



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**ROBERTA CLÁUDIA DA SILVA CAINELLI MEDEIROS**

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO**

Palhoça  
2017

**ROBERTA CLÁUDIA DA SILVA CAINELLI MEDEIROS**

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Wânio Wiggers Msc.

Palhoça  
2017

**ROBERTA CLÁUDIA DA SILVA CAINELLI MEDEIROS**

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, data de mês de ano.

---

Prof. e orientador Wânio Wiggers, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Profª.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 29 de agosto de 2017.

**ROBERTA CLÁUDIA DA SILVA CAINELLI MEDEIROS**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, professor Wânio Wiggers, pela paciência, dedicação e seriedade com que orientou este trabalho de conclusão de curso.

## RESUMO

Os direitos humanos são os direitos mais importantes para o ser humano como, por exemplo, os direitos: à vida, à integridade física, liberdade e segurança. Estes direitos, quando positivados em um documento escrito, como uma constituição democrática, são chamados direitos fundamentais. Assim, eles são alicerçados na própria constituição e em um princípio mor, a dignidade da pessoa humana. Este princípio é fundamento e norte para todo o ordenamento jurídico. Algumas vezes, em uma mesma situação fática e jurídica em que presentes diferentes tutelares, os direitos fundamentais podem entrar em colisão, tal qual como a que se verifica no aborto. Aqui se verifica, claramente, a colisão entre o respeito à vida humana do nascituro e às liberdades sexuais, reprodutivas, autonomia, privacidade e intimidade da mulher gestante. Quando em colisão, os direitos fundamentais devem ser, sempre que possível, harmonizados, e, assim não sendo, devem ser valorados, no caso concreto, aplicando-se técnicas de hermenêutica como, por exemplo, a técnica da ponderação em que o direito com maior peso prevalecerá em sacrifício do outro direito em conflito. Este trabalho teve o objetivo de analisar a colisão de direitos fundamentais no aborto. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro há situações em que prevalecerá os direitos da mãe frente ao nascituro como na gravidez resultante de estupro, quando a vida da mãe estiver em risco ou no caso do feto com anencefalia. Nas demais hipóteses, atualmente, prevalece a vida do nascituro. Dessa forma, pode-se verificar que em que pese a vida humana possuir um valor maior perante outros direitos fundamentais, já que estes somente são exercíveis estando com vida, ainda assim, não é um direito absoluto. Entretanto, deve um ordenamento jurídico buscar sempre respeitar o direito à vida humana em todas as suas fases de desenvolvimento, da gestação à velhice.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Aborto. Colisão de Direitos.

## LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AGI – Alan Guttmacher Institute  
BBC News – British Broadcasting Corporation  
CC/2002 – Código Civil de 2002  
CFM – Conselho Federal de Medicina  
CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde  
CP – Código Penal  
CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015  
CPP – Código de Processo Penal  
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
ONU – Organização das Nações Unidas  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJ - Tribunal de Justiça  
UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERIZAÇÃO E FUNÇÕES.....</b>	<b>11</b>
2.1 CARACTERIZAÇÃO GERAL.....	11
2.2 FUNÇÕES.....	16
2.3 DIREITO À VIDA.....	17
<b>2.3.1 Teorias quanto ao seu início e fim.....</b>	<b>17</b>
<b>2.3.2 Vida Digna.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.3 Proteção à Vida.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.4 Direito ao nascimento.....</b>	<b>24</b>
<b>3 ABORTO: CARACTERIZAÇÃO E OCORRÊNCIA NO BRASIL.....</b>	<b>27</b>
3.1 OCORRÊNCIA NO BRASIL.....	27
3.2 CONCEITO E MODALIDADES.....	29
<b>3.2.1 Aborto criminoso.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.2 Aborto legal.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.3 Aborto do feto anencefálico.....</b>	<b>38</b>
<b>4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO.....</b>	<b>41</b>
4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: META PRINCÍPIO.....	42
4.2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
<b>4.2.1 Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2.2 Direitos do Suposto Pai.....</b>	<b>52</b>
<b>4.2.3 Direito à Vida do Nascituro.....</b>	<b>54</b>
<b>4.2.4 A colisão dos direitos fundamentais no aborto em análise.....</b>	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Falar sobre o tema aborto nunca é fácil. É sempre aquele assunto meio incômodo, emocional, que tira as pessoas da zona de conforto pois as leva a refletir sobre a vida humana em todos os sentidos. Quando ela começa? Quando efetivamente termina? Deve ser protegida em todos os estágios? Quem deve proteger a vida? O embrião é amontoado de células ou já é sopro misterioso de vida humana?

Essas são apenas algumas perguntas das muitas que motivaram esse trabalho. O aborto decorrente de uma gravidez indesejada não é um ou outro caso isolado, é muito mais comum do que se pensa. Quem não conhece ou até mesmo não foi fruto de uma gravidez indesejada, mas que seus pais permitiram que viesse à vida? Quem não conhece alguém que já pensou em abortar, seja por qual motivo for?

Uma gravidez desejada gera muita expectativa e ansiedade nos pais, os hormônios próprios da gestação promovem diversas alterações físicas e psíquicas na mulher. O que dizer então de uma gravidez não desejada, não planejada? Mas e a vida que em tal útero escolheu se alojar tem alguma culpa de não ser o momento certo? Com a pessoa certa? Sendo uma vida humana, não merece proteção?

O aborto sempre existiu durante toda a história humana. Entretanto, nos últimos anos vem surgindo um clamor por um debate mais sério sobre o assunto junto à sociedade. A constitucionalização dos direitos fundamentais expôs para a sociedade uma gama de direitos que muitas vezes colidem entre si e, nessa hora, o direito precisa se manifestar por uma possível harmonização entre eles ou para que o que for eleito como o valor mais fundamental prevaleça.

Dessa forma, este trabalho de conclusão de curso em Direito abordará a temática do aborto, com destaque para a colisão de direitos fundamentais.

A linha de pesquisa utilizada no trabalho é “Justiça e Sociedade” e a área de pesquisa é “Biodireito, Direito Constitucional e Direitos Humanos” na área de concentração denominada “Constituição, direitos fundamentais e sociedade”. Situa-se na temática “Colisão entre direitos fundamentais”.

O objeto de pesquisa será a colisão dos direitos fundamentais no aborto. O tema será abordado individualizando os direitos do nascituro, gestante e suposto pai e analisá-los sob a ótica da colisão dos direitos, identificando a possibilidade de harmonização ou de prevalência de um direito em detrimento do outro.

A pesquisa será realizada tendo como base os seguintes problemas: havendo conflitos de direitos fundamentais em uma relação de aborto, será possível harmonizá-los ou algum direito deverá prevalecer?

Diante de tal problema, o objetivo geral será analisar os direitos fundamentais em uma relação de aborto, a existência de colisão entre tais direitos e uma possível solução para tal colisão.

Assim, os objetivos específicos do presente trabalho são os seguintes: identificar e descrever o que a doutrina e a ciência entendem pelo momento em que se consuma o início e o fim da vida; descrever o conceito de aborto, suas modalidades e ocorrência no Brasil; caracterizar os direitos fundamentais da mulher, do suposto pai e do nascituro; identificar os conflitos existentes de direitos fundamentais envolvendo a temática.

Nesta pesquisa, o método de abordagem será o dedutivo, em que irá partir de princípios gerais e reconhecidos acerca dos direitos que envolvem a temática como o direito à vida e às liberdades individuais para a particularidade da questão envolvendo a colisão dos direitos fundamentais no aborto. Ainda, o método de abordagem quanto à sua natureza será o qualitativo pois lida com fenômenos.

Já o método de procedimento do trabalho em questão será o monográfico em que será estudada a temática do aborto, de forma delimitada, analisando-a sob diferentes aspectos. E, por fim, a técnica de pesquisa que será utilizada será a pesquisa bibliográfica com base em materiais já publicados como obras impressas e materiais virtuais, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código Civil de 2002, Código Penal de 1940, Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em que o Brasil é signatário, Jurisprudência, dentre outros.

Para tanto, divide-se o trabalho em capítulos: o primeiro deles se relaciona a esta introdução.

No capítulo 2 far-se-á uma descrição geral dos direitos fundamentais e suas funções, destacando o direito à vida e ao nascimento com as principais teorias sobre o início e o fim da vida. Além disso, irá abordar o que se entende por vida digna e a proteção que o atual sistema jurídico brasileiro confere à vida humana.

No capítulo 3 será descrito o conceito de aborto, suas modalidades e o aborto na legislação brasileira atual.

No capítulo 4 será abordada a questão dos conflitos de direitos fundamentais que envolvem a temática do aborto, olhando também pela ótica do princípio metajurídico que é o da dignidade da pessoa humana.

E, por fim, o capítulo 5 irá apresentar as principais conclusões sobre a pesquisa realizada.

O tema do aborto é de extrema e urgente importância. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal reacendeu o debate, por meio da primeira turma, no julgamento do *habeas corpus* 124.306 do Rio de Janeiro, em que o relator, o Ministro Marco Aurélio, disse ser a criminalização do aborto incompatível com diversos direitos fundamentais e que o Brasil precisar evoluir e progredir nesse sentido como já fizeram diversos outros países.

Entretanto, esse é um tema sensível que divide muito a sociedade e a doutrina, pois em jogo está uma vida humana. Há grupos pró-vida e pró-aborto, ambos com seus fortes argumentos. Esse debate precisa ser aberto e democrático na sociedade, não podendo se restringir a ativismos judiciais como ocorreu em diversos países que legalizaram o aborto. Para que haja evolução como dizia o ministro é necessário que haja debate.

Dessa forma, é possível ver, claramente, a importância do tema para a atual sociedade. É um tema sensível, polêmico, complicado e urgente. A motivação pessoal para a pesquisa do tema surge justamente da leitura da notícia da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o já mencionado *habeas corpus*. A decisão em questão à época trouxe dúvidas acerca do tema, despertando imenso interesse em saber mais sobre o assunto.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERIZAÇÃO E FUNÇÕES

O ser humano é, ou deveria ser, o centro de um ordenamento jurídico. Este é, ou deveria ser, construído tendo o ser humano como fim maior. Esse ser humano é dotado de direitos, alguns que lhes são inerentes à condição de ser humano como, por exemplo, à vida, à segurança e à liberdade, assim como possui diversos outros direitos que foram sendo construídos e adquiridos historicamente.

A esses direitos dá-se o nome de direitos humanos que, quando positivados em uma Constituição são chamados direitos fundamentais ou direitos humanos fundamentais. Esse capítulo abordará de forma geral os direitos fundamentais, sua caracterização, uma breve passagem pelas gerações de direitos e suas funções.

Como o enfoque desse trabalho gira em torno do direito à vida, esse capítulo abordará de forma mais aprofundada tal direito, bem como, as teorias quanto ao seu início e fim, à vida digna e como ela está hoje protegida pelo atual sistema jurídico brasileiro e, por fim, falar-se-á de outro direito fundamental, o direito ao nascimento.

### 2.1 CARACTERIZAÇÃO GERAL

Os direitos fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como em diversos outros artigos espalhados pela Constituição. São os direitos mais importantes para o todo ser humano como direito à vida, à segurança, à liberdade, por exemplo.

O Título II da Constituição menciona “direitos e garantias fundamentais”; “direitos” seriam disposições declaratórias legais que imprimem existência e tutela de um determinado bem jurídico e a todo direito implica um dever; já as “garantias” não seriam propriamente direitos garantidos às pessoas, mas sim às instituições, como, por exemplo, a maternidade, a família, dentre outros. (BAHIA, 2017)

Moraes conceitua os direitos fundamentais como (2017, p. 20):

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

A noção dos direitos fundamentais é muito antiga, bem anterior ao surgimento da ideia do constitucionalismo. Este consagrou tais direitos colocando-os em um documento

escrito, para que o ser humano tivesse a garantia de respeito a direitos mínimos, básicos, mas essenciais, os direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2017, p. 1)

Esses podem ser individuais e coletivos, que são aqueles relacionados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade como direito à: vida, dignidade, liberdade, honra, segurança, dentre outros e estão previstos em maior número no art. 5º da CRFB/88 embora não se encerrem por ali. Ainda, tem-se os direitos sociais (art. 6º a art. 11), os direitos de nacionalidade (art. 12), os direitos políticos (art. 14 a art. 16), os direitos de organização em partidos políticos (art.17). (FERNANDES, 2017, p. 324)

Como exemplo de direitos esparsos na Constituição Federal de 1988, além dos estatuídos no Título II, tem-se: direitos econômicos (art. 170), direitos ambientais (art. 225), direito à educação (art. 205), direitos à saúde (art. 196), dentre outros direitos. (FERNANDES, 2017, p. 324)

Sobre as denominações “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ensina Bahia (2017, p. 102) que:

A carga axiológica que lastreia o vértice dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais é a mesma, é o centro dos direitos mais valiosos que temos. A vida, a liberdade, a propriedade, a segurança e a igualdade com todos os seus desdobramentos, encontram-se protegidas por ambas as expressões, entretanto, a denominação “direitos humanos” é utilizada pela Filosofia do Direito e ainda pelo Direito Internacional Público e Privado. Já os “direitos fundamentais” seriam os direitos humanos positivados em um sistema constitucional. Os direitos humanos, sob a análise do Direito Constitucional, podem ser denominados de direitos fundamentais.

Sobre a titularidade dos direitos fundamentais, estabelece o art. 5º, *caput*, da CRFB/88 “são titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil”. Segundo Bahia (2017, p. 04), “literalmente, a Constituição de 1988 não adotou o sentido universalista na defesa dos direitos fundamentais”,

Entretanto, não há dúvidas de que a interpretação gramatical do texto não encerra toda a essência da norma pois, segundo orientação da doutrina e da jurisprudência, todas as pessoas naturais, independente de sexo, idade, nacionalidade ou quaisquer outros fatores de discriminação, também possuem os seus direitos fundamentais garantidos. Além do mais, as pessoas jurídicas também encontram proteção a certos direitos fundamentais, como a honra e a imagem, por exemplo.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos. Gerações se referem a um período histórico em que foram sendo positivados, a

medida em que foram sendo garantidos pelos ordenamentos jurídicos, o que ocorreu de maneira gradual.

Segundo Bahia (2017, p. 109): “O termo “gerações” recebe algumas críticas tendo em vista que pode gerar uma visão errônea de substituição de direitos com o tempo, ou de superação de direitos, e hoje o termo mais aceito seria o que traz a ideia de “dimensões””.

Adotar-se-á neste trabalho o termo gerações, reforçando que uma geração posterior não exclui a anterior, antes sim, soma-se.

Dessa forma, tem-se como direitos de primeira geração os direitos de liberdade como direitos civis e políticos. O titular é o indivíduo e ao Estado espera-se sua abstenção, ou seja, uma prestação negativa. São exemplos os direitos: à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, ao devido processo legal. (FERNANDES, 2017; BAHIA, 2017; MENDES e BRANCO; 2017)

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais. Abarcam a noção de igualdade. Aqui impõe-se ao Estado uma prestação positiva, uma atuação por parte dele. São exemplos desses os direitos: ao trabalho, à assistência social, à educação e os direitos dos trabalhadores. (FERNANDES, 2017; BAHIA, 2017)

Já os direitos de terceira geração são aqueles fundados no princípio da fraternidade ou solidariedade e, segundo Bonavides (2017, p. 583-584):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Por fim, tem-se os direitos de quarta, de quinta e até de sexta geração já apontados por alguns autores, entretanto, aqui, não há consenso entre eles. Citar-se-á, neste trabalho, apenas alguns exemplos, sem maior aprofundamento.

Os de quarta geração, segundo Bonavides (2017, p. 587), “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”. Seriam os direitos: à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os de quinta geração são os direitos com menos consenso entre a doutrina. Bonavides (2017, p. 594) cita o direito à paz, sendo que Karel Vasak considera este direito um de terceira geração. (BONAVIDES, 2017, P. 594-609)

Sarlet (2017, p. 317 – 320) cita autores como, José Alcebíades de Oliveira Júnior e Antônio Wolkmer, que consideram como direitos de quinta geração “direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral”, e, José Adércio Sampaio, que se refere ao “dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradores de toda a sorte de preconceitos”.

Dois autores que sustentam os direitos de sexta geração são Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, que mencionam o acesso à água potável para a vida, a saúde e o desenvolvimento humano. (SARLET, 2017, p. 319)

Os direitos fundamentais possuem características que se referem ao núcleo desses direitos e não às suas manifestações concretas e são elas: relatividade, complementariedade, indisponibilidade, imprescritibilidade, universalidade, irrenunciabilidade, historicidade e aplicabilidade imediata. (BAHIA, 2017, p. 106 -109)

A relatividade significa que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados em situações de conflito. Dessa forma, em conflito, outros direitos fundamentais ou outros valores com sede na Constituição poderiam limitar algum direito fundamental. Isso explica porque a atual CRFB/88 limita, inclusive, o direito à vida, admitindo a pena de morte no inciso XLVII, *a*, do art. 5º. (MENDES e BRANCO, 2017, p.141)

A complementariedade significa que os direitos fundamentais não são analisados isoladamente, estando numa relação de complementação. (BAHIA, 2017, p.107)

A indisponibilidade significa que os direitos fundamentais não seriam disponíveis para serem transacionados por não possuírem natureza econômico-financeira, assim, não estariam disponíveis para transação. (BAHIA, 2017, p. 107)

Ainda sobre a característica da indisponibilidade, Mendes e Branco (2017, p. 144) ensinam que:

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de

dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa.

Dessa forma, seriam inalienáveis os direitos: à vida, à saúde, à integridade física e às liberdades pessoais (ideológica e religiosa, de expressão, direito de reunião). Também há que se destacar que situações há em que a disponibilidade de certos direitos fundamentais pode ser aceita ou tolerada no caso concreto. Um exemplo é a liberdade de expressão que cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de trabalho ou profissão. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 144)

A imprescritibilidade significa que os direitos fundamentais não desaparecem com o decurso do tempo e são sempre dotados de exigibilidade. (FERNANDES, 2017, p. 343)

Ainda, a característica da universalidade significa que os direitos fundamentais englobam todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica. (MORAES, 2017, p. 22)

A irrenunciabilidade, segundo Bahia (2017, p. 108), significa que: “não há possibilidade de alguém renunciar ao núcleo do seu direito fundamental, esvaziando-o por completo. Com isso, o Estado estaria protegendo o indivíduo contra si mesmo, quando, por exemplo, proíbe a eutanásia”.

A historicidade como característica dos direitos fundamentais afirma que esses só podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo, segundo afirmam Mendes e Branco (2017, p.142). Assim, são construídos ao longo da história e estão constantemente em processo de modificação.

Por fim, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e essa norma está na própria CRFB/88, no art. 5º, § 1º. Segundo Mendes e Branco (2017, p.152):

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Sendo de tamanha importância os direitos fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro, os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusulas pétreas pelo legislador ordinário, conforme depreende-se da leitura do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Tendo sido feita a descrição geral dos direitos fundamentais serão abordadas as suas funções.

## 2.2 FUNÇÕES

Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, função ou finalidade. Eles são tutelados sob duas perspectivas, a subjetiva e a objetiva. Na perspectiva subjetiva significam que as pessoas podem exigir do Estado ou de particulares uma determinada prestação (comissiva ou omissiva), enquanto que na perspectiva objetiva significam normas que trazem valores que irradiam para todo o ordenamento. (MORAES, 2017, P. 29 -35)

Canotilho (2013, p. 407-408) ensina que primeira função dos direitos fundamentais “é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes de Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)” e ainda que:

Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ainda, descreve Canotilho (2013, p. 408 – 410) as funções de: prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. A função de prestação seria o direito do particular obter algo do Estado como, por exemplo, saúde e educação, englobando os direitos sociais; a função de proteção perante terceiros seria, por exemplo, segundo o autor: “[...] o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos [...]”; e a função de não discriminação significa “assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais”, e essa função abrangeria todos os direitos.

Mendes e Branco (2017, p. 154 – 167) elencam que os direitos fundamentais exercem funções de direitos: de defesa, de prestação (jurídica, material) e de participação.

A função de direitos de defesa tem como característica impor “ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”, sendo essa função a de impor limites à figura do Estado; já a função de prestação refere-se a uma atuação estatal; enquanto a função de participação diz respeito a

participação do cidadão na vontade política do país, fazendo uso máximo de seus direitos políticos. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 154 -167)

Descreveu-se neste tópico as várias funções dos direitos fundamentais, principalmente as de impor limites ao Estado bem como a de exigir prestações positivas quando necessárias para a efetivação de direitos. Adiante, passar-se-á a analisar o direito fundamental à vida.

## 2.3 DIREITO À VIDA

Não há direito mais inerente à condição de ser humano quanto o direito à vida. Sem vida humana não há necessidade de outros direitos e, tampouco, de um sistema jurídico instituído para resguardá-los. Muita dúvida há quanto ao marco inicial e final da vida humana. Por mais que as pesquisas na área biológica e biomédica tenham evoluído, o mistério a esse respeito ainda persiste e, por isso, as opiniões dos especialistas, obviamente, divergem. Existem algumas teorias, umas mais aceitas que outras, que serão abordadas adiante.

Mundialmente, parece ser a teoria da concepção a mais aceita, em que, como se verá adiante, é o momento em que o espermatozóide (gameta masculino) fecunda o óvulo (gameta feminino). E, mesmo os que concordam ainda não haver certeza absoluta sobre o início do princípio vital dizem que deve-se agir sempre “*in dubio pro vita*” (MONTANO, 2005)

Segundo Vari (2005):

O primeiro, e em particular o mais fundamental de todos os princípios, é o que se refere à vida do ser humano. Na verdade, o direito à vida é o primeiro dos direitos do homem. Trata-se de um direito inalienável para o desenvolvimento de todo o povo livre e soberano: “o direito dos direitos, a liberdade das liberdades” (como observa Antonio Baldassare, Presidente emérito da Corte Constitucional Italiana).

A vida também não pode ser analisada unicamente sob a perspectiva biológica, pois o ser humano, complexo que é, é muito mais do que células e sistemas físicos operando incessantemente. Assim, a vida deve ser analisada, também, sob o prisma da dignidade humana, que será abordado na sequência das teorias quanto ao início e fim.

Continuamente, será analisado como o atual sistema jurídico brasileiro protege a vida humana e o direito fundamental ao nascimento.

### 2.3.1 Teorias quanto ao seu início e fim

O direito à vida parece ser o primeiro e mais importante direito para o ser humano, já que sem a vida é impossível concretizar qualquer outro direito. A CRFB/88 consagra o direito à vida no *caput* do art. 5º, assegurando a sua inviolabilidade. A vida humana é um bem anterior ao direito e deve ser respeitado por toda a ordem jurídica.

Há muita divergência sobre o início da vida humana, não havendo, assim, um consenso a esse respeito. Essa polêmica chegou, inclusive, no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº. 3510, já que a Constituição Federal de 1988 tutela o direito à vida, entretanto, não esclarece quando a vida humana começa para ser merecedora de tal proteção pelo Estado.

A ADIn em questão pretendia declarar inconstitucional o art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005 - Lei da Biossegurança - que permitiu para fins de pesquisa e terapia a utilização de embriões humanos fertilizados *in vitro* em pesquisas de células-tronco, desde que inviáveis, congelados há três anos ou mais e com prévia autorização dos genitores. (CASTRO, 2014)

Para auxiliar a elucidar a dúvida sobre do início da vida, o Supremo Tribunal Federal convidou 22 especialistas em áreas da genética, bioquímica, neurociências e biomedicina. Esses especialistas tinham que responder a seguinte pergunta: “Quando se inicia a vida e a partir de que etapa do desenvolvimento embrionário o embrião é pessoa humana merecedor da proteção do Estado?”. (CASTRO, 2014)

O resultado desse questionamento foram opiniões muito distintas entre os especialistas, dos quais resultam diferentes teorias sobre o início da vida humana. As principais teorias nesse sentido são: concepcionista, do pré-embrião, da nidação, da gastrulação, da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, natalista, e da personalidade formal ou condicional. (CASTRO, 2014; SANTOS, 2016)

A teoria concepcionista, defendida por geneticistas, embriologistas e fetologistas em todo o mundo, comporta duas outras teorias: da *singamia* e da *carigamia*. De acordo com a teoria da *singamia*, a vida humana tem início em momento anterior à concepção, ou seja, com a fertilização. Esta ocorre com a penetração do espermatozóide no óvulo. Já para a teoria da *carigamia*, a vida humana teria início em momento ligeiramente posterior, qual seja, com a fusão dos pro-núcleos das células germinativas e a formação do zigoto. (SANTOS, 2016, p. 210)

Segundo Diniz (2014, p. 52):

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.

Jérôme Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, citado por Diniz (2017, p. 52-53) ensina que a fecundação é o marco inicial da vida e que daí para frente qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato. Assim, a vida humana começa com a concepção, que é o ato em que o ser humano é concebido por meio da fecundação do óvulo com o espermatozóiide.

Segundo Moraes (2017, p. 87-88), em relação ao início da vida humana:

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo com o espermatozóiide, resultando um ovo ou zigoto. Assim, o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez.

Segundo o biólogo Botella Lluziá, citado por Moraes (2017, p. 88): “o embrião ou o feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto será englobada pela vida da mãe”.

A teoria concepcionista acima relatada faz parte das teorias genético-desenvolvimentistas, assim como, a teoria do pré-embrião, da nidação e da formação dos rudimentos do sistema nervoso.

Segundo Santos (2016, p. 211):

A teoria do pré-embrião, também chamada de “critério do 14º dia”, foi estabelecida pelo Relatório Warnock sobre Fertilização e Embriologia, publicado em 1984, na Inglaterra. Embora o documento admita que o conceito humano seja uma expressão da natureza humana, não considera que ele seja um indivíduo em ato, mas apenas uma célula progenitora com capacidade para originar um ou mais indivíduos da mesma espécie. De acordo com o comitê Warnock, até o 14º dia depois da concepção seria possível dispor do embrião humano para fins experimentais.

Segundo os defensores dessa teoria haveria uma diferença entre o período da fecundação (até 14º) e o período após o 14º dia. Antes do 14º dia, seria um indivíduo geneticamente considerado, mas não morfológicamente. Após o 14º dia, sustentam que há o aparecimento da linha primitiva do conceito, tendo início o desenvolvimento individual do embrião propriamente dito e indivíduo ser humano. (SANTOS, 2016)

A teoria da nidação diz que o início da vida humana se dá com a fixação (nidação) do ovo no útero materno. A partir desse instante é que a mulher poderia se considerar grávida. Esse processo ocorre por volta do 6º e 7º dia e se completa no 9º dia. No 14º, a parede do endométrio já se encontraria reconstituída sobre o embrião implantado. (SANTOS, 2016, p. 214)

Segundo Castro (2014) a teoria da gastrulação refere-se ao processo de desenvolvimento embrionário da gástrula até a néurula em que:

Segundo essa teoria, será considerado embrião o organismo formado ao final dessa fase, na qual ocorre o desenvolvimento da gástrula que compreende a conversão das células do embrioblasto para a formação do ectoderme, mesoderme e endoderme – que são as três camadas germinais primitivas. Ao se fixarem na parede uterina, estas camadas vão se transformar em condutores de nutrientes da mãe para o feto. É nesta fase que se forma a placa neural, a qual se invaginará, dando origem ao tubo neural e por intermédio deste se desenvolve o sistema nervoso central. Salienta-se que este estágio é concluído somente após o 18º dia de gestação.

Sobre a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso, seus defensores afirmam que o início da vida humana se daria com o início da vida cerebral, que é o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre entre o 15º e o 40º dia da evolução embrionária, ou seja, somente seria ser humano no sentido médico com a presença de um cérebro humano, com a emissão de impulsos elétricos cerebrais. Segundo Santos (2016, p. 216): “esta teoria utiliza o mesmo critério que define o fim da vida para determinar o seu início, equiparando o surgimento do sistema nervoso à morte cerebral”.(SANTOS, 2016)

A teoria natalista sustenta que somente é pessoa o nascido com vida. Inclusive é esta a teoria adotada no art. 2º do Código Civil Brasileiro para tratar do início da pessoa natural e da respectiva personalidade jurídica. O nascer com vida significa respirar, ter a presença de ar nos pulmões, que pode ser verificado por meio de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *docimasia pulmonar*. A presença de ar nos pulmões para o Código Civil de 2002 determina o início da personalidade. (FARIAS e ROSENVALD, 2016)

Entretanto, o mesmo art. 2º do Código Civil estabelece que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, adotando, também, a teoria concepcionista. Nascituro quer dizer aquele que deverá nascer mas que já foi concebido no ventre materno. Difere do concepturo que é aquele que ainda não foi concebido - ou prole eventual, segundo a doutrina - que não possui os mesmos direitos do nascituro como vida, alimentos, por

exemplo, mas que, a quem é possível deixar benefício em testamento nos limites estipulados na lei civil (CC, art. 1.800, § 4º). (FARIAS e ROSENVALD, 2016)

Por fim tem-se a teoria da personalidade formal ou condicional, que seria, segundo Castro (2014), “uma posição intermediária entre a concepcionista e a natalista”. Por essa teoria, o nascituro teria formalmente personalidade para titularizar direitos personalíssimos como, por exemplo, direito à vida e à proteção pré-natal, entretanto, somente poderia ter direitos patrimoniais com o nascimento com vida. (CASTRO, 2014)

Já sobre o fim da vida, ou seja, a morte da pessoa natural, resumidamente, segundo MALUF (2015, p. 277):

De acordo com os preceitos médicos, existem dois processos que evidenciam o momento morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionante. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com parada cardíaca e consequente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular.

Segundo o art. 6º do Código Civil de 2002: a existência da pessoa natural termina com a morte. Segundo Godinho (2014, p. 60), no Brasil, prevalece o critério da morte encefálica para determinar o momento da morte para efeitos jurídicos que, tal entendimento é extraído do próprio sistema como se verifica na Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434/97).

O conceito de morte encefálica é dado pela *American Society of Neuroradiology*, citado por Godinho (2014, p. 60): “o estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição de tecidos encefálicos apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismo de ventilação”.

É preciso enfatizar que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, não há uma descrição do conceito de vida, de quando se dá a formação, o início da vida humana para fins de proteção por parte do Estado, tampouco há um conceito de morte. A Constituição assegura a proteção, mas não diz desde quando será protegida.

A doutrina recorre, assim, aos conceitos de vida oferecidos pela biologia, em que a teoria concepcionista parece ter sido a escolhida pelo legislador brasileiro, por conta da interpretação mais ampla e relacionada com outros diplomas normativos como o Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Penal e tratados e convenções sobre Direitos Humanos em que o Brasil faz parte, ou seja, esses conceitos são extraídos do próprio sistema jurídico brasileiro.

### 2.3.2 Vida Digna

O direito à vida, segundo a doutrina, pode ser entendido de forma ampla, englobando outros direitos, conforme ensinam Mendes e Branco (2017, p. 261):

O direito à vida é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna. Essa expressão abarcaria o direito à alimentação, a habitação, a vestuário, a educação elementar, entre outras pretensões. Em certas hipóteses, o direito à vida haverá de conduzir a esses desdobramentos. Muitos desses direitos, porém, são tratados pelo constituinte autonomamente, podendo, para melhor equacionamento técnico dos problemas surgidos, ser invocados, eles mesmos, com preferência ao recurso exclusivo, direito e imediato do direito à vida, que no seu núcleo básico protege a existência física.

Sarlet (2017, p. 406) enfatiza que vida e dignidade são direitos fundamentais autônomos mas que a relação entre eles é muito forte, conforme depreende-se do transcrito abaixo:

A relação mais forte, como já foi possível identificar, é a que se estabelece entre o direito à vida e a *dignidade da pessoa humana*, precisamente em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, ademais do fato de que a vida é o substrato físico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas também de acordo com a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida. Todavia, é preciso enfatizar que, por mais forte que seja a conexão, *dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos*, que, além disso, *podem estar em relação de tensão e mesmo eventual conflito*, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade humana, autorizar a interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia [...].

Dessa forma, de acordo com a doutrina, o direito à vida abarca outros direitos que com este se relacionam e compõem uma vida digna como alimentação, saúde, educação, integridade física, segurança, dentre outros. Em que pese a existência de profunda conexão entre vida e dignidade humana, são estes autônomos e podem entrar em colisão. Pois, de acordo com o primado da dignidade da pessoa humana, não basta que tenha existência física, ou seja, vida biológica apenas, essa vida precisa ser digna.

### 2.3.3 Proteção à Vida

A vida deve ser protegida por ser o bem maior que o ser humano possui. Sem vida e vida digna, os demais direitos fazem pouco ou nenhum sentido. A vida humana é anterior

ao direito. A este cabe, por meio do Estado e do ordenamento jurídico, resguardar, tutelar a vida daqueles que quiserem atentar contra.

Segundo Moraes (2017, p. 87 - 88), “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” e que “ninguém pode ser privado arbitrariamente da sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia”.

A Constituição Federal assegura a proteção à vida no *caput* do art. 5º, no Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, que prevê que 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.

O Código Civil de 2002 no art. 2º prevê que “a personalidade civil da pessoa humana começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Segundo Diniz (2014, p. 50), o direito à vida:

Além de ser garantida pelas normas constitucionais, recebe tutela civil, pois o art. 2º do atual Código Civil resguarda os direitos do nascituro (CC, arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779, 1.798) desde a concepção, protege o direito à existência (CC, arts. 1.694 a 1.710, 948 e 950 e Leis n. 5.478/68, 8.971/94, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/96, art. 7º.) e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão do dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia.

A vida humana no sistema jurídico brasileiro também deve ser respeitada e protegida de acordo com os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Assim, segundo Mendes e Branco (2017, p. 255-256):

A centralidade para qualquer ordem jurídica à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José – de 1969, declara, no seu art. 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém deve ser privado da vida arbitrariamente”. Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, explica que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado da sua vida”. Nessa diretriz, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (art. 1º), assevera que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” (art. 6º -1) e estabelece que “os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (art. 6º-2)

Assim, além da Constituição Federal mencionar, expressamente, a proteção à vida, bem como, o Código Civil, ela ainda é tutelada em Pactos e Convenções Internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faça parte, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção sobre Direitos das Crianças.

Mendes e Branco (2017, p. 261) ainda ensinam que: “a vida humana – como valor central do ordenamento jurídico e pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana – impõe medidas radicais para a sua proteção. Não havendo outro meio eficiente para protegê-la, a providência de *ultima ratio* da tipificação penal se torna inescapável [...]”.

Dessa forma, o Código Penal Brasileiro atualmente em vigor protege a vida da pessoa humana em qualquer estágio de desenvolvimento que se encontre, ou seja, estando o ser humano ainda na condição de embrião ou feto (nascituro), pessoa nascida vida com personalidade jurídica de qualquer idade, recém-nascido, bebê, criança, adolescente, jovem, adulto, idoso. Dessa forma, excetuadas algumas situações, qualquer atentado contra a vida humana é considerado crime no atual ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Diniz (2014, p. 50):

A vida também recebe proteção jurídico-penal, uma vez que são punidos os homicídio simples (CP, art. 121) e qualificado (art. 121, § 2º.), o infanticídio (art. 123), o aborto (arts. 124 a 128) e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122). Não se admite qualquer ato contrário à vida do embrião, nascituro, recém-nascido, criança ou adulto, nem mesmo se acatam a eutanásia, a pena de morte, o suicídio ou seu induzimento. A vida é resguardada, salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, que excluem a ilicitude, e de aborto legal (art. 128, I e II), que extinguem a punibilidade. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. [...]

Assim, vida do conceito e da gestante é protegida e os tipos penais estão descritos na Parte Especial do Código Penal, no Título I “Dos crimes contra a pessoa”, no Capítulo I “Dos crimes contra a vida”, nos artigos 124 a 127.

Percebe-se, então, que o bem maior que o ser humano possui, que é a vida humana, inviolável segundo a Constituição Federal Brasileira, é tutelado também pelo Código Penal e pelos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil faz parte, resguardando-a desde a concepção, protegendo, assim, a vida do nascituro e, conseqüentemente, sua dignidade humana.

### **2.3.4 Direito ao nascimento**

O direito ao nascimento é um direito fundamental do nascituro e decorre do direito à vida conexo com o princípio da dignidade humana. A vida é um direito fundamental de todo ser da espécie humana, não importando em qual fase da vida se encontre, pois o ser humano encontra-se em desenvolvimento desde o instante em que a vida inicia (concepção) até o instante em que a vida cessa (morte).

O direito de nascer, portanto, é um direito inerente ao estágio de desenvolvimento humano em que se encontra o nascituro, pois este, que ainda não nasceu, tem a expectativa de direito de nascer.

O direito de nascer, que deriva do direito a que a vida humana seja respeitada e protegida por todos, Estado e particulares, é de titularidade do nascituro e, segundo Vari (2005, p. 173): “O princípio da tutela do concebido também é elemento essencial da milenária tradição do Direito Comum. Este princípio é sintetizado pelo brocardo medieval: “*Conceptus pro iam natu habetur si de eius commodo agitur*” (o concebido considera-se já nascido quando for em seu proveito)”.

Segundo Diniz (2014, p. 54-55):

Se o feto pudesse falar, perguntaria: por que não tenho direito de nascer? Se fosse condenado à morte diria ao magistrado: por que não posso viver? Sem qualquer defesa, não tem chance alguma de recorrer; seu destino será a morte. Está em jogo a vida de uma criança, por isso não podemos ficar calados; é preciso refletir sobre o aborto e respeitar a vida e o direito ao nascimento. Urge que a humanidade progrida na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu *direito de nascer*.

Segundo Reis (2012, p. 40), o nascituro tem, inclusive, direitos de “pleitear ação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por decorrência das ofensas que poderá sofrer em seu corpo físico e espiritual [...] especialmente, quanto ao seu direito de nascer, e que:

[...] as lesões no plano físico ou espiritual que atinjam direta ou indiretamente o nascituro serão consideradas, [...] como ofensas que ferem a dignidade do nascituro, especialmente quanto ao seu direito de nascer. Ora, a maior dignidade da pessoa é, certamente, o direito à vida, que foi eleita como norma fundamental no *caput* do art. 5º de nossa Carta Magna. Todos os seres humanos aspiram a viver, superando doenças e deformidades congênicas ou, decorrentes de múltiplos acidentes. (REIS, 2012, p.40)

Dessa forma, qualquer ato que atentar contra a vida do nascituro estará violando além do direito à vida, o direito ao nascimento, e, portanto, segundo Reis (2012, p. 40): “violando sua dignidade de ser humano em período de desenvolvimento”.

Segundo Andrade e Conrado (2012, p. 89), o direito à vida e à vida digna, segue com o direito de existir e prossegue com o direito de nascer, segundo pode-se conferir abaixo:

O direito à existência digna integra o núcleo da vida humana, inclusive do *conceptus*, resguardando-lhe o direito de prosseguir na sua evolução natural, partindo do direito de existir, chegando ao direito de nascer e, após, os demais direitos insitos à proteção da vida humana: o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, o direito à filiação e o direito à privacidade.

Observou-se, neste capítulo, que os direitos fundamentais positivados em uma constituição democrática são os mais valiosos e importantes direitos que o ser humano possui e que eles não se esgotam no rol descrito no documento. Com a evolução histórica do ser humano, novos direitos vão surgindo enquanto outros desaparecendo. Possuem os direitos fundamentais importantes funções para o ser humano que os detêm. Tanto de limites, negativa, quanto de prestações, positivas por parte do Estado.

Dentre esses direitos fundamentais está o direito à vida, que, segundo a doutrina, é o direito mais fundamental - já que os demais direitos decorrem de se estar vivo - e possui *status* de cláusula pétrea, dada a importância que o legislador constituinte originário deu para o tema. Falou-se também em vida digna, já que o ser humano almeja mais do que apenas sobreviver e também do direito daquele pequeno ser humano em desenvolvimento tem de expectativa de viver, o direito ao nascimento.

Por fim, foi abordado a proteção jurídica que, atualmente, o sistema jurídico brasileiro dá à vida em seus diferentes estágios de desenvolvimento, de embrionário à velhice. No capítulo seguinte, adentrar-se-á especificamente na questão do aborto, a ocorrência no Brasil, as modalidades e os tipos descritos na legislação brasileira.

### **3 ABORTO: CARACTERIZAÇÃO E SUA OCORRÊNCIA NO BRASIL**

O aborto, muito embora presente na história da humanidade desde os primórdios da civilização, ganhou destaque no cenário globalizado há algumas décadas, especialmente após o surgimento de movimentos feministas em prol da igualdade, liberdade e defesa dos direitos das mulheres no fim da década de 60.

A questão suscita muita polêmica porque o ser humano, como em quase tudo na vida, possui opiniões muito divergentes a esse respeito. Essas opiniões, é claro, são influenciadas pela cultura, pelo momento histórico vivido na sociedade, pela religião, convicções filosóficas, dentre outros.

Parece que a sociedade nunca esteve tão dividida em torno de um tema quanto o tema do aborto. E parece até meio óbvio o motivo de tão acalorado debate, pois em conflito está o direito de um ser humano pequenino, indefeso, que não pediu para estar ali naquele útero, mas que está, tentando continuar vivo, tentando nascer e na vida mostrar o seu papel na sociedade.

Alguns países que legalizaram o aborto, assim o fizeram sem nenhuma democracia, sem ouvir o que o que os cidadãos elegeram como direito máximo para aquela nação. Sendo assim, faz-se necessário o debate com a sociedade sobre o tema, tendo em vista que já ocorrem no Brasil diversos movimentos em prol da descriminalização do aborto.

Neste capítulo, verificar-se-á como o aborto ocorre no Brasil em números, as modalidades de aborto segundo a doutrina e os tipos de aborto no ordenamento jurídico brasileiro: o criminoso, o legal e o aborto do feto anencefálico.

#### **3.1 OCORRÊNCIA NO BRASIL**

No Brasil, busca-se a descriminalização do aborto por grupos favoráveis nesse sentido, em decorrência de um processo globalizado que ocorreu nos países desenvolvidos, tendo como base os mesmos pressupostos adotados por esses países. Sem adentrar no mérito desses argumentos, alguns deles são: políticas antinatalistas de controle populacional - especialmente para os países subdesenvolvidos - ; interesse na legalização para favorecer pesquisas relacionadas à biotecnologia como, por exemplo, a clonagem humana; políticas de emancipação feminina com a invocação de direitos fundamentais como: igualdade entre homens e mulheres, liberdade, privacidade, sexuais e reprodutivos. (SANTOS, 2016)

Por conta desse processo de descriminalização do aborto, segundo Santos (2016, p. 52): “No Brasil, os movimentos e organizações não governamentais que atuam em prol dos interesses e dos direitos da mulher vêm apresentando estudos e estatísticas, com o objetivo de demonstrar que a referida prática deve ser analisada como uma questão de saúde pública e não como uma questão de política criminal”.

Dessa forma, tem-se um documento oficial apresentado pelo governo Lula, em 2005, perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, que afirma que o aborto é a quinta causa de mortalidade materna no Brasil. Em 2007, por conta do relatório apresentado em 2005, o Relator Especial do Comitê da ONU interrogou o governo brasileiro sobre a situação do aborto provocado no Brasil. O governo respondeu que, em 2002, 2003 e 2004, ocorreram 115, 152 e 156 mortes anuais, provocadas por aborto, incluindo o espontâneo e o provocado. (SANTOS, 2016, p. 53)

Segundo Santos (2016, p. 53):

Em pesquisa realizada pela antropóloga Débora Diniz, no Brasil urbano, com mulheres entre 18 e 39 anos, no ano de 2010, foi demonstrado que, num total de 2.298 mulheres entrevistadas, 2.002 nunca fizeram aborto, e 296 já o fizeram, ou seja, 15%. Dentre as que realizaram o aborto, a maior incidência da prática ocorreu em mulheres entre 35 e 39 anos e com baixo nível de escolaridade, não tendo sido a religião um fator importante para a diferenciação entre as mulheres que fizeram ou não o aborto. A pesquisa constatou também que, em metade dos casos, recorreu-se a medicamentos para a indução do aborto, e que 55% dos abortos resultaram em internação hospitalar, ou seja, 164 mulheres foram internadas.

Santos (2016, p. 53 – 62) ainda afirma que em uma pesquisa realizada pelo Instituto de Medicina Social da UERJ, sobre a estimativa de aborto induzido no Brasil e nas grandes regiões, no período de 1992 a 2005, concluiu-se que, em 1992 ocorreram 1.455.283 abortos induzidos no país, havendo decréscimo ao longo do período estudado, tanto que, em 2005, esse número estimado chegou a 1.056.573. Afirma ainda que, em 2012, durante reunião do governo com a ONU, a perita suíça Patrícia Schulz afirmou que, no Brasil, morrem 200 mil mulheres por ano em decorrência da prática de abortos inseguros.

Diante dessas informações, percebe-se uma incoerência muito grande desses valores apresentados por diferentes instituições. Ora, grosseiramente comparando, no relatório do governo brasileiro à ONU, a estimativa de mortes anuais por aborto eram na casa das centenas, na pesquisa apresentada à ONU pela perita suíça a estatística foi na casa dos milhares e na realizada pela UERJ, na casa dos milhões anuais. Esses valores revelam o quão pouco se sabe ou se tem real acesso aos números de abortos realizados no Brasil. Parece que esses dados são mera especulação.

Sobre a pesquisa realizada pela UERJ, Santos (2012, p. 54) afirma que foi realizada utilizando a metodologia Alan Guttmacher Institute (AGI) para investigação sobre o aborto clandestino na América Latina, incluindo o Brasil, no ano de 1991.

Resumidamente, segundo um estudo pela Revista de Ginecologia e Obstetrícia do México, o AGI superestima o número de abortos provocados e chegou a superestimar em 18 vezes o número de aborto na Colômbia, sendo que o fator de multiplicação aplicado (que deveria ser de 5 vezes) é baseado em pesquisa de opinião entre instituições da área da saúde e profissionais da saúde, e não em dados efetivamente objetivos. (SANTOS, 2016, p. 54-55)

Percebe-se que não é fácil estimar o número de abortos provocados, isso porque, principalmente em países onde a prática é criminalizada e as gestantes recorrem a clínicas clandestinas ou tentam sozinhas abortar - como, por exemplo, fazendo uso de remédios - esses dados só chegarão aos dados oficiais se deles decorrerem a necessidade de internação hospitalar. Os que forem “bem sucedidos” por assim dizer, ficarão na intimidade dos envolvidos e não poderão ser, esses números, medidos.

Além do mais, há outros fatores - que não serão aprofundados neste trabalho- que também impactam nas estatísticas oficiais, e isso independe de ser o aborto legalizado ou não. Esses fatores referem-se a gestações indesejadas em situação de adultério, a gestação decorrente de estupro, as gestações decorrentes de abusos sexuais sofridos por incesto ou por pessoas próximas da família, por exemplo.

A gestação indesejada decorrente de adultério, mesmo em países em que o aborto foi legalizado, faz com que a gestante recorra à clandestinidade para que o parceiro não descubra. Já em relação à gestação decorrente de estupro, em que pese essa modalidade de aborto ser admitida no Brasil (art. 128, II, do Código Penal), sabe-se que muitas (ou até a maioria) acabam recorrendo às clínicas clandestinas por conta do anonimato. Pelo mesmo motivo procuram as clínicas clandestinas as gestantes que sofreram abusos sexuais decorrentes de incesto ou por pessoas próximas da família.

Todos esses fatores fazem com que seja difícil precisar a ocorrência real do aborto provocado no Brasil e no mundo. Na sequência, será conceituado o aborto e evidenciadas as suas modalidades.

### 3.2 CONCEITO E MODALIDADES

O termo aborto vem sendo utilizado de maneira equivocada, pois utiliza-se o produto para denominar a ação, que é o abortamento. (CUNHA, 2016)

Assim, abortamento é a ação que ocorre e que põe fim a uma vida em desenvolvimento cujo produto dessa ação é o aborto ou abortado (ser humano que foi morto ainda no ventre materno).

Entretanto, a lei brasileira optou pelo vocábulo “aborto” para o ato de abortar e, por esse motivo, esse será o vocábulo a ser utilizado com mais frequência neste trabalho.

Segundo Mirabete (2009, p. 56 -57):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) e feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Diniz (2014, p. 56) ensina que:

O termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes do seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído. Deveras, é preciso lembrar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir se, por exemplo, ocorrer sua mumificação, com formação de litopédio.

Quanto às modalidades de aborto, a doutrina classifica em: natural; acidental; criminoso; legal ou permitido; miserável ou econômico-social; eugenésico ou eugênico; *honoris causa*; ovular; embrionário e fetal.

Segundo Greco (2012, p. 229): “Ocorre o chamado *aborto natural* ou *espontâneo* quando o próprio organismo se encarrega de expulsar o produto da concepção”. Esse tipo de aborto normalmente é decorrente de morbidade da mulher e é considerado um indiferente penal, segundo Cunha (2016, p. 123).

O aborto acidental decorre de quedas, traumatismos e acidentes em geral e, em regra, é atípico. Já o aborto criminoso é o provocado, pela gestante ou por terceiro com ou sem consentimento e está tipificado nos arts. 124 a 127 do CP. (CUNHA, 2016, p. 123) Essas espécies de aborto são dolosas e, segundo Greco (2012, p. 229): “Não houve previsão legal para a modalidade de provocação culposa do aborto [...]”.

Segundo Cunha (2016, p. 123-124), o aborto legal ou permitido é o das hipóteses do art. 128, I e II do CP, em caso de perigo de vida para a gestante e em caso de estupro respectivamente; o miserável ou sócio econômico é o praticado por razões de miséria, incapacidade financeira de sustentar a vida futura e, no atual ordenamento brasileiro é crime.

Ainda, tem-se o aborto eugenésico ou eugênico, também denominado de seletivo ou interrupção seletiva da gravidez. Segundo Teodoro (2012, p. 189): “o termo eugenia, criado por Francis Galton, significa o estudo dos fatores que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais e genéticas das futuras gerações, seja física ou mentalmente”.

Ensina Teodoro (2012, p.190) que a eugenia possui técnicas positivas (sem a destruição do ser humano) e negativas (com a destruição do ser humano). Dentre as técnicas negativas está o aborto seletivo, que: “consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais. Pode ser vítima desta conduta o feto considerado incompatível com a vida extrauterina ou, ainda, o feto que apresenta mínima”.

Quanto ao aborto *honoris causa*, segundo Santos (2016, p. 147-148): “este é realizado com o fim de preservar a honra da gestante, cuja gravidez é fruto de relacionamento extraconjugal, sendo fato típico e ilícito de acordo com a legislação brasileira”.

Diniz (2014, p. 57) define o aborto ovular como aquele praticado até a 8ª semana de gestação, o embrionário o praticado até a 15ª semana e o fetal, se ocorrer após a 15ª semana.

Essa autora ainda utiliza a classificação “provocado” para o aborto criminoso; “sofrido” quando for sem o consentimento da gestante; “consentido” quando houver consentimento da gestante; “procurado” quando a gestante for o agente principal. (DINIZ, 2016)

Ainda, menciona o aborto “terapêutico” que comportaria as espécies “necessário” e “para evitar enfermidade grave”, a primeira espécie seria a “permitida” por lei no art. 128, I, do CP, desde que não haja outra alternativa para salvar a vida da gestante; a segunda espécie seria para impedir grave e iminente perigo de saúde da gestante, modalidade não admitida no ordenamento pátrio. (DINIZ, 2016, p. 58)

Outras classificações apontadas por Diniz (2016) são o sentimental - no caso de estupro, do art. 128, II, do CP - e o estético - quando a gestante interrompe a gravidez para não ficar com o corpo disforme.

Feita a definição jurídica do aborto e descritas as modalidades, adentrar-se-á nos tipos de aborto descritos na legislação pátria classificados pela doutrina como aborto legal e aborto criminoso. Essa classificação é um ponto bastante controverso na doutrina que merece aqui alguns comentários prévios.

Assim, interessante é saber se existe mesmo aborto legal no Brasil (art. 128, I e II do Código Penal) que se distinguiria do dito aborto criminoso (arts. 124 a 127 do Código

Penal). Diniz instiga a questão com a pergunta: “Haveria no Brasil aborto legal?”. (DINIZ, 2014, p. 88)

Segundo essa autora, a resposta a essa pergunta está na própria interpretação do art. 128, em que o legislador utilizou no *caput* a redação “não se pune o aborto [...]”. Com essa redação, o legislador não estaria descriminalizando o aborto nas hipóteses dos incisos I e II do art. 128, mas, outrossim, estaria despenalizando-o.

Isso porque, segundo a autora:

Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena, ante o disposto nos arts. 23, 121, § 5º, e 181 do Código Penal. Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação de uma pena. Crime é uma coisa e pena, outra. (DINIZ, 2014, p. 89)

Sustenta ainda que o que o Código Penal faz no art. 128 é apenas autorizar o órgão julgante a não punir o crime configurado, mas que tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa e que esse artigo contém uma hipótese de exclusão de antijuricidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa. (DINIZ, 2014)

E que, continua Diniz (2014, p. 89), no Brasil, “não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado como cláusula pétrea (CF, art. 5º)” e, caso o legislador optasse pela redação “não há crime” nos casos dos incisos I e II do art. 128 do CP, tal artigo: “[...] estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º. da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito”.

Entretanto, segundo Cunha (2016, p. 103), “de acordo com a maioria da doutrina, o artigo em comento traz duas causas especiais de exclusão de ilicitude”. Mirabete (2009, p. 62) ensina que “são causas excludentes de criminalidade, embora a redação pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.

Segundo Bitencourt (2014, p. 174) “É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que “não há crime”, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que “não se pune o aborto”, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses [...]”.

Dessa forma, em que pese as divergências doutrinárias a respeito da denominação “aborto legal” e sua real existência no Brasil, optar-se-á no presente trabalho pela divisão utilizada pela maior parte da doutrina, qual seja: “aborto criminoso” e “aborto legal”.

### 3.2.1 Aborto criminoso

Boa parte da doutrina brasileira entende que o aborto criminoso está descrito apenas nos arts. 124 a 127 do CP, sendo as hipóteses do art. 128 caso de aborto legal. Outra parte da doutrina, como Diniz, entendem que não há aborto legal e que todas as hipóteses descritas do art. 124 a 128 do CP são ilícitos penais, portanto, crimes, sendo que ocorreu no art. 128, I e II apenas a despenalização por parte do legislador conforme anteriormente abordado.

O conceito de aborto criminoso, segundo Diniz (2014, p. 63):

Constitui um delito contra a vida, consistente na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto da concepção, seguida ou não de sua expulsão do ventre materno.

Segundo Nucci (2013, p. 672): “aborto criminoso é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião”.

Dessa forma, percebe-se que a proteção penal incide sobre a vida humana desde a concepção e durante toda a gestação, sendo a vida do concepto o bem jurídico que justifica a intervenção do Estado e confere validade ao Direito Penal. Outros bens jurídicos tutelados serão a liberdade, a integridade física e a vida da gestante no ordenamento jurídico brasileiro. A conduta penalmente relevante é a interrupção provocada da gravidez, o sujeito passivo é o concebido e também a gestante na ocasião de aborto provocado por terceiros. (SANTOS, 2016)

Para que o crime esteja configurado são necessários estar presentes alguns elementos, tais como: gravidez (período abrangido desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide até o começo do processo do parto); dolo (intenção livre e consciente); emprego de técnicas abortivas (diretas ou indiretas) e a morte do concepto. (DINIZ, 2014)

Sobre as técnicas abortivas tem-se as seguintes: abortivos químicos diversos, desde substâncias de origem animal, vegetal ou mineral até medicamentos; uso de agentes físicos como calor ou frio e choque elétrico; traumas indiretos como quedas, pancadas e massagens que provoquem o aborto; traumas diretos como ducha vaginal, punção das

membranas do ovo (praticado pelo abortador e pela própria gestante, por meio de agulhas, fios de luz, arames, cabides de arames, dentre outros), deslocamento das membranas (por sondas ou com o dedo), as “raspagens” do útero (curetagem), aspiração ou sucção uterina (em que se fura o saco amniótico, aspirando feto e placenta para um vasilhame) e micro-cesárea (retirada, por via abdominal do produto da concepção nos primeiros meses) ou cesárea (retirada, via abdominal, em estágios mais avançados de gravidez). O feto precisa ser, na maioria das vezes, “remontado”, situação em que os bracinhos, perninhas, tronco e cabeça precisam ser remontados para que o abortador clandestino ou o médico possam ter certeza de que não esqueceram de nenhuma parte. (EÇA, 2005)

Na legislação brasileira, Diniz (2014, p. 66-68) elenca algumas espécies de aborto criminoso que são: autoaborto, aborto sofrido, aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, aborto preterintencional ou preterdoloso e aborto *vulnerandi animus*.

Para comprovar a ocorrência do crime é necessário a realização de perícia médica - legal. Segundo Mirabete (2009, p. 59):

O aborto é crime que deixa vestígios, sendo indispensável a comprovação de sua existência material por meio de exame de corpo de delito. Não sendo possível o exame pericial direto, por terem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal ou documental poderá suprir-lhe a falta, ressalvando-se que a palavra da gestante não basta, por si só, para tal finalidade.

As penas previstas são de 1 a 3 anos de detenção para o autoaborto do art. 124 do CP; de 3 a 10 anos de reclusão para o aborto sofrido do art. 125 do CP, sendo esse tipo penal o de maior pena; de 1 a 4 anos para o aborto consentido por terceiro do art. 126 do CP. O art. 127 do CP ainda diz que as penas do art. 125 e 126 serão aumentadas de 1/3 (um terço) se a gestante, em consequência do aborto ou dos meios utilizados, sofrer lesão corporal de natureza grave; e, ainda, as penas serão duplicadas se sobrevier a morte da gestante.

O autoaborto está previsto no art. 124 do Código Penal: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. Nesse caso, é crime realizado pela própria gestante que, utilizando os meios que dispor para tanto (medicamentos, chás, introdução de objetos, socos na barriga, por exemplo), provoca a interrupção da gravidez, pode ter recebido auxílio ou ter sido instigada mas é ela quem comete o crime.

Na sequência está o art. 125 do CP, que trata do aborto sofrido: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante”. Neste caso, o terceiro deve saber da gravidez e não é necessária a negativa da gestante, bastando que o abortamento seja executado contra a sua

vontade. Esse tipo penal também é caracterizado quando praticado em gestante menor de 14 anos ou portadora de desenvolvimento mental retardado ou incompleto, por ser incapaz de consentir. Ainda, ocorre quando a gestante consentiu mas depois se arrependeu, e o terceiro continuou com o procedimento contra a sua vontade. (DINIZ, 2014, p. 67)

O art. 126 do CP estabelece: “Provocar aborto com o consentimento da gestante”. Aqui, a gestante autoriza, solicita que o aborto seja realizado mas é terceiro que executa o crime. Se a gestante for menor de 14 anos, ou débil mental ou alienada, ou esse consentimento tiver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (parágrafo único do art. 126, CP), esse consentimento é considerado inválido e caracterizado estará o crime do art. 125 do CP.

Sobre o consentimento da gestante, afirma Diniz (2014, p. 67):

Para que se configure o *aborto consentido*, preciso será que o consenso da gestante seja inequívoco, podendo manifestar-se pela sua própria conduta ou verbalmente. Tal anuência dada anteriormente à ação abortiva deverá, no entanto, persistir durante toda a manobra, logo, se a gestante vier a manifestar sua desistência, e o terceiro assim prosseguir, cometerá ele o crime previsto no art. 125 e não o aborto consentido.

O aborto preterintencional ou preterdoloso é, segundo Diniz (2014, p. 67 - 68):

O aborto dolosamente provocado e qualificado pelo resultado culposo, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave causados na gestante. Ter-se-á essa figura delituosa quando: com ou sem o consenso da gestante, houver provocação do aborto por terceiro (arts. 125 e 126), em consequência do qual ela venha a falecer ou sofrer lesão corporal grave; o aborteiro empregar meios para provocar o aborto, consentido ou não, mas ele não vier a ocorrer, causando o óbito da gestante ou lesão corporal de natureza grave.

Neste caso, se aplicará os aumentos de pena previstos no art. 127 do Código Penal, 1/3 para lesão corporal de natureza grave e duplicada no caso de morte da gestante.

Por fim, Diniz (2014, p. 68) cita o aborto *vulnerandi animus*.<sup>1</sup> Segundo a autora: “[...] consiste na interrupção da gravidez, sem que o agente queira, oriunda de lesão corporal dolosa ou culposa que causou na gestante”. Esse crime, em que o autor agride a gestante (intencionalmente ou não) e acaba causando o aborto em consequência é o tipo penal do art. 129, § 2º, V, do CP, ou seja, lesão corporal de natureza grave seguida de aborto, no qual incidirá a pena de 2 a 8 anos de reclusão.

---

<sup>1</sup> *Que tem a intenção de ferir.*

Dessa forma, tendo sido descritos os tipos de aborto criminoso previstos no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á, adiante, à análise do aborto legal.

### 3.2.2 Aborto legal

O aborto legal, no ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no art. 128, incisos I e II do Código Penal. Essa denominação “aborto legal” para as hipóteses do já mencionado artigo sofre algumas críticas por parte da doutrina, em que sustentam que não houve legalização do aborto e conseqüentemente sua descriminalização, pois, se assim houvesse sido, seria inconstitucional por afronta ao art. 5º da Constituição Federal. O que houve foi despenalização, segundo essa corrente, em que a ilicitude do ato em si continuaria existindo.

A redação do citado artigo e incisos do CP é a seguinte:

**Art. 128.** Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Segundo Santos (2016, p. 122):

Embora o dispositivo ora analisado utilize o termo “não se pune o aborto” nas duas causas acima elencadas, a maioria da doutrina entende que as referidas exceções seriam hipóteses de excludentes de ilicitude, mais precisamente, estado de necessidade, afastando a antijuridicidade da prática, que, portanto, não seria mais conhecida como ilícita. Esta é a razão da expressão contemporânea: “aborto legal”.

Diniz (2014, p. 89) sustenta que o Código Penal “está apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime” e que “tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime”.

Sobre o argumento citado no parágrafo acima, Santos pensa da mesma forma que Diniz e complementa (2016, p. 125):

Tendo em vista que a ausência de punição não exclui a ilicitude, caso um particular realize as manobras abortivas com o objetivo de salvar a vida da gestante ou porque

ela foi vítima de estupro, o crime estará configurado e sobre ele recairá a sanção penal, o que demonstra que o fato típico e antijurídico permanece previsto.

Sobre o inciso I do art. 128, do CP, a doutrina chama de “aborto necessário”, “aborto terapêutico” ou “interrupção necessária da gravidez” e pode ser entendido como a interrupção da gravidez provocada por médico para salvar a vida da gestante.

Segundo Teodoro (2012, p. 131-132): “o aborto necessário, também chamado de terapêutico, *in good faith*, profilático, médico, cirúrgico ou obstétrico, é penalmente irrelevante, pois tem como objetivo salvar a vida da mãe, ameaçada pela prenhez. É forçoso enfatizar que não poderá existir outro meio para a sua salvação, senão a interrupção da gravidez”.

Nesse caso, a maioria da doutrina entende que se está diante de estado de necessidade que, segundo o art. 24 do CP, quer dizer: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. (MIRABETE, 2009, p. 62)

O bem maior aqui protegido seria a vida da gestante em sacrifício da vida do conceito. Somente o médico poderá realizar esse tipo de aborto com o auxílio de outros profissionais da área da saúde (médico anestesista, auxiliar de enfermagem, enfermeiro). Por interpretação, entende a doutrina que estes auxiliares também estão abrangidos pela discriminante do estado de necessidade, desde que presente o médico. (CUNHA, 2016)

No caso do inciso II do art. 128, ou seja, aborto no caso de gravidez resultante de estupro, o que a doutrina costuma chamar também de aborto sentimental, humanitário, piedoso ou moral.

Segundo Diniz (2014, p. 94 e 95) é uma garantia às mulheres vítimas de violência sexual ou estupro em que a lei exclui a punibilidade e que é:

realizado por médico, colocando o sentimento de repulsa da gestante ao filho do seu algoz ou estuprador acima do direito à vida do nascituro. Há quem ache que nada justificaria que se obrigasse a mulher estuprada a aceitar o fruto de sua involuntária desonra, uma vez que não teve culpa nem participação volitiva no ato sexual que a fecundou. É indubitavelmente uma situação carregada de emocionalismo, por isso, conducente à permissão legal do aborto, no sentido de não puni-lo, pois, por determinar uma relação negativa entre mãe e filho do seu violentador, pois, se ele vier a nascer, sua presença será para ela uma permanente recordação do sofrimento causado pela violência sexual a que fora submetida.

Neste inciso, o aborto precisa ser praticado por médico, a gravidez deve ser provada como resultante de estupro, não se fazendo distinção se com violência real ou

presumida. Nesse caso, há necessidade de prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal, devendo ser o mais formal possível, acompanhado de boletim de ocorrência e testemunhas, por exemplo. A autorização judicial para realizar o aborto ou a sentença condenatória do crime sexual não são necessárias. (CUNHA, 2016; MIRABETE, 2009)

Feitas as análises dos abortos criminoso e legal frente ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante analisar também, a questão do aborto no caso de anencefalia, o que será feito no próximo tópico.

### **3.2.3 Aborto do feto anencefálico**

O aborto do feto anencefálico seria, segundo a doutrina, um aborto eugênico, em que, diante de uma anomalia do feto constatada em exame pré-natal, a gestante optaria por não levar a gravidez adiante, sendo interrompida antes do seu termo final. O aborto eugênico não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado crime.

Entretanto, a questão do aborto em caso de anencefalia fetal chegou em discussão ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. A finalidade da ação era declarar a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal”. (FERNANDES, 2017)

Segundo Maluf (2015, p. 276 e 277):

A anencefalia é uma má-formação do sistema neurológico de grande envergadura, na maioria dos casos é mesmo incompatível com a vida. Estatísticas médicas apontam para o fato de que apenas 25% dos anencéfalos apresentam sinais vitais na 1ª semana após o parto. A incidência é de cerca de 2 a cada 1.000 nascidos vivos. O seu diagnóstico pode ser estabelecido mediante ultrassonografia por volta da 15ª semana de gestação e pelo exame da alfa-fetoproteína no soro e no líquido amniótico, que está aumentada em 100% dos casos em torno da 11ª à 16ª semana de gestação.

A doutrina chama o aborto em decorrência de anomalias diversas no feto (genéticas, físicas) de interrupção seletiva da gravidez. No caso do diagnóstico da anencefalia, segundo Cunha (2016, p. 108), “a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%”.

Santos (2016, p. 194) afirma que a ADPF nº 54 partiu do pressuposto que a gestante de feto anencefálico estaria correndo risco de vida, que não há viabilidade de vida

para o feto e que levar a gestação adiante causaria inúmeros transtornos psicológicos e físicos à gestante.

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação e liberou o aborto de criança anencefálica no país, tendo, na sequência, o Conselho Federal de Medicina (CFM) “publicado as diretrizes para a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo”, segundo Cunha (2016, p. 108).

A questão é polêmica, pois há registros de crianças com anencefalia que viveram por muitos meses após nascer, conforme registrou o próprio ministro Néri da Silveira na ADPF nº 54.

Segundo o ministro, baseado em estudo realizado pelo professor Arthur Guyton, Diretor do “Departamento de Fisiologia e Biofísica, University of Mississippi, School of Medicine”:

Tais crianças são capazes de executar essencialmente todas as funções de alimentação, como sucção, expulsão de comida desagradável na boca, e levar as mãos à boca para sugar seus dedos. Além disso, elas podem bocejar e esticar-se. Elas podem chorar e seguir objetos com os olhos e movimentos de sua cabeça. Pressionando-se, também, parte anterior de suas pernas, faremos com que elas passem a uma posição sentada. (SILVEIRA, 2005, p.77)

Diniz (2014, p. 76) sustenta que, o aborto eugenésico, como no caso da anencefalia, é:

uma barbárie de um sintoma de desumanização, aliás, uma escala para a instalação de câmaras de extermínio de recém-nascidos defeituosos, para a eutanásia de deficientes físicos e mentais e para a eliminação de velhos não produtivos. Que tipo de motivos “caridosos” os filhos não poderiam alegar para justificar a “boa ação” de eliminar seus pais idosos e doentes? Urge amparar, proteger e respeitar a vida intra ou extrauterina.

Dessa forma, percebe-se que a questão do aborto em caso de anencefalia é outro tema que causa controvérsia e polêmica, tanto na sociedade, quanto na doutrina. Parte da doutrina entende que todo ser humano tem direito a viver, pelo tempo que for, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Outra parte, usando o mesmo argumento, da dignidade, alega que o anencéfalo, já que não tem expectativa de vida, tampouco digna, mereceria morrer e que a continuidade da gestação forçada, nesse caso, violaria também a dignidade materna, causando profundas dores psíquicas. Mencionam que seria, inclusive, uma tortura para a genitora.

Adiante, no capítulo 4, analisar-se-á a colisão de direitos fundamentais dos direitos dos envolvidos em uma relação fática e jurídica de abortamento.

#### 4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO

É evidente que em uma relação fática e jurídica envolvendo aborto estejam em colisão diversos direitos fundamentais dos atores envolvidos no conflito. Pode-se citar, de antemão, o direito à vida do nascituro frente aos direitos de liberdade da mulher gestante, quais sejam, os direitos: à autonomia individual, à escolha de como dispor do próprio corpo, à intimidade e à privacidade e ao direito sexual e reprodutivo livre.

Ainda, poder-se-ia pensar em um conflito entre os direitos citados acima concernentes à gestante e os direitos do suposto pai, por exemplo, de exercer a paternidade do nascituro, de defender a vida deste, de registrar o filho, de obter a guarda caso a gestante rejeite e não queira o nascituro.

Na questão dos direitos do suposto pai, parece que este foi esquecido nos debates éticos, filosóficos e jurídicos a respeito do tema. Fala-se tão somente na figura do homem para destacar aqueles que fogem à responsabilidade paterna deixando o ônus da gestação indesejada nos ombros apenas da mulher. Mas e aqueles que se opuserem ao abortamento desejado pela companheira, não terão voz nesse cenário?

Dessa forma, deve-se buscar uma solução para as colisões verificadas, por meio de técnicas específicas aplicadas ao caso concreto, com o uso de princípios e valores. Sendo possível a convivência harmônica entre os diversos direitos, essa deverá ser a solução buscada. Entretanto, não sendo assim possível, é fato que o direito ou os direitos de alguma das partes será (ão) sacrificado (os) em prol do outro. Em tese, o direito que prevalecer deverá ser aquele de maior valor para a dignidade da pessoa humana.

A colisão de direitos fundamentais no aborto é delicada porque em jogo está um direito primordial para todo e qualquer ser humano: a vida! Por isso mesmo, essa questão deverá ser analisada com muito cuidado pelos aplicadores do direito. Urge também a necessidade do direito pátrio se posicionar mais firmemente nessa questão, não deixando, é claro, de ouvir o que a sociedade pensa a respeito disso.

Esse capítulo abordará as colisões de direitos fundamentais existentes entre as partes de uma relação envolvendo aborto, analisando também tais colisões sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

#### 4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: META PRINCÍPIO

A dignidade da pessoa humana é um princípio que é fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro e está estampado logo no art. 1º, inciso III, do Título I – Dos Princípios Fundamentais - da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é norma jurídica e princípio.

Norma jurídica, segundo Bobbio (2012) é aquela que é formal em sua estrutura, contém uma proposição – que é “um conjunto de palavras que possuem significado em sua unidade” - com função prescritiva – “própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*” – sendo imperativa (comandos de fazer e não fazer), técnica e possui como destinatários o Estado e a sociedade.

Princípios, segundo Reale (2002, p. 303 - 304) são: “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”, são “verdades fundantes” e os “princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Segundo Sarlet (2017, p. 257 - 258):

Os princípios em geral (não apenas os princípios fundamentais) são espécie do gênero normas jurídicas, [...], princípios correspondem a normas dotadas de um significativo grau de abstração, vagueza e indeterminação [...]. os princípios fundamentais, na condição de espécie de normas constitucionais, são dotados, portanto, de eficácia e aplicabilidade, sendo normas jurídicas vinculativas, ainda que sua força jurídica não seja igual (em todos os aspectos) à das regras ou mesmo das normas de direitos fundamentais que, a despeito de terem uma dimensão objetiva [...], assumem a condição de direitos subjetivos.

Sobre os efeitos jurídicos dos princípios fundamentais, ensina Sarlet (2017, p. 258), que possuem uma eficácia negativa, ensejando “a revogação (ou a não recepção) de normas infraconstitucionais editadas antes da entrada em vigor da CF, que deixam de ser aplicadas naquilo em que frontalmente contrastam com o conteúdo da constituição” e também em sede de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) em relação às normas editadas após a Constituição quando em desacordo com esta.

Ainda sobre os princípios, Garcia (2015, p. 219) descreve que a Teoria de Dworkin, que é uma crítica ao positivismo jurídico, demonstrando que “o direito não é

composto exclusivamente por regras, sendo igualmente integrado pelos princípios jurídicos” e é aceita quase que unanimemente pela doutrina e que:

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementem automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral, os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

Sobre os valores que enunciam os princípios, ensina Reale (2002, p. 313):

Pensamos que a experiência jurídica pressupõe determinadas *constantes valorativas ou axiológicas* – como, por exemplo, a do valor originário da pessoa humana -, sem as quais a história do Direito não teria sentido. Como se vê, se aceitamos a concepção transcendental do Direito Natural, não colocamos o problema em meros termos *lógico-formais*, mas antes em termos axiológicos, nem estabelecemos uma sinonímia entre princípios gerais de direito e princípios de Direito Natural. A experiência histórica demonstra que há determinados *valores* que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam ser *constantes ou invariantes éticas* inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à *práxis* humana.

Ainda, segundo Reale (2002, p. 313): “De todos esses valores o primordial é o da *pessoa humana*, cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética. Daí dizermos que *a pessoa é o valor fonte*”.

Sobre o legislador ter positivado o princípio da dignidade da pessoa humana na CF/88 como princípio fundamental, ensina Santos (2016, p. 284):

Nesta perspectiva, o constituinte originário elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e norte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que estabelece a tutela e a proteção de todo o ser humano, ou seja, de todo indivíduo pertencente à espécie humana, independentemente de qualquer distinção. O respeito à dignidade do homem decorre, simplesmente, deste atributo que lhe é inerente por natureza e que possui valor absoluto, o qual antecede todas as formas de reconhecimento pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana, dessa forma, é fundamento para os direitos fundamentais. Após o segundo pós-guerra, surgiram vários movimentos no Estado de Direito tentando superar o positivismo puro, já que este havia sido fundamento para legitimar regimes ditatoriais e violação de direitos humanos até então. Um dos movimentos recorreu ao direito natural (*jusnaturalismo*) que resguarda direitos essenciais ao ser humano que não podem ser violados pelo poder soberano como a dignidade da pessoa humana. (GARCIA, 2015, p. 162)

Entretanto, o jusnaturalismo associa a dignidade humana a paradigmas de ordem religiosa, sendo desprovido de validade pública e de segurança jurídica. Já o positivismo puro é outro extremo já que desvinculado de valores democráticos. Dessa forma, surgiu a necessidade de novos paradigmas para fundamentar os direitos do homem, em que “os direitos fundamentais encontrariam alicerce na *ideia de dignidade humana inscrita na consciência jurídica geral*”. (GARCIA, 2015, p. 163 -164)

Conforme Pinho, citada por Reis (2012, p. 27): “O valor da dignidade da pessoa humana é de todo o mais essencial. E assim o é porque (i) a simples ideia de homem implica a ideia de valor; (ii) cada homem (sic) representa um valor; (iii) a pessoa humana constitui o valor-fonte de todos os valores, como a liberdade, a justiça e a igualdade. Como se vê, essas justificativas apresentam-se numa dinâmica circular: partem do ser humano e a ele voltam”.

Como a dignidade da pessoa humana fundamenta os direitos fundamentais, e, sendo o direito à vida um direito fundamental, é óbvia a conexão entre eles.

Fernandes (2017, p. 412) relaciona o direito à vida com o princípio da dignidade humana afirmando que:

No plano da biologia, vida é aquela na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo, como metabolismo, crescimento, reação a estímulos providos do ambiente, reprodução, etc. Porém, temos que a vida, enquanto direito fundamental, não pode e não deve ser analisada apenas pela ótica biológica. Daí 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.

Nessa linha também ensina Teodoro (2012, p. 159):

Dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é o cerne, o principal pilar cuja função é suportá-los. Se os direitos fundamentais são a síntese de todas as demais normas constitucionais, a dignidade humana é a síntese destes direitos, é o fundamento das normas fundamentais. É o respeito que se deve dispensar a todas as pessoas, em relação à vida, às liberdades e à integridade física e psicológica. A dignidade da pessoa é o sinal de preservação de seus valores fundamentais perante a sociedade. Está na dignidade a garantia do exercício dos demais direitos. A dignidade humana é mais do que um simples direito positivado, antecedendo ao próprio Direito. É inerente ao ser humano, é a própria auto-aceitação do homem como um ser especial, privilegiado, é o reconhecimento de sua importância para si mesmo e para os seus, admitindo-se como o único fim de todas as suas buscas, lutas e conquistas.

Garcia (2015, p. 177 – 191) descreve como funções da dignidade da pessoa humana as seguintes: como direito público subjetivo; como mandado constitucional ou princípio diretor e como dever fundamental.

A dignidade humana como direito público subjetivo encerra duas óticas: da interdição de ações agressivas, como, por exemplo, de o indivíduo não ser submetido à tortura pelo Estado, como na forma de direitos prestacionais, como, por exemplo, de receber do Estado medicamentos vitais à sua sobrevivência. (GARCIA, 2015, p. 177 -178)

Sobre essa função, Sarlet (2017, p. 266) diz ser “simultaneamente um limite e uma tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade”.

A dignidade como mandado constitucional é endereçada ao legislador e, segundo Garcia (2015, p. 184): “transferem ao plano infraconstitucional o *munus* de detalhar e de conferir máxima eficácia a determinados preceitos constitucionais, permitindo que seja transposto, para a realidade, todo o seu potencial normativo”.

Como princípio diretor, segundo Garcia (2015, p. 184-185):

[...] ela indica a ideia de que quaisquer dimensões do atuar humano deve prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estímulo à integração social pela só condição de ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados pelos agentes privados e órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos assegurados na Constituição.

Nesse sentido, segundo Sarlet (2017, p. 266): “ diz com o fato de a dignidade da pessoa humana ser considerada elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”.

Garcia (2015, p. 185) ainda prescreve que:

Tanto os princípios diretores, como os mandamentos constitucionais endereçados ao legislador, (1) servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), (2) prestam um relevante auxílio na interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais e (3) exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espraiam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de dignidade humana.

A dignidade humana como dever fundamental, segundo Sarlet (2017, p. 266-267) seria a dimensão objetiva desse princípio e “implica deveres de proteção estatais, contra o próprio Estado e contra ações de atores privados” e:

A dignidade da pessoa humana, como já adiantado, guarda uma maior ou menor relação com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, é possível afirmar que a dignidade opera tanto como fundamento, quanto como conteúdo dos direitos, mas não necessariamente de todos os direitos e, em sendo o caso, não da mesma forma. Assim, embora princípio estruturante de todo o sistema constitucional, portanto, também de todos os direitos fundamentais, isso não significa que todos os direitos individualmente consagrados no texto da CF possam ser diretamente reconduzidos à dignidade da pessoa humana, nem quer dizer [...] que um direito apenas será fundamental na perspectiva da ordem constitucional brasileira se e na medida em que tiver um conteúdo determinado em dignidade. [...]

Segundo Fernandes (2017, p. 310): “Sendo assim, para os teóricos do constitucionalismo contemporâneo, direitos - como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros – apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana”.

Por fim, segundo Garcia (2015, p. 189):

A necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, sob certos aspectos, pode ser concebida como um verdadeiro dever fundamental de respeito à própria dignidade, excluindo qualquer margem de livre-arbítrio individual. A natureza do bem jurídico tutelado mostra-se de todo incompatível com o surgimento de códigos paralelos de conduta que possam arrefecer os valores sociais que lhe dão sustentação e garantem o respeito. Do mesmo modo que não se pode violar a dignidade alheia, não se deve violar a própria dignidade de modo a estimular a adoção de comportamentos similares. Trata-se da preservação de valores que ultrapassam a individualidade e alcançam a comunidade humana em sua inteireza. A dignidade humana, por ser autorreferencial, vincula o ser humano perante si próprio, daí a impossibilidade de dispor de sua dignidade, nivelando-se a um objeto.

Tendo sido visto a dignidade da pessoa humana como meta princípio no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á à análise da colisão de direitos fundamentais.

#### 4.2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como no aborto existem diferentes bens jurídicos garantidos e tutelados pela Constituição Federal - como vida, liberdade, igualdade, autonomia, privacidade, dentre outros -, é evidente que esses bens poderão se encontrar em colisão ou conflito. Nesse caso, esses bens deverão ser postos em análise tendo como base e fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para se tentar chegar a uma solução, harmonizando-os, se possível, ou elegendo aquele de maior valor quando comparados.

Segundo Moraes (2017, p. 14):

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos [...] que podem vir a envolver-se numa relação de conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

Mendes e Branco (2017, p. 234) ensinam: “fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos”.

Garcia (2015, p. 327) descreve a colisão entre direitos fundamentais:

Será divisada a colisão de direitos quando o seu exercício por diferentes titulares gerar uma situação de incompatibilidade (v.g.: liberdade de expressão e direito à honra; direito do feto à vida e direito à intimidade da mãe que pretende interromper a gravidez; direito à greve e direito à continuidade dos serviços públicos etc.). ao contemplar uma série de direitos potencialmente colidentes e necessariamente coexistentes, a Constituição anui com a adoção de medidas que permitam a sua concordância prática. Na generalidade dos casos, as normas constitucionais que os consagram têm a natureza de princípios, conclusão decorrente das construções teóricas de Alexy e de Dworkin e que apontam para o seu conteúdo *prima facie*, vale dizer, são direitos não definitivos: admitem, consoante os aspectos circunstanciais do caso, que os poderes constituídos venham a retrair o seu potencial expansivo.

Para se tentar solucionar a colisão, primeiro tais direitos deverão ser individualizados (para se delimitar o seu âmbito de reconhecimento e proteção), aferindo a força que irradia de cada um para, dessa forma, poder utilizar a técnica da ponderação. Regra geral, deve-se buscar uma harmonização entre os direitos, sempre que possível, pela atividade interpretativa, de acordo com a unidade constitucional. (GARCIA, 2015, p. 329-330)

Não sendo possível a harmonização, far-se-á a ponderação entre os direitos, atribuindo-se um peso de valores a cada um deles, o que acarretará, com a prevalência de um deles, a eliminação dos demais. Nesse caso, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana acabará por opor limites a alguns direitos no caso concreto. (GARCIA, 2015)

Dessa forma, tendo sido traçados alguns contornos gerais em torno da colisão de direitos fundamentais, adentrar-se-á, especificamente, nas colisões de direitos fundamentais no aborto, o direito à vida do feto *versus* os direitos das mulheres *versus* direitos do suposto pai.

Analisar-se-á primeiro os direitos das mulheres no aborto, depois do suposto pai para que, ao fim, analisando o direito à vida do nascituro possa relacionar tal direito com os primeiros, a fim de analisar as colisões entre eles.

#### 4.2.1 Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres

Os direitos fundamentais não são em rol exaustivo e, com o passar do tempo, novos direitos vão sendo contemplados e incorporados em determinada sociedade. Um exemplo disso são os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que são um desdobramento do direito fundamental à liberdade. Como direitos de liberdade, são oponíveis contra o Estado e não devem ter interferência deste na vida privada do casal, em quando e quantos filhos ter.

Segundo Santos (2016, p. 296): “O direito de procriar foi adquirindo diversos contornos ao longo da história, os quais estão intimamente relacionados ao processo de emancipação da mulher e, mais recentemente, aos avanços das técnicas artificiais de reprodução”.

Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher surgiram oficialmente a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994 – Cairo) e da Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres (1995 – Pequim), em que a expressão “direitos reprodutivos” foi mencionada em um documento internacional. Esses direitos foram fundamentados em princípios como: integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade, tendo amparo na reinterpretação de tratados internacionais de Direitos Humanos. A partir daí, as Conferências da ONU “passaram a reforçar que o direito de decidir sobre reprodução e direito a ter acesso a serviços de saúde são direitos fundamentais”. (SANTOS, 2016, p. 297-299)

Segundo Nascimento Filho (2013, p. 49-50):

Podemos denominar direitos reprodutivos o conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Daí se depreende que o Estado deve assegurar o acesso a um serviço de saúde que assegure informação e meios, com vistas ao controle de natalidade quanto da procriação, sem riscos para a saúde. [...] Assim, os direitos reprodutivos têm recebido, por parte do movimento feminista mundial, um elevado grau de importância, em razão de atingir praticamente todas as mulheres, que, na maioria das vezes, é quem arcam com as consequências de sua vida sexual. Significa que, se a mulher resolver pela gravidez ou pela contracepção, ninguém, a não ser ela mesma, suportará o ônus de tal decisão.

Sobre esses direitos, Santos (2016, p. 296 - 302) cita que surgiram em meio a temas como planejamento familiar, que eram discussões relacionadas a controle de natalidade, crescimento demográfico e desenvolvimento econômico, mas que, com a atuação de movimentos sociais, notadamente os movimentos feministas, estes passaram a “reivindicar as

questões concernentes ao tema. E também que planejamento familiar estivesse vinculado no campo da saúde reprodutiva e que este fosse reconhecido como um direito [...]”. Os direitos reprodutivos e sexuais passaram a ser reivindicados como direitos humanos e, conseqüentemente, como direitos fundamentais.

Mas, em que pese as feministas terem reivindicado os temas de planejamento familiar, nos quais estavam inseridos os direitos sexuais e reprodutivos e o aborto, e, as feministas de forma geral e ampla representarem todas as mulheres, segundo Dworkin (2009, p. 70):

Sem dúvida, é um erro grosseiro tratar todas as mulheres que se consideram feministas, ou que se veem como parte do movimento das mulheres em termos gerais, como adeptas do mesmo conjunto de convicções. Há, no feminismo, muitas divisões de opinião sobre as estratégias para melhorar a posição política, econômica e social das mulheres [...]. As feministas chegam, inclusive, a divergir sobre a questão da conveniência ou não do aborto: existem feministas “pró-vida”.

No campo do planejamento familiar, Santos (p. 300-301) cita o relatório da ONU no § 7.3, a Constituição Federal de 1988 no § 7º do art. 226 e a Lei 9.263/96. O Relatório sobre a Conferência realizada no Cairo prescreve no § 7.3 o seguinte:

7.3 Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Sobre a Conferência do Cairo e o documento feito um ano depois em Pequim, na Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, menciona Diniz (2014, p. 177):

Esse documento: a) reconhece, portanto, o papel central que a sexualidade e a relação entre homens e mulheres desempenham no tocando a saúde e aos direitos da mulher; b) afirma que os homens devem assumir a responsabilidade pelo seu próprio comportamento sexual, sua fecundidade, contágio de doenças sexualmente transmissíveis, bem-estar de suas companheiras e paternidade de todos os filhos; e, c) assegura, nos casos de abortos legais, os serviços médicos prestados em condições de higiene e segurança.

Nesse sentido, também é o que dispõe o § 7º do art. 226 da CRFB/88: “Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos

para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

A Lei 9.263/96, no art. 2º dispõe que o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, e, segundo Santos (2016, p. 301): “em seu parágrafo único, o referido artigo proibiu a utilização de ações concernentes para qualquer tipo de controle demográfico”.

Ainda, a Lei 9.263/96, no art. 3º, parágrafo único, inciso I e no art. 9º, “obriga o Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, a garantir programa que inclua a “assistência à concepção e contracepção”, onde (sic) há de ser oferecido para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção””. (SANTOS, 2016, p. 301)

Segundo Santos (2016, p. 302) os direitos sexuais e reprodutivos vêm sendo entendidos como gênero e o direito ao aborto como espécie desse gênero conforme menciona a autora:

A afirmação da liberdade e da autonomia reprodutiva como direitos fundamentais tem sido interpretada como gênero, do qual o direito ao aborto é espécie, por ser entendido como direito vinculado ao princípio da autodeterminação da vontade. Foi neste sentido que a sentença americana *Roe vs Wade* reconheceu o direito da mulher à interrupção da gravidez como consectário do direito à privacidade e, portanto, uma decisão pessoal, cabível unicamente à mulher. (SANTOS, 2016, p. 302)

Sobre a sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Roe vs Wade*, de 1973, citada acima por Santos (2016, p. 35), “decidiu que o aborto seria permitido, por qualquer razão, até o momento em que o feto se tornasse potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial, ou seja, em torno dos 7 meses de gestação”.

A decisão em questão fundamentou-se no direito à privacidade, um direito fundamental e que nenhuma lei estadual poderia legislar de forma diversa e, na mesma época, um outro caso, *Doe vs Bolton*, julgado pela mesma Corte, “estendeu a permissão para o aborto em qualquer fase da gestação”. (SANTOS, 2016)

Atualmente, reconhece-se que esses julgados emblemáticos que legalizaram o aborto nos Estados Unidos e acabaram por influenciar as legislações de todo o mundo nesse sentido foram feitos sem democracia, sem consultar a sociedade, por ativismo judicial. Soube-se, mais tarde, que, inclusive, tais decisões fundaram-se em “inverdades admitidas e

financiadas” (em que um dos financiadores foi Hugh Hefner, fundador da Playboy). (SANTOS, 2016)

Sobre o argumento do direito à privacidade das mulheres para decidir sobre a vida humana que geram, alegado nesses polêmicos casos e também na atualidade por alguns defensores do aborto, tal argumento não foi aceito pelas feministas. Segundo uma advogada feminista, professora da Faculdade de Direito de Michigan, Catherine MacKinnon, citada por Dworkin (2009, p. 72-73): “o argumento do direito à privacidade pressupõe o que ela considera uma distinção falaciosa entre questões que são em princípio privadas, como os atos e decisões dos casais, que o governo não deveria tentar regular ou supervisionar, e as que são, em princípio públicas, como a política econômica externa, sobre a qual é evidente que o governo deve legislar”. Continua Dworkin:

Existem dois sentidos, sugere MacKinnon, nos quais é perigoso apelar a um direito à privacidade. Em primeiro lugar, insistir que o sexo é uma questão privada implica que o governo não tem nenhuma preocupação legítima com o que acontece com as mulheres por trás da porta do quarto, onde podem ser estupradas e espancadas. Em segundo lugar, a afirmação de que o aborto é uma questão privada parece implicar que o governo não tem nenhuma responsabilidade de ajudar a financiar o aborto das mulheres pobres da mesma maneira que ajuda a financiar o parto. [...].

Sendo assim, por mais que as mulheres tenham sim, direitos relacionados à privacidade e à intimidade, esses não podem servir para o Estado abster-se completamente de outras questões quando relacionadas com as mulheres e, principalmente, com o direito à vida do nascituro.

Ainda, os direitos sexuais e reprodutivos, mencionados em documentos que tratam do planejamento familiar, conforme percebe-se, sempre mencionam os gêneros homem e mulher no tocante a todas as decisões relacionadas nesse sentido. Entretanto, os direitos sexuais e reprodutivos são reivindicados como se fossem um direito unicamente das mulheres como forma de se tentar estabelecer uma igualdade. Essa igualdade, por mais que se queira, é abstrata, já que, na natureza, quem engravida é a mulher.

Dessa forma, exclui-se a figura paterna, por exemplo, de decisões relacionadas ao aclamado direito ao aborto, que, conforme já mencionado, é espécie do gênero direitos sexuais e reprodutivos. Essa exclusão tem justamente o objetivo de se chegar a uma igualdade de gêneros.

Todavia, Santos (2016, p. 308) afirma: “A defesa do aborto como um direito reprodutivo não busca estabelecer uma igualdade, mas ao contrário, a verdade que se sustenta

é a colocação da mulher em condições de superioridade sobre o homem quanto à decisão sobre determinadas questões”.

Assim, percebe-se a importância dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que devem sim ser defendidos por todos e tutelados pelo Estado, mas que, conforme descrito no documento da Conferência do Cairo das Nações Unidas, deve ser exercido com liberdade, mas com responsabilidade. Isso justamente para se evitar que se sacrifiquem vidas humanas indefesas pelo uso do sexo e da reprodução de forma impensada, irresponsável e imprudente.

Analisar-se-á, no tópico seguinte, os direitos do suposto pai.

#### **4.2.2 Direitos do Suposto Pai**

Na pesquisa realizada para o presente trabalho, não foi encontrada menção a algum direito que o suposto pai possa ter no aborto.

Os direitos do suposto pai que aqui se analisam seriam direitos no sentido de impedir a consumação do abortamento, direito de ser pai do ser em gestação, direito de criar e estabelecer um vínculo com um ser que ajudou a conceber.

Parece que, nesse ponto, o poder e a autonomia para decidir foi dado, integralmente, à mulher, já que ela é quem foi eleita pela natureza para ser capaz de abrigar uma vida humana em desenvolvimento, pelo menos é assim que a questão é enfrentada em diversos países cujo o aborto foi legalizado.

Entretanto, essa vida abrigada no corpo da mulher não foi gerada sozinha, espontaneamente, como ocorre com algumas espécies de seres vivos. Essa vida precisou de um gameta masculino (contendo DNA do genitor, 50% por assim dizer) que, em conjunto com o gameta feminino (com DNA da mãe, também 50%) se fundiu para formar um ser humano com DNA próprio, diferente do DNA da mãe e do pai.

Segundo Sutter (2013, p. 165):

Também não podem ser esquecidos os homens, sem os quais, naturalmente, não pode uma mulher ficar grávida; homens esses, que, por vezes, passam ao largo da discussão do aborto, uma vez que a centralidade da questão sempre ficou em torno das mulheres, relegando ao nascituro a segundo plano e os homens, quiçá, a terceiro plano. Sendo assim, a gravidez não é um fato que diga respeito apenas às mulheres, mas também aos homens, especialmente os de bem, os quais se sentem chamados à vocação paterna e que não são respeitados em seus direitos, especialmente, como assinalo, por serem colocados fora de qualquer discussão temática. [...]

Apesar de todos os documentos oficiais sobre planejamento familiar e, portanto, direitos sexuais e reprodutivos se refiram sempre a “casais”, “mulheres e homens”, sendo uma decisão baseada na igualdade entre os gêneros, tendo esses os mesmos direitos, no caso do aborto, parece ter havido discriminação quanto à figura paterna, desconsiderando o seu consentimento para tanto, já que são elas que ficam grávidas e não os homens em uma desigualdade da própria natureza humana.

Nesse sentido, afirma Santos (2016, p. 307-308):

Portanto é sustentada a preponderância dos direitos sexuais da mulher sobre o homem como um meio de obter esta igualdade, para que, na hipótese de uma gravidez indesejada, sejam quais forem os motivos, a mulher tenha o direito de decidir por realizar o aborto, que deve ser garantido pelo Estado através da implementação de políticas públicas sobre saúde sexual e reprodutiva. Observa-se que os direitos sexuais e reprodutivos têm por fundamento a igualdade de gênero. Diante das diferenças naturais entre homem e mulher, busca-se estabelecer esta igualdade reprodutiva afirmando que a decisão sobre o aborto é única e exclusiva da mulher e deve ser reconhecida como um direito. Esta busca por igualdade se apresenta como um paradoxo, já que se justifica por meio da desigualdade, afastando do homem qualquer ingerência e, até mesmo, o exercício da paternidade quanto ao filho já concebido.

Interessante questão envolvendo os direitos do suposto no aborto pai surgiu recentemente em um caso concreto no Uruguai. Na ocasião, o pai conquistou na justiça a proibição do aborto do seu filho. O Uruguai aprovou em 2012 a Lei da Interrupção Voluntária da Gravidez, que permite às mulheres abortar legalmente durante as 12 primeiras semanas de gestação. (BBC, 2017)

O casal havia tido um relacionamento já terminado de seis meses em que a mulher havia engravidado. Ela estava grávida de 10 semanas quando pretendia fazer o aborto o que foi impedido por uma ordem judicial obtida pelo pai da criança. E, segundo o pai, havia tentado de todas as formas fazer com que a mulher refletisse para desistir do aborto e, vendo que não obteria sucesso, recorreu ao Poder Judiciário. (BBC, 2017)

Para isso, na audiência, o pai afirmou que, embora o relacionamento tivesse terminado, iria se responsabilizar sozinho pelo filho e que possuía recursos financeiros para tanto. O advogado do pai também apresentou um recurso de inconstitucionalidade contra a lei do aborto na ocasião. (BBC, 2017)

Ainda assim, a magistrada não tomou a decisão com base em um direito do pai, e, sim, analisou, tecnicamente, se o art. 3º da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez havia sido cumprido. Este artigo determina que devam ser cumpridas circunstâncias que devem ser verificadas no histórico da paciente, quais sejam: “circunstâncias derivadas das condições nas

quais ocorreu a concepção, situações de dificuldade econômica, sociais ou familiares ou etárias que impeçam a mãe de continuar a gravidez”. Na situação, a juíza verificou que os requisitos do art. 3º não haviam sido cumpridos, impedindo assim a consumação do aborto pela mulher. (BBC, 2017)

A polêmica decisão da magistrada uruguaia reacendeu o debate entre os grupos pró-vida, que comemoraram a decisão, e pró-aborto, que consideraram a decisão como uma tortura imposta à mulher, naquele país. Segundo um parlamentar entrevistado pelo jornal El País, a lei do aborto “nasceu mal parida” porque ela não contém “sequer uma linha” sobre os direitos do progenitor. (BBC, 2017)

Dessa forma, a decisão da justiça uruguaia acaba abrindo um precedente para que se reflita sobre os direitos do progenitor como: para impedir a consumação de um ato de abortamento, para ter direito de ter a guarda exclusiva caso a genitora não queira a criança, para ter o direito de ver nascer e conviver com o próprio filho.

Analisar-se-á, na sequência, o direito à vida do nascituro.

#### **4.2.3 Direito à Vida do Nascituro**

Todas as pessoas que hoje vivem na sociedade humana já foram, algum dia, um embrião, um feto, ou seja, um ser humano ainda não nascido, em potencial, em desenvolvimento, com expectativa de viver e nascer. Caso se perguntasse a qualquer pessoa se gostaria de ter sido abortado, sem medo de errar poder-se-ia afirmar que a esmagadora maioria diria que não.

É inerente da condição do ser humano querer viver, de querer lutar pela vida, de querer defendê-la. Ninguém gostaria de ter sido morto pela própria mãe ou por terceiro com autorização desta. Por mais que as ciências biológicas e biomédicas tenham evoluído nas pesquisas em torno do mistério da vida, a verdade é que pouco se sabe, com absoluta precisão, quando ela inicia. Aquelas clássicas perguntas: “de onde viemos?”, “pra onde iremos?” ainda não foram respondidas pela ciência.

Diante disso, o ser humano considera a vida um milagre pela sua complexidade e, ao mesmo tempo, sagrada, independentemente de religião ou convicção filosófica. E é por isso mesmo que, sempre que um direito fundamental esbarre no direito à vida de alguém, haverá um sério, delicado e polêmico conflito. Quando esse “alguém” é um ser pequenino e indefeso, então, esse conflito fica mais emocional ainda.

Dworkin (2009, p. 101) fala sobre a vida humana:

Quanto à vida humana, será ela subjetiva, instrumental ou intrinsecamente valiosa? É valiosa nos três sentidos, acreditamos quase todos. Tratamos o valor da vida de uma pessoa como instrumental quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros: do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida de outras pessoas, por exemplo. [...] Chamemos de pessoal o valor subjetivo que uma vida tem para a pessoa cuja vida se trata. É um valor pessoal o que temos em mente quando dizemos que, normalmente, a vida de uma pessoa é a coisa mais importante que ela tem. É valor pessoal aquilo que um governo tenta proteger, como fundamentalmente importante, quando reconhece e faz revigorar o direito das pessoas à vida. [...] Se pensarmos, porém, que a vida de qualquer organismo vivo, inclusive a do feto, tem valor intrínseco a despeito de também ter, ou não, valor instrumental ou pessoal – se tratarmos qualquer forma de vida humana como algo que devemos respeitar, reverenciar e proteger por ser maravilhosa em si mesma-, teremos então que o aborto é moralmente problemático. [...]

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, elegeu a vida humana como direito fundamental e essa é protegida de forma ampla, conforme entende a maioria da doutrina brasileira, desde seu início, embrionário, durante todo o seu desenvolvimento durante a gestação e após o nascimento até a morte.

Sobre o direito à vida, dispõe Teodoro (2012, p. 161) que: “impõe ao Estado assegurar a vida de todos, garantindo seu desenvolvimento até o momento do nascimento e, daí por diante, garantindo a sua continuação, sua permanente manutenção e evitando, a todo custo, a sua destruição, senão pelo termo natural”.

Conforme Mendes e Branco (2017, p. 256): “proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais” e, em relação à proteção da vida do nascituro:

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*. 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. O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final. (MENDES E BRANCO, 2017, p. 258)

Em que pese boa parte da doutrina entender o direito à vida como pertencente a todo ser da espécie humana desde à concepção, devendo ser respeitado e protegido, sendo o

nascituro titular desse direito, Sarlet (2017, p. 410) menciona que, de acordo com o STF, na ADIn 3.510, que versava sobre dispositivos da Lei de Biossegurança, “não haveria titularidade do direito à vida antes do nascimento com vida!” mas que, depreende-se da decisão que:

[...] a proteção jurídico-constitucional da vida intrauterina, portanto, vida antes do nascimento, se dá por conta da extensão do âmbito subjetivo (pessoal) de proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido de que, embora não se possa falar de uma pessoa, na condição de sujeito de direitos fundamentais, existe uma proteção que abrange todo o processo vital, compreendido como um processo indivisível de formação do ser humano, que deságua no indivíduo-pessoa resultante do nascimento com vida. Já os embriões derivados de uma fertilização artificial (extrauterina), dos quais tratam os dispositivos questionados da Lei de Biossegurança, não se inserem no âmbito de proteção legal que incrimina o aborto, visto que tal proteção abrange apenas um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. [...]

Assim, o nascituro não seria titular de um direito à vida, porquanto não é, ainda, pessoa, não havendo dimensão subjetiva do direito à vida no caso do nascituro. Entretanto, a vida deste deveria ser tutelada por conta da dimensão objetiva do respeito à vida humana em todas as suas fases.

Conforme ensina Sarlet (2017, p. 411):

De qualquer modo, mesmo que se parta do pressuposto de que a titularidade do direito à vida, na condição de um direito subjetivo, inicia apenas com o nascimento com vida, isso não significa ausência de proteção constitucional da vida antes do nascimento, visto que tal proteção poderá ocorrer no âmbito de uma proteção objetiva, por meio dos deveres de proteção estatais, solução que, de resto, tem sido também bastante prestigiada no âmbito da jurisprudência constitucional estrangeira, com destaque para a problemática da interrupção da gravidez e mesmo de outras formas de intervenção (e mesmo dignidade) humana.

Segundo Mendes e Branco (2017, p. 261-262):

A vida humana – como valor central do ordenamento jurídico e pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de ser a base material do próprio conceito de dignidade humana – impõe medidas radicais para a sua proteção. Não havendo outro meio eficiente para protegê-la, a providência de ultima ratio da tipificação penal se torna inescapável. Não havendo outra forma de se atender com eficácia a exigência de proteção ao direito à vida, ordenada aos poderes públicos, deverá o legislador lançar mão dos instrumentos do direito penal. Assim, nos casos em que a vida se vê mais suscetível de ser agredida, não será de surpreender que, para defendê-la, o Estado se valha de medidas que atingem a liberdade de outros direitos fundamentais. Justifica-se, então, que se incrimine o homicídio, mesmo que o próprio legislador contemple circunstâncias que devem ser consideradas com vistas a modular a aplicação da lei penal. Justifica-se, da mesma forma, que se incrimine o aborto, como medida indispensável para a proteção da vida intrauterina. A incriminação da conduta não apenas se presta para reprimir o comportamento contrário ao valor central da vida para o ordenamento jurídico, como, igualmente,

contribui para que se torne nítida a antijuridicidade do comportamento velado. A inequívoca e grave rejeição do aborto pela legislação penal deixa claro que terceiros não têm o poder de disposição sobre o ainda não nascido.

Assim sendo, percebe-se que, como forma de proteger a vida na sua forma mais vulnerável é que o Estado precisa dos institutos do direito penal, tanto para tentar evitar condutas que violem a vida do nascituro, quanto para evidenciar o caráter repreensível e imoral da conduta pela sociedade. A necessidade de respeito e proteção à vida humana deve ser o fim maior de todo ser humano, não apenas do Estado e suas instituições, até mesmo os defensores do aborto só podem fazê-lo porque vivem, o que parece ser, inclusive, um paradoxo!

Também não é preciso invocar argumentos religiosos para tanto, nessa linha, segundo Dworkin (2009, p. 63): “Numa cultura política que insiste nas justificações seculares de seu direito penal, o argumento autônomo de que o aborto prematuro é pecado porque qualquer aborto insulta e frustra o poder de Deus não pode contar como razão para tornar o aborto um crime” e que:

Assim como qualquer ordem religiosa pode legitimamente argumentar, mesmo em uma sociedade pluralista que separa a Igreja do estado, que os direitos das crianças, das minorias ou dos pobres não podem ser negligenciados, assim também se pode argumentar que os direitos das crianças não nascidas não podem ser sacrificados. Deus não precisa ser mencionado no argumento.

Percebe-se que o direito à vida tem destaque especial junto aos direitos fundamentais porque os demais direitos só serão possíveis se existir a vida humana. Não se trata de hierarquizar tal direito, mas de atribuir diferente valor e relevância que decorre da mais absoluta lógica. O direito à vida do nascituro deve ser preservado e protegido mesmo que não se atribua a este uma titularidade de direitos, mas em consequência da própria aceção objetiva do direito à vida, pois sem esta não há que se falar em direito algum.

Passar-se-á no próximo tópico à análise da colisão dos direitos até aqui expostos.

#### **4.2.4 A colisão dos direitos fundamentais no aborto em análise**

Dentre os direitos fundamentais que circundam o aborto, conforme apresentados neste trabalho, é evidente que se percebe que há sim uma importante colisão. Notadamente, o direito à vida do nascituro indo de encontro aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher que deseja abortar, que também são direitos de liberdade importantes, bem como direito à

privacidade, à intimidade e à privacidade de suas decisões. Mas seria possível uma harmonização?

Deve-se ressaltar que a vida, mesmo sendo um direito tão fundamental e importante para qualquer ser da espécie humana, ainda assim, não é absoluto para o ordenamento jurídico brasileiro. Tanto é assim que se admite a pena de morte em caso de guerra declarada e, também, admite-se que se mate o nascituro, mesmo estando este saudável e a vida da mãe não estar em risco como na hipótese de gravidez decorrente de estupro.

Percebe-se, dessa forma, que a colisão de direitos no aborto, por isso mesmo, é ainda mais polêmica, porque, embora invoque-se o valor sagrado e intrínseco da vida para respeitá-la e protegê-la na sua forma mais indefesa, este direito é negado, por exemplo, aos concebidos em situação de violência decorrente de estupro. Ou seja, o valor da vida destes fetos nada representa para o direito quando colidem com a dignidade da mulher estuprada.

Conforme visto no tópico “colisão de direitos fundamentais” deste trabalho, havendo colisão de direitos fundamentais, para se tentar solucionar a questão, primeiro esses direitos deverão ser individualizados. Deve-se buscar, também, a harmonização entre eles, sempre que possível. Assim não sendo, faz-se a ponderação entre os direitos, atribuindo-se pesos a cada um deles, o que acarretará o sacrifício de um e a prevalência do outro. Por fim, a próprio princípio da dignidade da pessoa humana poderá impor limites aos direitos em análise. (GARCIA, 2015)

Sobre a utilização da dignidade humana para invocar direitos fundamentais em situações de colisões de direitos, afirma Santos (2016, p. 285) que esse vem sendo utilizado para elevar outros direitos fundamentais em detrimento do direito à vida:

Não se questiona a existência de estreita conexão entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Todavia, tem sido objeto de discussão e polêmica as consequências que decorrem desta vinculação e o modo pela qual ela se manifesta. Isto porque o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto instrumento hermenêutico de interpretação de conflitos normativos, tem sido utilizado de modo a estabelecer uma preponderância de outros direitos fundamentais quando colidentes com o direito à vida. Um exemplo foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54, em que o referido princípio foi relacionado à liberdade e à autonomia da gestante, sem qualquer menção quanto ao estreito vínculo existente entre esta e a vida do concebido, portador de anomalia. (SANTOS, 2016, p. 285)

Ainda, sobre a ponderação de valores em caso de colisão de direitos, ensina Pussi (2012, p. 292 – 293) que: “a solução para tal conflito, advém da aplicação de outro princípio, ou seja, o Princípio da Proporcionalidade, que cumpre a relevante missão de funcionar como

critério de solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses dos envolvidos no caso concreto”. Assim, continua o autor:

Em existindo o conflito entre direitos amplamente tuteláveis, deverão estes interesses, postos em causa, ser pesados e ponderados, e seu resultado estabelecerá os limites de atuação das normas na verificação do interesse predominante, ou seja, diante dos interesses antagônicos, é aconselhável que se analise entre eventuais sacrifícios, qual será o de maior proporção. Deve-se, no caso, aplicar o princípio da proporcionalidade e optar pelo sacrifício menor. (PUSSI, 2012, p. 296)

Dessa forma, Pussi (2012, p. 298) afirma que: “ponderando-se que em tese sempre estará em jogo a vida e a saúde do nascituro, este direito deverá prevalecer face aos direitos da mulher grávida [...]”.

Isso porque, segundo Sarlet (2017, p. 415): “o exemplo do direito à vida, diversamente da generalidade dos direitos fundamentais, revela também que a assim chamada garantia do núcleo essencial poderá coincidir com o próprio conteúdo do direito, visto que qualquer intervenção no direito à vida implica a morte do seu titular”.

Ainda, ensina Sarlet (2017, p. 415-416) que: “No que se verifica substancial consenso é no sentido de que, embora não se trate de um direito absoluto propriamente dito, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais rigorosos e sujeitos a forte controle”.

Nesse sentido também afirmam Mendes e Branco (2017, p. 262), sobre ser impossível a harmonização, pois na ponderação de valores uma parte tudo perde e outra tudo ganha e a que perde, nesse caso, sacrifica-se com a própria existência:

A gravidez, certamente, pode levar a condições mais acentuadas de dor e de tensão para a mulher e para a sua família. O nascimento de um filho acarreta impactos inevitáveis sobre as forças financeiras e à estrutura emocional dos pais. Bens juridicamente relevantes podem contrapor-se à continuidade da gravidez. 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. Veja-se que a ponderação do direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio entre eles, mediante compensações proporcionais. Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio de interesses é impossível de ser obtido. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 262)

Reis (2012, p. 36) entende que o direito à autonomia da mulher deve ceder frente ao direito à vida do nascituro e que:

Inadmissível conceber que o nascituro seja apenas considerado como “amontoado de células”, desprovido de qualquer sentido na ordem jurídica, sendo, portanto, descartável sem qualquer consequência jurídica. Postar-se perante esta pseudoverdade e admiti-la como irrecusável, é desconhecer toda construção na direção da dignidade da pessoa humana. Significa, igualmente, desconhecer a nova onda de valores que toma conta da sociedade no terceiro milênio e que, certamente, definirá os novos rumos que consolidarão a ideia de respeito e consideração que devemos tributar às pessoas em quaisquer condições.

Já para Nascimento Filho (2013, p. 132), este autor entende que, em caso de conflito, os direitos da mulher devem prevalecer sobre os direitos do feto:

Na hipótese de conflito entre o direito à vida do feto e os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, ambos sob a proteção do art. 5º da Constituição Federal de 1988, deve-se fazer a devida ponderação entre os princípios, de modo que haja a prevalência dos direitos da mulher, consoante o direito interno e o sistema internacional de direitos humanos, cujos tratados foram ratificados pelo Estado brasileiro.

Segundo Santos (2016, p. 311): “Afirmar a liberdade para eliminar a vida da criança concebida, seria conferir primazia e especialidade aos direitos da mãe, negando à criança direitos humanos expressamente reconhecidos, e, ignorando o exercício da liberdade com responsabilidade. Além disso, seria autorizar que os pais possam discriminar os próprios filhos”.

Quanto aos argumentos que invocam direitos fundamentais como privacidade e intimidade da mulher em detrimento da vida do nascituro, em que o Estado ou a sociedade não deveriam interferir nesse âmbito pois particular, afirma Santos (2016, p. 313 – 314) que:

Contudo esta perspectiva de afirmação do direito de liberdade não se justifica porque matar um ser humano é cometer um crime, e um crime nunca pode ser uma opção a ser seguida, ainda que se trate de uma relação de âmbito particular. De outra forma, estaríamos negando a legitimidade da Lei Maria da Penha (Lei 1.340 de 2006), que disciplina a intervenção do Estado no âmbito das relações privadas e familiares para prevenir ou coibir a prática de crimes que, em regra, costumam ser cometidos contra as mulheres, em condições de vulnerabilidade e discriminação. Não é outra a situação do nascituro, quando sua vida é ameaçada ou até eliminada do âmbito da privacidade.

Santos (2016, p. 316-317) ainda aponta uma possível harmonização para o conflito vida do nascituro *versus* liberdade sexual e reprodutiva da mãe quando afirma que: “[...] reconhecemos que tanto a mulher quanto o nascituro possuem igual dignidade, e, por isso, devem ter seus direitos e interesses juridicamente protegidos. Este é o ponto conciliatório do aparente conflito. A mãe pode não ser obrigada a criar o seu filho, mas tem o dever de respeitar sua vida, tanto antes como após o seu nascimento”.

Diniz (2014, p. 51) entende que o direito à vida prevalece sobre qualquer outro direito: “A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante”.

Embora a Constituição Federal proteja a vida humana no art. 5º, não há consenso de quando a vida deve, efetivamente, começar a ser protegida, isso porque a própria legislação excepciona situações em que demonstra que esse não é um direito absoluto, basta que se lembre da permissão do aborto em caso de estupro. O ser que será morto nenhum delito cometeu, ainda assim, sua vida será sacrificada tendo em vista a colisão com os direitos da mulher estuprada. Sendo assim, por mais sagrada e intrínseca que a vida humana seja, nesses casos o valor dado a estes concebidos é nulo.

Percebe-se também que o Supremo Tribunal Federal vem buscando se posicionar a respeito do início da proteção da vida humana no Brasil conforme os dois grandes casos enfrentados na atualidade, da ADPF nº. 54 e da ADIn 3.510. Entretanto, ainda não houve posicionamento definitivo nesse tema. Ainda assim, menciona Sarlet (2017, p. 419):

Independentemente de qual venha a ser a posição adotada pelo STF, que ainda não se posicionou de modo conclusivo sobre o tema, entendemos ser difícil sustentar, no caso brasileiro, a existência de um direito fundamental ao aborto, o que, por sua vez, não significa que a prática do aborto deva (necessariamente!) ser sancionada na esfera criminal. Mesmo para quem entende que existe um direito ao aborto, é preciso considerar que, no plano da colisão da liberdade individual da mulher com outros direitos e/ou bens jurídico-constitucionais, notadamente a vida do nascituro, tal direito não se revela absoluto. Em qualquer caso, a descriminalização da interrupção da gravidez deverá guardar sintonia com os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive no que diz respeito a uma proibição de proteção insuficiente da vida humana, ainda mais quando a capacidade de autoproteção é insuficiente, de modo que a supressão da proteção pela via do direito penal deve ser compensada de algum modo (com alguma eficácia) por outros tipos de proteção, que tenham por escopo a redução tanto dos casos de interrupção da gravidez quanto de seus riscos colaterais, inclusive para as mulheres que decidem pelo aborto, tal como se deu na Alemanha e em Portugal.

Dessa forma, analisando a colisão de direitos no atual ordenamento jurídico brasileiro, resumidamente, tem-se que: nos casos de gravidez indesejada fruto de uma relação consentida e que, tanto a gestante quanto o nascituro estejam saudáveis, individualizando-se os direitos e ponderando-os percebe-se que o legislador optou pelo direito à vida do feto em detrimento da opção reprodutiva da gestante de não querer esse filho. Mesmo assim, a gestante ainda poderia, ao fim da gestação, optar legalmente por não querer o filho dando-o para a adoção.

No caso de colisão entre o direito à vida do nascituro e o direito à vida da gestante quando ambos em colisão, o atual ordenamento preferiu valorar a vida da gestante como mais importante em detrimento da vida do nascituro.

Já no caso do nascituro, mesmo tendo vida intrauterina, se este estiver acometido de doença genética como a anencefalia e esta vida intrauterina estiver em conflito com a dignidade da pessoa humana da gestante que quiser optar por interromper tal gestação, embora não seja hipótese admitida na legislação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que prevalece a dignidade humana da gestante em detrimento da vida do feto anencéfalo.

No caso entre a vida do nascituro concebido em situação de violência sexual como o estupro, a legislação preferiu a valorar a dignidade humana da gestante e seus direitos em detrimento da vida deste conceito que, neste caso, poderá ser legalmente sacrificada.

Os defensores de um direito fundamental ao aborto utilizam uma manipulação linguística mais confortável de encarar, qual seja, direito fundamental a “*interrupção voluntária da gravidez*”, por motivo de conveniência da gestante (autonomia da vontade, privacidade, intimidade), para se valer de seus direitos de liberdade (sexual, reprodutiva), tudo em nome da sua dignidade da pessoa humana. Na verdade, o mais verdadeiro seria afirmar, sem máscaras de linguagem, defesa de um “direito fundamental de matar o próprio filho”. (SANTOS, 2012)

Nessa toada, quando se defende que o Estado não interfira nessas questões e, ainda, que forneça, gratuitamente meios seguros para o abortamento (o que não é possível já que não existe aborto considerado seguro), impõe-se que o Estado não proteja a vida humana em todas as suas fases, o que abre um precedente terrível para a “banalização do mal” conforme já afirmou Hannah Arendt no livro “Eichmann em Jerusalém”. (MARMELESTEIN, 2016, p. 26)

Ainda, de todos os defensores do direito fundamental de abortar como espécie dos direitos fundamentais de liberdade (sexuais, reprodutivo, autonomia, dentre outros) percebe-se claramente que a defesa de direito é feita de modo a se excluir do debate o nascituro. Quando muito utilizando o argumento de que ele é “coisa”, “amontoado de células”, “desprovido de titularidade de direitos”, dentre outros. É a chamada “coisificação da vida humana”, um processo de “desumanização”, um passo perigoso para a humanidade e seus direitos humanos caso se avance nesse sentido. (DINIZ, 2014)

Reis (2012, p. 33-34) fala sobre a exclusão do nascituro dos debates sobre o aborto, chamando o inconveniente nascituro de “o outro”:

“o outro” é o concebido, um ser humano, [...], que agrega todas as qualidades de uma pessoa humana [...]. Não se pode olvidar que essa pessoa em estado de desenvolvimento possui uma dignidade, consistente, basicamente, no direito à vida. Ao negar-lhe esse direito, estaremos negando a nossa existência. Uma postura contraditória, que não se amolda à vocação do espaço conquistado pela pessoa humana no curso do árduo e doloroso processo de emancipação do ser humano no curso da história”.

O “outro” excluído do direito à vida, em virtude de sexo-matéria-irresponsável (contrário à prescrição constitucional inserta em seu art. 226, § 7º), poderia ter sido Einstein, Gandhi, Chopin, Martin Luther King, Madre Teresa de Calcutá – quem sabe? Quem poderá estabelecer, com absoluta precisão de que aquele “outro”, representado pelo corpo frágil e indefeso do nascituro, estaria destinado a um futuro glorioso para si e para a Humanidade? Quem deverá assumir a responsabilidade por essa grave decisão, oriunda da exclusão do ventre materno daquele que foi fruto de uma relação irresponsável, em benefício da saúde e dignidade da gestante (argumento falacioso adotado pela tese abortista) – como se a geração de um ser humano possa ser considerada indigna? A verdadeira dignidade do ser humano consiste no respeito à vida e na prática de atos que valorizem a pessoa em sua dimensão universal. Enquanto esses não forem exercitados em nosso ambiente social, continuaremos a ser reféns e vítimas de nossos destinos dolorosos e infelizes. Para contrapor-se a essa realidade, a dignidade foi eleita à condição de direitos da personalidade, objeto da mais ampla tutela da ordem jurídica.

Dessa forma, percebeu-se ser impossível ponderar quaisquer dos direitos fundamentais ante o direito à vida do nascituro, já que impossível uma solução que leve ao equilíbrio dos direitos em conflito, tendo em vista que para os demais direitos persistirem, sacrificar-se-ia a vida de um ser humano.

Melhor dizendo, impossível ponderar quando se percebe a insistência egoística dos defensores do direito fundamental ao aborto como única saída para todos os problemas da humanidade, de forma fechada. Porque, se a gestante, mesmo tendo sido vítima na relação sexual ou tendo sido irresponsável no exercício dos seus direitos de liberdade, levar a gestação a termo e, posteriormente, levar o bebê para adoção - já que existem tantos casais que não podem e gostariam de exercer a maternidade e a paternidade – todos os direitos poderiam sim, coexistir, sem que nenhum deles tivesse que ser sacrificado no seu núcleo essencial.

## 5 CONCLUSÃO

O aborto, conforme se pode perceber neste trabalho de conclusão de curso, é um tema que está longe de se chegar a um denominador comum. Acredita-se que sempre que dentre os direitos fundamentais em colisão estiver o direito à vida em jogo haverá posições muito divergentes, tanto dentre os doutrinadores, quanto entre os cientistas, assim como no seio da sociedade.

Em que pese, majoritariamente, a ciência já ter determinado com boa margem de certeza e segurança que a vida humana começa na concepção, que é a fertilização do espermatozóide (gameta masculino) no óvulo (gameta feminino), outros cientistas possuem teorias muito diversas nesse sentido.

E essa divergência quanto ao início da vida pelas ciências é o que leva os sistemas jurídicos ao longo do mundo a adotarem tratamentos diversos sobre o abortamento. Esses tratamentos jurídicos variam desde a permissibilidade total do aborto, em qualquer fase da gestação, por qualquer justificativa; outros adotam uma postura intermediária e, alguns a proibição total da prática. Ou seja, no mundo, varia de um extremo a outro.

Os seres humanos, de uma maneira em geral, têm a convicção de que toda a vida humana possui um valor intrínseco, de sagrado, de bem maior, mas, ainda assim, quando o que está em jogo não é a sua própria vida, as opiniões divergem. Pois, se perguntar a qualquer indivíduo sadio mentalmente se gostaria de morrer ou que alguém tomasse a decisão de interromper-lhe a vida no momento que achasse mais conveniente certamente a resposta seria negativa.

Tanto é assim que a maioria dos ordenamentos jurídicos em todo o mundo e também, tratados e documentos internacionais elegeram e positivaram o direito fundamental à vida como o de maior valor, maior peso para o ser humano, já que desse direito decorrem ou são possíveis a concretização dos demais direitos. Inclusive o primado da dignidade humana também só é possível se existir vida.

Sem o respeito ao direito à vida humana e, conseqüente, sem a vida humana perde-se o núcleo básico do próprio direito. Extingue-se o que seria o centro e o fim maior de todo e qualquer ordenamento jurídico – o ser da espécie humana.

Assim, também o ordenamento jurídico brasileiro elegeram a vida como direito fundamental na Constituição sendo cláusula pétrea. Além disso, protege a vida em diversos diplomas normativos, como Tratados Internacionais, Código Penal, Código Civil dentre outros. Junto com o direito à vida, está positivada no Brasil uma gama de direitos

fundamentais como integridade física, liberdade, propriedade, segurança, ou seja, diversos direitos civis e políticos.

Verificou-se que o que fundamenta, norteia e valida a maior parte dos direitos fundamentais e todo o ordenamento jurídico é o princípio da dignidade humana. Esse princípio abarca que não basta apenas estar vivo, mas que é preciso assegurar outros direitos que confirmam ao indivíduo uma existência digna. Esse princípio também auxilia o operador do direito na solução de colisão de conflitos de direitos fundamentais.

Quanto ao dever de proteger e respeitar a vida humana, percebeu-se que é um comando que vale tanto para o próprio Estado quanto para os particulares. Todos têm o dever de respeitar e proteger a vida humana e, no íntimo, todos sabem disso. Mas quando uma vida humana entrar em conflito com outros interesses de alguém, como em uma gestação indesejada?

É aí que começam as colisões de direitos fundamentais. Porque inegável que as mulheres têm sim os seus direitos. Direitos que ainda estão sendo batalhados ao longo de décadas, para não dizer desde o início dos tempos mas que, somente nos últimos anos, vem ganhando corpo nos ordenamentos jurídicos dos países.

As mulheres têm sim direito à intimidade, à privacidade, à autonomia da vontade, à liberdade sexual e reprodutiva, não há conflito aqui! Mas esse direito deve ser exercido com responsabilidade em todos os seus aspectos. A vida humana não pode e não deve ser banalizada, coisificada; deve ser respeitada, valorizada, defendida, tutelada por todos.

Também não se pode excluir como se nenhum direito tivesse a figura paterna. É fato que, como se sabe, muitas vezes é justamente esse ser humano o primeiro a fugir de suas responsabilidades, mas não é possível generalizar. Há muitos e muitos homens que gostariam de exercer a paternidade, nem que sozinhos, caso a mulher não deseje a criança.

Por mais que a Constituição Federal tenha eleito o direito à vida como direito fundamental e a maioria dos doutrinadores concordar que é o bem maior que o ser humano possui, ainda assim, esse direito não é absoluto. Tanto é assim que a vida do nascituro concebido em caso de violência sexual nada vale por aqui, já que ele, tão vítima quanto a gestante, só que mais indefeso, pode ser morto “legalmente”.

Além de outras hipóteses que demonstram a relatividade do direito à vida, conforme visto, em que, estando em colisão vida da gestante versus vida do feto, pondera-se mais a vida da mãe; vida do feto anencefálico *versus* dignidade da mãe, pondera-se mais a dignidade materna.

Dessa forma, verificou-se neste trabalho os diversos direitos fundamentais existentes no abortamento de um ser humano em desenvolvimento intrauterino. Ademais, verificou-se situações de colisão entre esses direitos.

Independentemente das mais conflitantes opiniões sobre o tema, urge que se tenha em mente que o ser humano é o centro e o fim de toda e qualquer ordem jurídica. E que esse ser humano tem direito à dignidade e não há ser humano e nem dignidade se não houver vida!

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alberto e MACHADO, Gustavo. **Respeito à criança, cidadania desde a concepção**. Fortaleza: Premium, 2015
- ANDRADE, Elídia Aparecida de; CONRADO, Marcelo. **O embrião e seus direitos**. Biodireito e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012.
- BBC News. **Homens têm direito a decidir sobre o aborto?** Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39091916>>. Acesso em 03 out. 2017.
- BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2: Dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus no. 124.306** – RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, DF, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 08 abr. 2017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direitos Constitucionais e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2013.
- CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI nº. 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4153, 14 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33465>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana: Diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2012. 336 p.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.
- EÇA, Antonio José. **O Aborto**. Martins, Ives Gandra da Silva (coordenação). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9<sup>a</sup>. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2015. 474 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial Vol. II – Arts. 121 a 154 do Código Penal**. Niterói: Impetus, 2012.

JOSÉ, Frediano; TEODORO, Momesso. **Aborto eugênico: Delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2012. 256 p.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em colisão**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. 240 p.

MACHADO, Cristiane Salvan et al. **Trabalhos acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica**. Palhoça: Ed. Unisul, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal II: Parte Especial Arts. 121 a 234 do CP**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTANO, Pedro. **In Dubio pro Vita**. Martins, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO FILHO, João Batista do. **A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: Um olhar sobre a descriminalização do aborto.** Curitiba: Juruá, 2013. 156 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião: Uma leitura a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Curitiba: Juruá, 2012. 206 p.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição.** Curitiba: Juruá, 2016. 448 p.

PUSSE, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 448 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. **A dignidade do nascituro.** Biodireito e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Lília Nunes dos. **Aborto: A atual discussão sobre a descriminalização do aborto no contexto de efetivação dos direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2016. 372 p.

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

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** - 23<sup>a</sup>. ed. rev. e atual.- São Paulo: Cortez, 2007.

SILVEIRA, Néri da. **Parecer.** Martins, Ives Gandra da Silva (coordenação). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

SUTTER, Rafael. **A inviolabilidade do direito à vida.** São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 128 p.

**Vade Mecum Constitucional e Humanos.** Flavia Bahia. -10<sup>a</sup>. ed. rev., ampl. e atual.- Recife: Armador, 2017

VARI, Massimo. **O Direito de Nascer.** Martins, Ives Gandra da Silva (coordenação). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.