tema de debate perante os cortes superiores, em atenção ao princípio da isonomia.¹⁰⁷

4.1 A anencefalia como justificativa para a interrupção da gestação

Após o julgamento da ADPF 54, decidiu-se que a interrupção da gravidez no caso de anencefalia é considerada legal, visto que apresenta risco a saúde da gestante. Além disso, há corrente doutrina que defende a ideia de que não há vida digna à mulher quando possui em seu ventre feto que não apresenta expectativa de vida.

Todavia, antes de adentrar o mérito da questão, necessário se faz a apresentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

No dia 17 de junho de 2004, a CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou com a referida ADPF 54, por meio de seu advogado Luis Roberto Barroso, possuindo como relator o Ministro Marco Aurélio. Na petição inicial invocou os preceitos constitucionais fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde, a fim de que a Nobre Corte procedesse à interpretação

¹⁰⁶GAZZOLA, L.P.L.; MELO, F.H.C. *Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário*. In: Scielo, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0495.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016

¹⁰⁷GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Côrrea de. *Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário*. In: Scielo, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0495.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

dos artigos 124, 126, caput, 128, I e II do CP conforme a Constituição, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, de forma a autorizar a antecipação terapêutica do parto quando tratar-se de gravidez de feto anencéfalo.¹⁰⁸

Convém destacar que o feto com anencefalia detém séria deficiência em seu plano neurológico, de modo que possui deficiência em sua função psíquica, bem como quanto a sua sensibilidade, mobilidade e as demais funções corpóreas. Assim, não é errôneo afirmar que a anencefalia está entre as mais graves malformações congênitas.¹⁰⁹

Nessa linha, destaca-se o entendimento de Bulos.¹¹⁰, o qual menciona que quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, ao analisar os artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal é possível verificar que tais artigos devem ser interpretados conforme o Texto Maior, assim, autorizando que médicos interrompessem a gestação sem depender de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão pelo Estado, exigindo tão somente atestado médico confirmando a doença.

De outra banda, convém mencionar que uma vez atestado a inviabilidade de vida após a gestação, induzir a antecipação do parto não tipifica o crime de aborto, visto que o feto morrerá inevitavelmente, em razão da própria doença, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹¹¹

Tomada a decisão pela interrupção da gestação, caberá ao médico diagnosticar a anencefalia, e ao Sistema único de Saúde realizar políticas de saúde adequada ao tratamento da mulher, por meio de atendimento psicológico e obstétrico, com o escopo de dar a liberdade para a paciente optar pelo caminho que melhor condizer com suas crenças e visão de vida.¹¹²

¹⁰⁸ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 19 maio 2017.

¹⁰⁹TERRUEL. Suelen Chirieleison. *Entenda o que é anencefalia*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>>. Acesso em : 20 de mai.2017.

¹¹⁰BULOS, UadiLammêgo. Curso de direito constitucional – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.p. 535.

¹¹¹GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa. *Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário*. In: Scielo, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0495.pdf>>. Acesso em: 15mai. 2017.

¹¹²GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa. *Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário*. In: Scielo, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0495.pdf>>. Acesso em: 15mai. 2017.

Nessa linha, destaca-se que em sendo diagnosticada a morte encefálica, é autorizada a retirada após a morte de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para o fim de transplante ou ainda tratamento, conforme dispõe a Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, em seu artigo 3º.¹¹³

Além disso, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução nº 1.989/2012, no qual informa os procedimentos necessários para o completo diagnóstico da anencefalia.

De acordo com a mencionada resolução, em caso de interrupção da gravidez, existe um receio do Conselho Federal de Medicina com a reincidência da gravidez de feto anencéfalo, eis que possui cinquenta vezes mais chance de ocorrer em gestantes que já engravidaram de fetos com tal patologia. Contudo, somente ocorrerá caso não sejam adotados todos os cuidados necessários após a interrupção terapêutica do parto.¹¹⁴

Quanto ao mérito da presente questão, é apropriado reportar-se que, em que pese possuir a mulher o real interesse em manter uma gestação de um feto saudável e viável, há que se levar em consideração que possuindo o feto perspectiva de vida, não se discutindo sua viabilidade ou utilidade, eis que o lado mais fraco nessa relação, e considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 assegura assistência maior aos hipossuficientes, deverá esta proteger o direito fundamental de nascer e morrer de forma natural ao feto.¹¹⁵

Nessa linha, existem doutrinadores que alegam, em síntese, que o feto é independente da gestante, além de possuir respaldo jurídico no sentido de sua proteção. Nesta linha, cita-se Ferreira:

Discordamos inicialmente da tese de que a chamada “antecipação terapêutica” do parto na anencefalia, vale dizer, prática do aborto, constitui

¹¹³BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. *Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 15 mai.2017.

¹¹⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.989/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹¹⁵ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 21 maio 2017.

exercício de direito fundamental da gestante, porquanto a esta não é cabível decidir de forma exclusiva sobre a vida do filho.¹¹⁶

Não obstante, partindo da ideia de que o feto anencefálico está no mesmo enquadramento médico de pessoa morta, pois não possui movimentos cerebrais, não é tarefa fácil e não há motivos plausíveis a autorizar que a mulher mantenha em seu ventre ser humano morto, pois não se estará diante de um nascituro, mas sim de um natimorto.¹¹⁷

Ademais, poder-se-ia suscitar como argumentos válidos à antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, a autonomia de vontade da mulher e sua dignidade, bem como atentar à saúde da gestante, em detrimento de uma morte iminente, desta forma, não valeria o martírio da gestante.¹¹⁸

Contudo, na visão de Junior, após a análise da ADPF nº 54, é possível concluir que deverão ser favoráveis à antecipação terapêutica do parto, quem entender que o feto portador de anencefalia é um natimorto, cujo fato abriria a concessão para a interrupção imediata do sofrimento da gestante. Entretanto, havendo o entendimento de que o feto merece o respaldo jurídico da dignidade da pessoa humana e por consequência, benemérito de proteção, mesmo que após seu nascimento, venha a falecer, bem como entender que compete ao Poder Legislativo analisar a possibilidade em questão e assim inovar o ordenamento positivamente, entenderá ser inviável a antecipação terapêutica do parto. De toda forma, em qualquer das hipóteses, estar-se-á diante de um dos julgamentos mais ímprobos da história do Direito Brasileiro, eis que há angústia e sofrimento sempre que tal situação se apresentar para médicos e pacientes.¹¹⁹

Após a análise quanto à interrupção da gestação de fetos anencefálicos, convém analisar as mesmas hipóteses, porém em fetos com microcefalia, haja vista a grande incidência desses casos no Brasil.

¹¹⁶FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Aborto de fetos anencéfalos e decisão do STF na ADPF 54: a reflexão continua!*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3220, 25 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21612>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

¹¹⁷ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁸ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁹ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 21 maio 2017.

4.2 O aborto no caso de feto com microcefalia

Inicialmente, é importante salientar que diferentemente dos casos de grávidas de fetos portadores de anencefalia, onde não há expectativa de vida, os fetos que possuem microcefalia possuem expectativa de vida, a depender do caso concreto.

Importante destacar que segundo levantamento da Fundação Oswaldo Cruz, até o mês de novembro de 2016, haviam sido confirmados 2.106 casos de microcefalia e/ou alteração no sistema nervoso central (SNC). Nessa linha, 10.039 casos foram notificados, dentre recém-nascido, natimorto, abortamento e feto, dos quais 3.091 dos casos são investigados e 6.948 foram investigados e 2.106 são portadores de microcefalia e 4.842 foram descartados.¹²⁰

Além disso, em razão do envolvimento da doença estar, em alguns casos, ligado ao mosquito *aedes aegypti*, o assunto está em intenso debate. Inclusive, estuda-se a possibilidade do assunto ser debatido pelo STF.

Nessa linha, diferentemente dos casos de anencefalia, os quais restaram devidamente estudados e amplamente debatidos, no caso de microcefalia é cediço que surgiram novos contornos no que tange a legitimidade do Estado em não permitir o aborto e desta forma determinar que a mulher suporte uma gravidez não requerida. Assim, após o surgimento do vírus *Zika*, a dúvida que surge gira em torno de permanecer o Estado com competência para determinar que a mulher mantenha uma gestação mesmo com os riscos ainda desconhecidos a sua saúde e a do feto. É necessário analisar a possibilidade de incriminar (responder pelo crime de aborto, previsto no Código Penal Brasileiro) uma mulher que, sendo gestante, venha a ser contaminada pelo vírus *Zika* e deva manter a gravidez, correndo o risco de debilitar sua própria saúde, eis que não possui informações concretas, as quais não foram fornecidas pelo Estado, o qual por certo não possui certezas quanto ao tema.¹²¹

No atual contexto brasileiro, não é errôneo mencionar que a epidemia do vírus *Zika* está intimamente ligada à ocorrência de microcefalia, e desta forma, a

¹²⁰FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Rede Dengue, Zika e Chikungunya*. Disponível em: <<http://rededengue.fiocruz.br/numeros/550-ate-29-de-outubro-de-2016-foram-notificados-10-039-casos-de-microcefalia>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹²¹SCALCON, Raquel Lima. *Aborto, Zika e Direitos da Mulher*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c2bd6dc985e22db30&docguid=Ib78dc4a07ee911e68f77010000000000&hitguid=Ib78dc4a07ee911e68f77010000000000&spos=1&epos=1&td=7&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mai. 17

mencionada epidemia aumentará a seletividade da proibição penal do aborto, visto que as mulheres que possuem maior probabilidade de contrair a doença de microcefalia são também as mais vulneráveis perante o Direito Penal, tendo em vista que essa vulnerabilidade apresentasse principalmente pela insegurança e não descrição que o tema é debatido.¹²²

Em relação ao tema destaca-se a ação de direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 5.581 ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), em 28 de agosto de 2016.

Segundo entendimento de Romano:

Essa decisão pelo aborto e as possíveis ações de descumprimento de preceito fundamental que teimam em articular são decisões simplistas. A uma, porque não cabe ao Supremo Tribunal Federal legislar, o Supremo Tribunal Federal e legislador negativo, não cabendo criar novas causas de aborto que já está inseridas no sistema jurídico brasileiro; a duas, porque há o direito à vida, fruto de um princípio inalienável que é fundamental e que não pode ser objeto de discussão.¹²³

Assim, o Poder Judiciário será, em breve, acionado para solucionar a presente questão, contudo, a pergunta a ser respondida será se cabe à Justiça regulamentar a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de feto com microcefalia.¹²⁴

Diante do estudo da possibilidade de interrupção de gestação nos casos de microcefalia, no próximo capítulo será analisada a colisão de direitos fundamentais (vida versus vida).

¹²²SCALCON, Raquel Lima. *Aborto, Zika e Direitos da Mulher*. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c2bd6dc985e22db30&docguid=lb78dc4a07ee911e68f77010000000000&hitguid=lb78dc4a07ee911e68f77010000000000&spos=1&td=7&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mai. 17

¹²³ROMANO, R.T. *A questão do aborto e a microcefalia*. In: Jus Navegandi, fev de 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46427/a-questao-do-aborto-e-a-microcefalia>>. Acesso em: junho de 2016.

¹²⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF*. In: Consultor jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acesso em: 27 de mai.2016.

5 COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMO JUSTIFICAR A INTERRUPTÃO COM BASE NAS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (VIDA X VIDA)

É possível verificar a colisão de direitos fundamentais quando a Constituição da República Federativa do Brasil resguarda dois ou mais direitos que, dependendo do caso concreto, encontram-se em conflito, cuja ocorrência se dá em razão daqueles serem flexíveis quando postos em prática na vida das pessoas. Os casos difíceis de serem solucionados e que despertam dúvidas em relação à norma jurídica a ser aplicada, são aqueles em que a decisão a ser alcançada não é possível tão somente com a aplicação da norma jurídica, e desta forma, torna-se necessário à análise mais detalhada do caso em questão.¹²⁵

Em conformidade com o entendimento doutrinário de Alexy, a solução para a colisão acima referida deverá ocorrer por meio de precedência condicionada entre os princípios, sempre com atenção para o caso em debate. Tal precedência dará ensejo à fixação de condições em que um princípio terá prioridade em relação a outro. Logo, conclui-se que as condições não serão inflexíveis, de modo que em outra situação, poderá ser tomada decisão diversa desta.¹²⁶

De outra banda, antes de adentrar propriamente na análise da colisão dos direitos fundamentais (vida x vida), mostra-se imprescindível o exame dos estudos feitos por Virgílio Afonso da Silva no que se refere ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.

Nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como na doutrina em geral, verifica-se um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, embora não seja estranha tal informação às pessoas que se relacionam com o direito em seu cotidiano, sabe-se que existem circunstâncias que se mostram demasiadamente complexas e desta forma, não é difícil concluir que tal estudo é de extrema relevância para o Direito Brasileiro.

Segundo a visão de Silva¹²⁷, os direitos fundamentais não têm um conteúdo essencial definido *a priori* e de caráter absoluto, eis que se desta forma fossem,

¹²⁵PACHECO, Eliana Descovi. *Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228%3E>. Acesso em maio 2017.

¹²⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

¹²⁷Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em:

concluir-se-ia que sempre se estaria vinculada a ideia de definição de conteúdos, essências ou não, e desta forma, se excluiria também condutas, atos, estados e posições jurídicas de tutela dos direitos fundamentais, os quais ficaram sujeitos à conveniência e oportunidade políticas, cujo entendimento vem no sentido da desnecessidade de fundamentação.

Ademais, necessário mencionar que a principal diferença entre regras e princípios reside na ideia de que este último assevera direitos (ou deveres) *prima facie*, já os primeiros defendem direitos definitivos. Além disso, no que se refere às regras, destaca-se que estas independem de condições jurídicas do caso concreto, diferente do que ocorre com os princípios, os quais ficam condicionados as situações fáticas e jurídicas, as quais deverão ser ideais.¹²⁸

Embora ainda seja estranho para o Direito Brasileiro, há que se destacar que no âmbito do direito constitucional não se aplicava o termo suporte fático¹²⁹, cuja maior incidência ocorria no direito penal e previdenciário. Todavia, como exposto, a ideia no plano constitucional, o suporte fático é configurado por meio de três ideias centrais, quais sejam, o âmbito de proteção do direito fundamental, o que de fato é protegido, a intervenção estatal, ou seja, aquilo que é protegido e a fundamentação constitucional, eis que se houvesse fundamentação, estar-se-ia diante de uma restrição constitucional.

De outra banda, ligada à ideia de suporte fático está a relação entre direito e limites ou restrições. Nesta linha, importante mencionar que as palavras restrição de direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade somente poderão ser compreendidas com a noção clara da diferença entre direito e limites. Daí surgem duas teorias, a interna e a externa.¹³⁰

<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

¹²⁸Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

¹²⁹Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

¹³⁰Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

Na teoria interna, segundo Silva, aplica-se a máxima “O direito cessa onde o abuso começa”, visto que neste caso, é interno a ele todo o limite do próprio direito, de forma que a fixação deste limite não sofre influência nem é definida por aspectos externos, ou seja, não há colisão com outros direitos. Aplicam-se os chamados limites imanentes. A partir da percepção da teoria interna, é possível dizer que os direitos definitivos têm sempre a estrutura de regras, o que evidencia que se a norma possui validade estrita, segue o conhecido raciocínio “tudo ou nada”, e não poderá ser objeto de sopesamento.¹³¹

Já no que se refere à teoria externa o objeto é dividido em dois momentos, quais sejam, o direito em si e suas restrições, sendo que estas últimas seguem em apartado, posto que a partir dessa separação que se encontra o sopesamento como via de solução para a colisão de direitos fundamentais, em atenção ainda à regra de adequação, necessidade e proporcionalidade. Destaca-se ainda que, de acordo com tal teoria, as restrições não possuem influência no conteúdo do direito, mas tão somente têm o condão de restringi-lo. Ademais, partindo da premissa de que o mandado de otimização já é, a *prima facie*, ilimitado, eis que possui uma tendência expansiva, este, da mesma forma, tem o entendimento de que um princípio poderá ser restringido por outro que vier a colidir.¹³²

Dessa forma, atentando para o acima exposto, qual seja, a colidência entre direitos fundamentais, chega-se ao assunto principal do presente tópico, qual seja, a colisão entre o princípio do direito à vida (gestante) e direito à vida (feto).

Nessa linha, destaca-se o entendimento de Rocha, quando da análise do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Distrito Federal.

Na ocasião da exposição do voto do Ministro – Relator, Marco Aurélio de Mello, a tensão entre os direitos fundamentais estabelece um sopesamento de direitos de proteção da mulher (dignidade, saúde, liberdade e direitos reprodutivos) e face do direito do nascituro, o qual é visto como um direito subvalorizado, principalmente por

¹³¹Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

¹³²Silva, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

ser considerado *petitioprincipii* (definido como a verdade da conclusão já encontrar-se nas premissas, de modo que a conclusão apenas reafirma as premissas).

Logo, para que se tenha uma tensão entre direitos fundamentais, é imprescindível que se conclua que o feto possua condições jurídicas para se presumir a subsunção da proteção, *prima facie*, à vida. Todavia, havendo o entendimento de que não existe tal subsunção, inexistente valor do outro lado da balança, desta forma, não há tensão entre posições *jusfundamentais*, tendo em vista que esta é meramente aparente.¹³³

Importante referir que quando do sopesamento dos direitos da gestante em contrapartida ao direito do feto, em atenção à máxima da proporcionalidade, imperioso que a proteção constitucional dada ao feto normal e saudável seja dada também ao feto portador de anencefalia, eis que deverão ser respeitados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ademais, um argumento favorável a esta tese, vem no sentido de que apresentando o feto todos os critérios necessários para a tutela constitucional de proteção à vida, é indiscutível que é da mesma maneira digno de resguardo quanto qualquer outro feto, haja vista sua condição de nascituro.¹³⁴

Há ainda quem se socorra da argumentação de que a proteção da vida intrauterina do feto anencefálico decorre da inteligência divina, ideia que vai de encontro ao argumento de que o feto anencefálico está inserido na tutela de proteção da vida intrauterina, isto porque embora haja a premissa do valor da vida intrauterina tão somente pela crença, há, de outro lado, argumentos racionais, bem como a necessidade social, uma vez que a consideração religiosa não exclui a possibilidade de justificá-la de forma racional.

De outra banda, sob o enfoque da total inexistência da tutela fundamental do feto anencefálico, não é difícil concluir que jamais houve a valorização da vida do feto anencefálico como digno desta, eis que se houver o entendimento de que o feto somente possui valor por vontade da gestante, é possível concluir que ele não possui valor em si. Logo, não estar-se-á protegendo a vida, mas sim a prerrogativa

¹³³ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.p. 223.

¹³⁴ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.p. 225.

reprodutiva da gestante.¹³⁵ Além disso, seguindo tal ideia, se chegaria a conclusão que em sendo este o entendimento haveria a destruição total da posição que defende a tutela da vida intrauterina, bem como não abriria discussão para a máxima da proporcionalidade.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 consolidou no ordenamento jurídico pátrio a figura do *homo sacer*, ou seja, por meio dele estar-se-á diante de uma vida sem valor. Assim, o Direito estaria abandonando a vida do feto, e nesta linha, estaria também deixando sem qualquer proteção todos os seres humanos incapazes de exercer funções neurológicas conscientes.¹³⁶

Todavia, com os avanços tecnológicos existentes na atualidade, por meio da visualização da imagem do feto, bem como as novas práticas na área da obstetrícia, como exames de ultrassom, fertilização *in vitro* e fetos copia é possível verificar que houve a eliminação da mulher como sujeito ativo no processo de procriação. Nessa perspectiva é possível concluir que a mulher que se encontrar grávida está diante de um ser que acaba por lhe impor a maternidade, e conseqüentemente, lhe impõe a condição de incapaz como agente moral, bem como poderá utiliza-la como sujeito ativo em processos de julgamento moral.¹³⁷

Após a análise da colisão dos direitos fundamentais acima expostos, passar-se-á ao estudo das recentes discussões jurídicas (Habeas Corpus nº 124.306 e ADPF nº 442) relacionadas ao tema da presente monografia.

¹³⁵ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.p. 226.

¹³⁶ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.p. 242.

¹³⁷COSTA, Albertina de Oliveira. *Direitos Tardios: Saúde, Sexualidade e Reprodução na América Latina*. São Paulo: Prodir/FCC. Ed. 24. 1997. p.254.

6 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 124.306 E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442: A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO OCORRIDO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO

No recente julgamento do Habeas Corpus nº 124.306¹³⁸, ocorrido em 29 de novembro de 2016, a primeira turma do STF entendeu que a criminalização do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre afronta uma série de direitos fundamentais da mulher, tais como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, autonomia desta, integridade física e psíquica da gestante, bem como igualdade de gênero.

Necessário apontar que tal entendimento possui raízes na análise da constitucionalidade dos tipos penais imputados aos réus descritos nos artigos 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha à época, hoje, alterou-se para associação criminosa), haja vista que entendeu o Ministro Marco Aurélio¹³⁹ que, em que pese ser notório a proteção do bem jurídico em questão, qual seja, vida potencial do feto, necessário destacar que criminalizar o aborto anteriormente aos três primeiros meses de gestação transgredir inúmeros direitos fundamentais das mulheres, bem como não considera o princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, e antes de adentrar na discussão dos direitos fundamentais acima mencionados, é imprescindível observar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não está concordando com a prática do aborto, exatamente pelo contrário, a ideia é evita-la, pelas suas complexidades físicas, psíquicas e morais, e em razão disto, é indispensável a atuação do Estado, o qual deverá propiciar educação sexual e métodos contraceptivos, bem como proporcionar suporte à mulher que pretende ter filhos quando esta encontrar-se em circunstâncias difíceis, isto porque há que se atentar para o fato de que quando há violação à direito fundamental, inevitavelmente atingirá e produzirá efeitos à dignidade da pessoa, eis que a mulher que enfrenta a difícil situação de optar pelo aborto ou não, não necessita que o Estado venha a piorar sua vida processando-a criminalmente, uma

¹³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

vez que mulher nenhuma com o total discernimento opta por abortar seu filho por prazer ou curiosidade.¹⁴⁰

Quanto à violação à autonomia de vontade da mulher, destaca-se o entendimento do Ministro Relator Marco Aurélio, o qual pondera o entendimento de que não poderá o Estado, através do delegado de polícia, promotor de justiça ou juiz de direito, impor a uma mulher que mantenha e finalize uma gestação por sua determinação, como se estivesse diante de um útero que tão somente presta serviços para a sociedade, não gozando de capacidade de ser. No âmbito da integridade física e psicológica da mulher, destaca-se a concepção de que não cabe ao direito penal determinar que a mulher tenha um filho, sob pena de violação grave ao direito fundamental em questão.¹⁴¹

Além disso, segundo a percepção da violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher¹⁴², salienta que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Código Penal de 1940, ao determinar à mulher a manutenção de uma gravidez indesejável, afeta diretamente sua capacidade de autodeterminação, inclusive, ferindo sua saúde reprodutiva, aumentando o número de mulheres mortas e demais complicações que surgem a partir da dificuldade de acesso à proteção relacionada à saúde, que é notória no Brasil.

Já no que se refere à violação à igualdade de gênero, destaca-se que quem arca com todo o ônus de uma gravidez é a mulher, visto que o homem não engravida, de modo que somente ocorrerá a igualdade de gênero quando aquela puder optar pela interrupção ou manutenção da gestação. Ainda, entende-se que as pessoas mais afetadas pela manutenção da criminalização do aborto seguramente serão as mulheres pobres, tendo em vista o difícil acesso à saúde pública, o que desrespeita o direito fundamental à discriminação social, bem como causa um impacto desproporcional sobre mulheres pobres.

¹⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação*. Habeas Corpus nº 124.306. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação*. Habeas Corpus nº 124.306. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação*. Habeas Corpus nº 124.306. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

Nessa linha, destaca-se o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

[...]a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).¹⁴³

De outra banda, importa mencionar que em sendo criminalizado o aborto não estar-se-á evitando a interrupção da gestação, visto que as mulheres o farão se assim desejarem, o que evidencia que aquela não é a medida adequada para amparar a vida do feto. Desta forma, é possível concluir que partindo da premissa de que o nascituro possui sua dependência e ligação única com sua mãe, as chances do Estado protegê-lo são inimagináveis vezes maiores quando trabalhadas em conjunto com a genitora, do que acusa-la de criminosa.¹⁴⁴

A referida decisão ainda aponta para possíveis soluções que, de regra, são mais viáveis do que a criminalização, tais como, a descriminalização do aborto desde que em estágio inicial, realizada consulta de aconselhamento e período de reflexão prévia de três dias, como é feito em diversos países como a Alemanha, Portugal, França e Bélgica. O auxílio do Estado também poderá ocorrer por meio de programas de planejamento familiar, através de distribuição gratuita de anticoncepcionais, atendimento especial à gestante e educação desde a escola sobre sexualidade.¹⁴⁵

Assim, chegou-se a conclusão de que, tendo em vista que o Código Penal de 1940 entrou em vigência muito anteriormente à data da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e atentando-se ao fato de que a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei que seja anterior à CRFB, restou declarada a sua não recepção.¹⁴⁶

¹⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em:

Importante mencionar ainda que a discussão quanto à descriminação ou não do aborto deverá ser encarada como um assunto relacionado a todo o Direito Brasileiro, e não tão somente em relação ao Direito Penal, uma vez que este não possui o condão de promover as transformações sociais. Além disso, aspectos religiosos não deverão ser levados em consideração neste momento, tendo em vista que o direito penal constitucional possui como escopo a proteção exclusiva de bens jurídicos. Logo, não cabe neste julgamento o debate de valores religiosos e morais, em que pese sejam imprescindíveis à construção da sociedade.¹⁴⁷

De outra banda, existe entendimento divergente¹⁴⁸, no qual se afirma que a decisão proferida pela Primeira Turma do STF além de cometer inúmeros erros, também se apresentou como uma afronta à Constituição de 1988.

Nesse sentido, salienta-se que o direito à vida só poderia ser posto em contrapartida com o próprio direito à vida e não à igualdade, à autonomia e os direitos reprodutivos da mulher.¹⁴⁹

Assim, em análise ao disposto no artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, a vida é inviolável, inclusive, de um ser humano em formação. Logo, tal premissa poderá ser considerada mandado constitucional de criminalização, ou seja, qualquer atentado contra a existência humana deverá ser considerado crime. Além disso, importante mencionar o disposto no artigo 60, §4º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe que não poderá ser deliberada cláusula tendente a abolir os direitos e garantias individuais, além do previsto no artigo 2º do Código Civil¹⁵⁰ (2002), que dispõe “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção,

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

¹⁴⁷NUNES, Helom. *Atipicidade do aborto no primeiro trimestre da gestação (STF: HC nº 124.306)*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/stf-hc-n-124-306/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁴⁸GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁴⁹GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵⁰BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 10 jun. 2017.

os direitos do nascituro”.¹⁵¹ Ou seja, os direitos do nascituro estão resguardados desde a concepção.

Outro ponto que a decisão discorda com a legislação infraconstitucional refere-se ao previsto no artigo 2º da Lei dos alimentos gravídicos (Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008)¹⁵², *in litteris*:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Ora, se a legislação prevê alimentos da concepção até o parto, não há como concordar em não sancionar aquele que retira do nascituro o direito à vida, eis que ideias antagônicas.¹⁵³

Nesse diapasão, a autonomia e igualdade da mulher restam protegidas, uma vez que, após o nascimento, é facultada à mulher a opção de entregar a criança à adoção. Contudo, neste sentido, cabe indagar como ficariam as futuras gerações com a autorização permanente do aborto antes do terceiro mês de gestação? Os seres humanos estariam ameaçados de extinção? Fora o direito do pai e do restante da família extensa em proteger o ente familiar, ainda que no ventre da mãe.¹⁵⁴

Importante mencionar que as discussões em torno do início da vida divergem de forma significativa no Direito Brasileiro, desta forma, a Turma deveria ter convocado *amicuscuriae* para contribuir para a decisão. Contudo, alguns ministros decidiram de forma discricionária, indo de encontro aos estudos realizados por

¹⁵¹GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵²BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. *Alimentos gravídicos*. Brasília DF: Senado Federal, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵³GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵⁴GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

cientistas que possuem o entendimento de que o início da vida se dá em momento distinto da formação do sistema nervoso central.¹⁵⁵

Assim, sabendo da grande divergência de opiniões quanto ao início da vida, bem como para que seja possível chegar a um consenso jurídico desta, necessário seja o assunto amplamente debatido, na esfera do Congresso Nacional, com o auxílio de diversos setores da sociedade e por meio de audiências públicas, e não ser determinado o começo da existência humana pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que se estará ferindo a separação de poderes, pois a competência para definir a questão é do legislador.¹⁵⁶

Da mesma forma, outro argumento que os defensores do aborto utilizam para justificá-lo, vem na linha de que o impacto da criminalização ocorre com maior incidência às mulheres pobres, uma vez que muitas não possuem acesso às clínicas privadas e conseqüentemente recorrem ao sistema público de saúde, o que acarretaria uma série de lesões e óbitos.¹⁵⁷

Todavia, neste sentido, destaca-se que, em sendo este o argumento que autoriza o encerramento da vida de um nascituro, não seria errôneo afirmar que estar-se-á punindo o nascituro, com pena de morte, pela condição de hipossuficiência de seus pais, o que caracteriza discriminação injustificada. Ademais, não poderá o ordenamento jurídico brasileiro ser conivente com a morte de alguém porque seus pais são pobres, e como não poderão lhe sustentar financeiramente, decidirão pela sua morte, uma vez que a pobreza não gera pena de morte no Brasil.¹⁵⁸

Além disso, impera mencionar que, em que pese se possa presumir que esta criança venha a ter uma vida difícil, não possui o condão de privá-la de viver por isto,

¹⁵⁵GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵⁶GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵⁷GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁵⁸GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

da mesma forma, não existe quem possa confirmar que esta se envolverá com drogas ou em prática criminosas.¹⁵⁹

Além disso, restou suscitado o argumento de que criminalizar o aborto não causa impacto nos números de aborto realizados no país, todavia, importante mencionar que o Brasil é um país subdesenvolvido e com educação pública de péssima qualidade. Logo, em sendo autorizado o aborto, automaticamente as mulheres sentirão a liberdade de praticá-lo antes mesmo de pensarem em prevenir a gravidez, o que, conseqüentemente, causaria um aumento sem número de doenças sexualmente transmissíveis.¹⁶⁰

Destarte, no que se refere à análise do princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, o qual é utilizado com o fito de autorizar a prática sob o fundamento de que sua proibição gera problemas de saúde maiores que seus benefícios, cabem alguns apontamentos.¹⁶¹

Inicialmente, cumpre referir que a legalização também poderá acarretar danos à saúde da mulher, eis que o método utilizado é invasivo, ou seja, deveria este ser mais um motivo para não autorizar o aborto, em qualquer fase gestacional. Ademais, a mulher que optar pelo aborto, possui ciência dos riscos daí inerentes, e mesmo assim, não poderá o Direito deixar desamparado a vida humana intrauterina porque a genitora decidiu matar seu filho, apesar dos riscos. Isto demonstra que não há como combater um mal pelo outro.¹⁶²

De outra banda, recentemente fora ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, possuindo como ministra relatora, Rosa Weber, com o fito de declarar

¹⁵⁹GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁶⁰GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁶¹GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁶²GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

inconstitucional a criminalização do aborto, de forma voluntária, desde que realizado até o terceiro mês de gestação.

Na visão de Junior¹⁶³, as sociedades, com o decorrer do tempo, tornaram-se decentes e civilizadas, e em decorrência disto, entenderam conveniente estabelecer a proteção dos direitos fundamentais, inclusive, dos mais fracos e vulneráveis. Logo, em ocorrendo confronto entre os direitos fundamentais da gestante e os direitos fundamentais do feto, deverá o Direito optar por tutelar o direito do feto, haja vista que este é o polo mais fraco da relação biológica, bem como entende o referido doutrinador que a sociedade brasileira mostra-se evoluída, eis que promove a tutela dos mais fracos biologicamente, em que pese serem pessoas “indesejáveis”, tendo em vista seus previsíveis custos econômicos e sociais.

Já na visão de Oliveira¹⁶⁴, o Código Penal não autoriza o aborto em nenhuma fase da gestação, salvo as hipóteses previstas neste. Logo, não há que se falar em período inicial ou final que permita o aborto, uma vez que a legislação criminal adota a teoria concepcionista, a qual entende que desde que ocorra a fecundação do espermatozoide e do óvulo já há proteção jurídica do feto.

Por fim, e somente a título argumentativo, informa-se que em metade do ano de 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) protocolou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581), a qual ainda encontra-se tramitando, requerendo fosse declarada a inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de gestação de mulheres infectadas pelo vírus da Zika, tendo em vista o estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde, bem como alegaram a negligência do Estado quando da eliminação do referido vírus, a relatora da mencionada ADI é a ministra Cármen Lucia.¹⁶⁵

¹⁶³ ALVES JR., Luís Carlos Martins. Os direitos e deveres fundamentais e a descriminalização do aborto: uma breve análise da ADPF 442 e da ADI 5.581. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5076, 25 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57767>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *Da Descriminalização do aborto (no primeiro trimestre gestacional e nos casos de microcefalia)*. Revista dos Tribunais, vol. 976/2017. p. 263 – 272. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015caed5d522571cb3c7&docguid=I30803730d16511e6bd94010000000000&hitguid=I30803730d16511e6bd94010000000000&spos=3&epos=3&td=81&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Defensores Públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes Aegypti*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

7 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são de extrema importância para o direito brasileiro, eis que são vistos como os garantidores da dignidade da pessoa humana, do controle do poder estatal, além de protegerem a liberdade e igualdade do ser humano. Da mesma forma, a presente monografia visou deixar claramente exposto que na Carta Constituinte, por meio das normas e princípios ali elencados, estão discorridos os valores essenciais para o desenvolvimento correto da nação brasileira.

E dentre os tantos valores essenciais que demandam a atenção de todos, o constituinte buscou dar maior importância ao direito à vida, seguido posteriormente à liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Nota-se, que no âmbito do direito internacional, o direito à vida possui igual valorização, eis que o núcleo de toda a ordem jurídica positivada. Neste íterim, merece destaque o Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), bem como o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos das Nações Unidas.

Importante mencionar que o direito à vida abrange o direito de estar vivo, de não ser privado de sua vida, além daqueles definidos quando a vida já está em seu encerramento, qual seja, direito de não ser morto ou mesmo em estágio terminal, ter direito à vida digna. Logo, o conceito de direito à vida é puramente biológico. Nesta linha, não há como olvidar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, a qual girou em torno da discussão acerca do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança), por meio do qual restou decidido que o direito à vida não é violado quando são realizadas pesquisas científicas relacionadas às células-tronco embrionárias, assim como não violam a dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao marco inicial do direito à vida, chega-se à conclusão de que este se dá desde a concepção, isto porque presumir que o direito à vida tem seu início com o desenvolvimento orgânico do ser humano, qual seja, com a autoconsciência, seria reduzi-la a apenas um dos elementos formadores do indivíduo, contudo, o direito em questão se caracteriza com tão somente pertencendo aos *homo sapiens*.

De outra banda, o fim da vida humana na Europa do século XVIII se daria com o fim dos batimentos cardíacos, da respiração e do sistema nervoso, contudo, a partir das descobertas do marcapasso e da ventilação mecânica, restou determinado que a morte ocorre com o encerramento da função encefálica do corpo, todavia o

término da existência humana comporta algumas exceções, tais como, crianças portadoras de anencefalia, coma induzido por intoxicações metabólicas, drogas, hipotermia e lesões cerebrais gravíssimas. Ou seja, pode-se concluir que não se trata de um direito absoluto, porém toda e qualquer intervenção na vida humana deverá ser justificada juridicamente, desde que em caráter excepcional, respeitado todos os requisitos formais e sujeitos à forte controle estatal.

Dentre as exceções do término da existência para o direito brasileiro, destaca-se a eutanásia, chamada também de morte boa ou apropriada, aplicada em casos onde não existe a possibilidade de cura da patologia do paciente, todavia, não se trata de medida fácil, uma vez que a pessoa poderá não conseguir manifestar sua vontade, de forma momentânea ou não. Além disso, poderá o médico vir a responder criminalmente se desrespeitados os procedimentos legais.

Já a distanásia refere-se à manutenção da vida e adiamento da morte, ainda que não exista qualquer possibilidade de cura e sem preocupação com a qualidade de vida do enfermo, inclusive, com o uso de tratamento terapêuticos (extraordinários e experimentais). Por outro lado, a ortotanásia possui o escopo de aceitar que o fim da vida humana ocorra de forma natural, desde a pessoa sofra o mínimo possível.

Encerrada a discussão concernente ao fim da vida, atenta-se para os temas que se encontram em intenso debate, quais seja, aborto e antecipação terapêutica do parto.

Em relação ao primeiro, a legislação brasileira autoriza o aborto desde que houver real risco à vida da gestante, no caso de violência sexual e mais recentemente, em casos de anencefalia. Contudo, não há como se chegar a um consenso em relação ao tema, tendo em vista tratar-se de colisão de direitos fundamentais, necessitando de ponderação do direito à vida, sendo praticamente impossível atingir um equilíbrio, pois se for decidido pela vida da mulher, em detrimento à vida do feto, este está predestinado à morte. Assim, para que a decisão seja minimamente justa, a discussão deverá se iniciar a partir da análise de dois vetores essenciais, quais sejam, proporcionalidade e razoabilidade.

Já em relação a antecipação terapêutica do parto, embora já haja decisão proferida pelo STF, o qual entendeu pela autorização deste nos casos de anencefalia, existem dois posicionamentos na doutrina: deverá ser autorizado a antecipação do parto para aqueles que entendem que o feto portador de anencefalia é um natimorto, contudo, aqueles que entenderem que o feto merece atenção e

respaldo jurídico, bem como entenderem que cabe ao Poder Legislativo decidir e não ao Poder Judiciário, não deverá ocorrer a permissão para a antecipação terapêutica do parto. Todavia, em ambos os casos estar-se-á falando em sofrimento e angústia.

Outra forma de abreviar a vida de um feto portador de más-formações congênicas diz respeito à microcefalia, nestes casos, diferentemente da anencefalia, existe uma grande expectativa de vida, todavia, há que se atentar para o fato de que novos contornos surgiram em relação a legitimidade do Estado em não permitir o aborto, eis que sequer possui conhecimento aprofundado do assunto, nem mesmo quanto aos riscos à gestante e ao feto.

Há ainda a colisão de direitos fundamentais, a qual foi analisada no presente trabalho de conclusão de curso, sendo que existem argumentos para ambos os lados, tanto para quem defenda os direitos da gestante, como autonomia, integridade física e psíquica e igualdade de gênero, como para quem veja o feto como um ser sem autoproteção e assim necessita da intervenção do Estado para que possa nascer dignamente.

Por fim, analisou-se o *Habeas Corpus* nº 124.306, o qual possui como escopo o estudo da possibilidade de aborto ainda no primeiro trimestre da gestação.

Em relação ao assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se de forma favorável à interrupção da gravidez antes de completados três meses de gestação, eis que, na concepção da Suprema Corte Brasileira, deverão ser assegurados os direitos fundamentais da mulher, quais sejam, integridade psíquica e fisiológica, autonomia da vontade e igualdade de gênero.

Nessa linha, o STF menciona os problemas na rede pública de saúde, a qual seria deficitária e não suportaria o contingente de mulheres, de forma que as mais desprivilegiadas economicamente acabam buscando clínicas clandestinas para a realização do aborto. Impera mencionar que a mais alta instância do Poder Judiciário não está sendo favorável a prática do aborto, mas tão somente autorizando que mulheres possam optar por não serem apenas um útero a disposição da sociedade, ou seja, se assim tão somente fosse, estar-se-ia diante de um sujeito desprovido de direito.

Entretanto, cabe destacar que, embora o julgamento mostra-se como um grande marco na evolução da sociedade como um todo, por meio do qual os direitos fundamentais das mulheres estão cada vez mais sendo postos em pauta, discutidos

e compreendidos em sua função principal, não cabe ao Poder Judiciário decidir quando começa a vida humana, haja vista que a sua definição, por meio dos estudos realizados, deverá ser feita por critérios biológicos.

Dessa forma, qualquer intervenção na vida humana, partindo do pressuposto de que o direito à vida é o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, eis que somente com ele é possível que se possa usufruir dos demais, deverá passar por um rigoroso estudo e atendido os critérios médicos fixados para tanto, de modo que sempre que o assunto for pauta da Suprema Corte são necessário que sejam chamados os denominados *Amicus Curiae*, para que as decisões que afetam à todos, de grande relevância e impacto, sejam tomadas após a visão de todos os ramos que possam ser afetados pela decisão proferida, principalmente, quando ultrapassa a esfera legal.

REFERÊNCIAS

ALASTAIR, Campbell. *Eutanásia e o Princípio de Justiça*. Revista Bioética. Brasília, n.1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/293/432>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ALFRADIQUE, Eliane. *Direito à vida: aborto- estupro- feto anencefálico*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>. Acesso em jun 2016. Grifo nosso.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O direito fundamental do feto anencefálico*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10488>>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. *Os direitos e deveres fundamentais e a descriminalização do aborto: uma breve análise da ADPF 442 e da ADI 5.581*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5076, 25 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57767>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em: 09/10/2016.

_____. Decreto-Lei nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 mai.2017.

_____. Decreto- Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 15 mai.2017.

_____. Decreto-Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2044>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. Decreto-Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Alimentos gravídicos. Brasília DF: Senado Federal, 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Atipicidade do aborto até o terceiro mês de gestação. Habeas Corpus nº 124.306*. relator.Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Direito Constitucional e Administrativo. Responsabilidade extracontratual do Estado*: relator. Ellen Gracie. 16de dezembro de 2008. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578274>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 533.

Câmara dos Deputados. *PL 478/2007*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 e a Lei nº 8.072 de 1990. Autores Luiz Bassuma e Miguel Martins. Proposto em 19/03/2007. Disponível em: M <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF*. In: Consultor jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acesso em: 27 de mai.2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica. Res. (1931/2009). Capítulo V – Relação com pacientes e familiares. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20660:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 07 mai. 2017.

COSTA, Albertina de Oliveira. *Direitos Tardios: Saúde, Sexualidade e Reprodução na América Latina*. São Paulo: Prodir/FCC. Ed. 24. 1997. p.254.

COSTA JUNIOR, Emanuel de Oliveira. *Ortotanásia, distanásia e eutanásia na consciência médica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11921>. Acesso em maio 2016.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia – Aspectos jurídicos*. Revista Bioética. Brasília, n.1, 1999. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FALCÃO, Rafael de Lucena. *A personalidade jurídica do nascituro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7>. Acesso em jun 2017.

FARAH, Elias. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p.131-178. Jul – dez / 2011. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&epos=6&spos=6&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional* - 3.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.p.243.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Aborto de fetos anencéfalos e decisão do STF na ADPF 54: a reflexão continua!*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3220, 25 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21612>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Rede Dengue, Zika e Chikungunya*. Disponível em: <<http://rededengue.fiocruz.br/numeros/550-ate-29-de-outubro-de-2016-foram-notificados-10-039-casos-de-microcefalia>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57788&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. *Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário*. In: Scielo, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0495.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>. Acesso em: 30 abr.2017.

KOVÁCS, Maria Julia. *Bioética nas questões de vida ou morte*. Scielo, Psicol. USP, vol. 14, n. 2, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000200008>. Acesso em: 05 mai. 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 298.

MARTINS, Fernanda. *Feminismo, Direito e Aborto: Articulações Possíveis e necessárias para emancipação de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 123/2016. p.233-258. Set/2016. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be4e6d6c944c5dc73&docguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6c1358086c811e69dfd010000000000&spos=1&epos=1&td=26&context=176&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 136.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.p. 276.

MENDES, Gilmar ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 1ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.p.135.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32.ed.rev. e atual.até a EC. Nº 91 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. Pg. 98.

NUNES, Helom. *Atipicidade do aborto no primeiro trimestre da gestação (STF: HC nº 124.306)*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/stf-hc-n-124-306/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Alves. *Da Descriminalização do aborto (no primeiro trimestre gestacional e nos casos de microcefalia)*. Revista dos Tribunais, vol. 976/2017. p. 263 – 272. Disponível em:<<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015caed5d522571cb3c7&docguid=I30803730d16511e6bd94010000000000&hitguid=I30803730d16511e6bd94010000000000&spos=3&epos=3&td=81&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PACHECO, Eliana Descovi. *Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228%3E>. Acesso em maio 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo.; *Direito Constitucional Descomplicado*. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 105.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em abr 2017.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos*. Revista dos Tribunais, vol. 852/2006. p. 38 – 53. Out. 2006. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015cabed0b3548786010&docguid=l4c845d20f25111dfab6f010000000000&hitguid=l4c845d20f25111dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=4000&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 jun. 2017

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.p. 223.

ROMANO, Rogério Tadeu. *A questão do aborto e a microcefalia*. In: Jus Navegandi, fev de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46427/a-questao-do-aborto-e-a-microcefalia>>. Acesso em: junho de 2016.

SARLET. Ingo Wolfgang; *Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado ED.2008. p.83.

_____.MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a tiragem. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 352.

SENA. Daniel. *Sobre a constitucionalidade do aborto de feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.direitocom.com/artigos/sobre-a-constitucionalidade-do-aborto-do-feto-com-microcefalia>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4. 2006. pg 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: jun 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em jun 2017.

SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. *Aborto e eutanásia: temas polêmicos no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5168>. Acesso em maio 2016.

SOUZA, Deusdedith. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista dos Tribunais, vol. 706/1994. P.283-289. Ago. 1994. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015bd7b23e3550a0ecaf&docguid=l44b9ffb0f25011dfab6f010000000000&hitguid=l44b9ffb0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=14&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05. mai. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. *Defensores Públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes Aegypti*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. Disponível em: <<https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015bdacbdba98da840a47&docguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&hitguid=la3610270f25511dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=14&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai.2017.

TERRUEL. Suelen Chirieleison. *Entenda o que é anencefalia*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>>. Acesso em : 20 de mai.2017.