

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA**

Francielle Messias Camore

Presidente Prudente

2015

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA**

Francielle Messias Camore

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP

2015

## RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
a obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Antenor Ferreira Pavarina  
Orientador

---

XXXXXXXXXX  
Examinador

---

XXXXXXXXXXXXXX  
Examinador

Presidente Prudente, 23 de outubro de 2015.

## ANTES DE TUDO O SER HUMANO

*“Não viva nesta terra como um estranho ou como um turista na natureza.*

*Viva neste mundo como na casa do seu pai: creia no trigo, na terra, no mar, mas antes de tudo creia no ser humano.*

*Ame as nuvens, os carros, os livros, mas antes de tudo ame o ser humano.*

*Sinta a tristeza do ramo que seca, do astro que se apaga, do animal ferido que agoniza, mas antes de tudo sinta a tristeza e a dor do ser humano.*

*Que lhe dêem alegria todos os bens da terra: a sombra e a luz que lhe dêem alegria, as quatro estações lhe dêem alegria, mas sobretudo, a mãos cheias, lhe dê alegria o ser humano!”*

Nazim Hikmet

Dedico este trabalho a Deus,  
razão da vida e da fé

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me capacitado, dando discernimento e paz mental para que este trabalho pudesse ser realizado.

Agradeço especialmente aos meus pais, e as minhas irmãs, que estiveram presentes em todas as etapas deste trabalho, tornando possível a realização deste sonho.

Agradeço aos meus avós, tias, tios e primos, que sempre me apoiaram e compartilharam momentos especiais e importantes da minha vida.

Agradeço também ao meu namorado, que esteve presente mesmo quando me fiz ausente, me apoiando com paciência, carinho e dedicação.

Aos meus amigos e amigas, que estiveram presentes nessa árdua caminhada, por toda a ajuda, compreensão e respeito.

Aos meus queridos mestres, que no decorrer de cinco anos, colaboraram com uma imensa gama de conhecimentos.

A meu orientador, que depositou confiança e contribui para a boa execução deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho avalia as formas de relativização do direito à vida. A Constituição Federal de 1988 estabelece que o direito à vida é considerado um direito fundamental. Porém, conforme veremos a seguir existem situações que demandam um olhar diferente, o direito à vida é absoluto em toda e qualquer circunstância? Como veremos, existem limitações a esse direito; devendo ser mitigado em casos excepcionais. Citaremos casos como o aborto, que é considerado crime no Código Penal Brasileiro, porém, em algumas situações, o aborto é permitido, não se submetendo as leis penais; veremos também os casos de anencefalia – sobre esse assunto ainda existem divergências e posicionamentos diversos – o aborto do feto anencéfalo é legal? Nessa situação estaremos lidando com direitos conflitantes, de um lado teremos o direito à vida do feto, ainda que precária e, de outro lado, estaremos lidando com a saúde física e psíquica da gestante que irá gerar o feto por nove meses. Tentaremos explicitar soluções que sejam importantes para ambos os lados. O presente artigo, por fim, tentou demonstrar que o direito à vida não é absoluto, devendo ser mitigado em situações excepcionais, tendo em vista, outros problemas existentes atualmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito a vida. Pena de morte. Aborto. Interrupção da gravidez. Anencefalia. Eutanásia.

## **ABSTRACT**

This study evaluates the forms of relativism right to life. The Federal Constitution of 1988 establishes that the right to life is considered a fundamental right. However, as we will see below there are situations that require a different look, the right to life is absolute in all circumstances? As we shall see, there are limitations to this right; should be mitigated in exceptional cases. We will cite cases such as abortion, which is considered a crime in Brazilian penal code, however, in some situations, abortion is permitted, not submitting the penal law; we will also see cases of anencephaly - on this subject there are still disagreements and different positions - abortion of anencephalic fetus is legal? In this situation we are dealing with conflicting rights on the one hand we have the right to life of the fetus, although precarious and, on the other hand, we are dealing with the physical and mental health of the pregnant woman that will generate the fetus for nine months. We try to explain solutions that are important to both sides. This article finally tried to demonstrate that the right to life is not absolute and must be mitigated in exceptional situations, with a view, some currently existing problems.

**KEYWORDS:** Right to life. Death penalty. Abortion. Termination of pregnancy. Anencephaly. Euthanasia.

## **SUMÁRIO**

# 1 INTRODUÇÃO

09

## 2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

11

2.1 Dignidade humana e a Constituição Federal de 1988.....

14

2.2 Dignidade humana do feto e do anencéfalo

15

## 3 O INÍCIO DA VIDA

17

3.1 Teoria Concecionista

17

3.2 Teoria Natalista

18

3.3 Teoria da Viabilidade

19

3.4 Teoria da Nidação

19

## 4 DIREITO A VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

22

4.1 Direito à Vida no Ordenamento Infraconstitucional

.....  
26

## **5 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA**

.....  
**29**

5.1 Aborto e sua  
Criminalização

.....  
30

5.1.1 Aborto  
Necessário

.....  
33

5.1.2 Aborto  
Humanitário

.....  
35

5.1.3  
Anencefalia

.....  
36

## **6 O FIM DA VIDA**

.....  
40

**7**

## **CONCLUSÃO**

.....  
42

## **REFERÊNCIAS**

## **BIBLIOGRÁFICAS**

.....  
44

## **ANEXO**

.....  
47

## 1- INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 5º estabelece uma série de direitos e garantias aos cidadãos, conhecidos como direitos fundamentais. Dentre eles podemos destacar o direito à vida, a liberdade de expressão e crença, à intimidade e privacidade, devendo todos ser respeitados.

No termo bioético, lançamos que é um neologismo oriundo da ética, que traz os conhecimentos biológicos com os estudos dos preceitos de valores humanos.

Vanessa Cruz Santos (2013, s.p), define bioética como:

**Bioética:** A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética as novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas técnicas biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, as formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias genicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, a maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, a esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de agentes patogênicos, etc; como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas.

Como se percebe, os avanços alcançados pelo desenvolvimento tecnológico são muito rápidos e perceptíveis, surgindo com o tempo de forma mais rápida que o próprio direito, fazendo assim com que apareçam problemas para os ramos do direito que ainda não tem normas para todos os tipos de situações médicas existentes atualmente, vê-se que a legislação apresenta lacunas no que diz respeito a esses avanços.

Tem-se em mente, que o direito não consegue seguir as evoluções científicas na mesma velocidade, ele marcha quase que imperceptivelmente, se confrontado com os avanços das celeridades científicas. Como se regular os casos de transexualidade, as formas de eutanásia e distanásia, por exemplo?

O direito à vida, como já mencionado, é considerado um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Porém, esse direito é absoluto? Existem formas de relativização?

O Código Penal já permite em algumas situações o aborto. Como regra, aborto é considerado tipo penal, porém, em certas circunstâncias, previstas expressamente no Código Penal, o aborto é permitido. Nesse sentido, observamos que o direito à vida não é absoluto.

Existem também os casos de anencefalia; o tema ainda é polêmico, existindo jurisprudências diversas em relação ao assunto. Até onde o direito à vida do feto deve ser preservado? A criança nascerá viva e, ainda que tenha tempo de vida precário, é considerado ser humano. De outro lado, até onde a saúde física e mental da gestante será sopesada? Esse tema ainda é polêmico nos dias atuais, com posicionamentos diferentes.

Conforme veremos, o direito à vida é relativizado em muitos casos, e ainda que a medicina solucione muitos problemas atuais, necessário o estudo jurídico que estabeleça regras para essas situações de relativização.

## 2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Direito é toda e qualquer disciplina da vida em sociedade. O Estado disciplina a vida em sociedade através das normas jurídicas, e quando se refere a norma jurídica não se refere à lei, pois norma é o resultado obtido a partir da interpretação de um texto. Norma é gênero do qual são espécies os Princípios, as regras e os postulados normativos.

Conforme preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo, sendo considerado um dos princípios mais respeitados por atingir outros direitos previstos no mesmo texto legal.

A Constituição Federal assim estabelece:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrática de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Observe-se o acréscimo à normal feito pelo doutrinador Crettela Júnior (2001, p. 132):

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem descriminalização de cor, sexo, religião, convicção política, ou filosófica, tem direito a ser tratado, pelos semelhantes, como “pessoa humana”, fundando-se o atual Estado de Direito, em vários atributos, entre os quais se inclua dignidade do homem, relido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra este apanágio do homem.

Corroborando esse entendimento, Pena Júnior (2008, p. 384)

diz:

Este princípio constitucional superior aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidas na Constituição Federal desde o direito a vida, passando pelo direito a liberdade, até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins.

Segundo entendimento deste doutrinador, a dignidade da pessoa humana é considerada o direito primordial do ser humano, inicia-se com seu direito ao nascimento, chegando até sua realização de felicidade plena.

O termo dignidade engloba inúmeros significados pela doutrina e, apesar de tantas definições, é um termo vago e impreciso, que necessita de diversos tipos de interpretação.

Segundo Sarlet (2007, p. 87) “dignidade enquanto qualidade intrínseca de todo ser humano e inerente a ele se traduz primordialmente na capacidade de decidir livre e racionalmente qualquer modelo de conduta, com a conseqüente exigência de respeito por parte dos demais. O princípio da dignidade da pessoa humana se preocupada com a defesa da vida digna onde o ser humano nunca seja tratado como meio ou coisa, sendo este um princípio constitucional de ordem jurídica constitucional brasileira. Assim como nos ensina presente em cada pessoa, em sua essência mesma, esta dignidade é reconhecida como incomparável, inviolável e inalienável”.

A dignidade é o que diferencia o ser humano dos demais seres da natureza, ou seja, é um atributo que o ser humano possui. Enquanto as coisas tem um preço, o ser humano tem dignidade, e esta impede que as pessoas sejam tratadas como um objeto, instrumento ou meio. O ser humano sempre deve ser tratado como um fim em si mesmo.

Essa fórmula foi construída por Kant em seu livro *Fundamentação da metafísica dos costumes* e outros escritos e ficou conhecida na Europa como fórmula do objeto, exatamente por impedir o tratamento do ser humano como instrumento.

Segundo Immanuel Kant (2005, p.33):

A própria legislação, que determina todos os valores, deve ter, justamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicionado, incomparável, para o qual só o termo respeito fornece a expressão conveniente da estima que todo ser racional lhe deve tributar. A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional.

O legislador constitucional, neste princípio, se preocupa com a defesa pela vida digna, não podendo o ser humano ser tratado como coisa ou meio de forma alguma, portanto, considerado um dos princípios mais fundamentais da constituição brasileira.

Nas palavras de Sarlet (2007, p. 42):

A dignidade nada mais é que uma qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, pois é um elemento que qualifica o ser humano, não pode ser destacada, não podendo se cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão que lhe seja concedida à dignidade.

Desta forma a dignidade está compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, podendo e devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada, pois existe em cada ser humano sendo um valor absoluto. (SARLET, 2007, p. 42)

A doutrinadora Flávia Piovesan ainda preceitua (2008, p. 30):

É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim a dignidade como verdadeiro superprincípio, a orientar [...] o direito interno.

Nesse espeque, podemos concluir que a dignidade apresenta grande ligação com o direito a viver e, viver não apenas no sentido de sobreviver, mas no sentido de viver com dignidade, ou seja, viver e morrer dentro dos ditames que a lei estabelece.

## **2.1. A constitucional de 1988 e a dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana e a vida são direitos protegidos pela Constituição Federal de 1988. Antes mesmo de serem positivados, já eram considerados direitos inerentes ao ser humano, pertencente a cada indivíduo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos já faz alusão a referidos direitos.

O doutrinador Martins ensina que (2003, p. 47):

[...] a primeira Constituição brasileira a tratar do princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi a de 1988, apresentando este princípio como fundamento da república e do estado democrático de direito. Vale ressaltar que referido princípio foi adicionado a esta Constituição por influência das constituições alemã, espanhola e portuguesa.

Todavia, pode-se encontrar a primeira referência ao tema da Dignidade da Pessoa Humana na constituição de 1934, de modo incipiente e em outro contexto, onde apresentava a necessidade de que a ordem econômica fosse organizada para possibilitar a existência digna. (MARTINS, 2003, p. 47)

Seguindo este raciocínio, Ingo Salrt ensina (SARLET, 2007, p. 64):

Sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positiva, da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento de nosso estado democrático de direito (art. 1, inciso II, da constituição de 1988). Registra-se que a Dignidade da Pessoa Humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos da nossa lei fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, caput), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da paternidade responsável (art. 226), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). (...) a dignidade da pessoa, e nesta quadra, a própria pessoa humana, mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.

É notável a preocupação da Constituição em assegurar que a Dignidade da Pessoa Humana seja respeitada em todas as suas formas, eis que a justiça social decorre de valores da dignidade e do bem estar da pessoa humana. (PIOVESAN, 2008, p. 32)

Conclui-se que a Constituição, antes mesmo de positivizar o direito à vida e a dignidade, já a mencionava de forma direta ou indireta, harmonizando condições mínimas, para que todos os seres humanos possam viver com dignidade.

## **2.2. Dignidade humana do feto e do anencéfalo**

Inicialmente, importante mencionar o que leciona o artigo 2º do Código Civil:

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

Dessa forma, observando o que assevera referido artigo, podemos concluir que o nascituro, antes mesmo do seu nascimento, tem seus direitos resguardados, sendo considerado um ser humano com dignidade.

Além do Código Civil, o Código Penal visa proteger a vida do nascituro, punindo aquele que comete, permite ou instiga o aborto.

Segundo Pereira (2004, p. 147):

[...] a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro consiste no reconhecimento de que a este devem ser proporcionados todos meios idôneos e necessários para seu desenvolvimento com todas as suas potencialidades. Não basta, portanto, garantir a vida do feto, deve-se, pois, conceder ao mesmo o direito de sobreviver em condições de plena dignidade.

Evidente que o nascituro possui direitos e, sendo portador de personalidade jurídica, tem seus direitos garantidos constitucionalmente, principalmente direito à vida e dignidade.

### **3. O INÍCIO DA VIDA**

Para que possamos melhor aprofundar o presente trabalho, devemos saber em qual momento a vida se inicia, a partir desse momento, o aborto será considerado crime. Necessário fazer essa análise, tendo em vista que existem inúmeras teorias que tentam explicar o verdadeiro início da vida humana e, conseqüentemente, sua proteção perante o ordenamento jurídico. Estudaremos a Teoria concepcionista, natalista, da viabilidade e, por fim, a teoria da nidacão.

#### **3.1. Teoria concepcionista**

A teoria concepcionista leva em consideração o momento da concepção. A partir deste momento o embrião pode ser reconhecido como sujeito. Damásio E. de Jesus (2009, p. 13) adepto da teoria concepcionista, defende a seguinte ideia: “o legislador protege a pessoa humana desde a sua formação. Assim, a tutela penal ocorre mesmo antes do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto”.

Sustenta não ser relevante o estágio de desenvolvimento do feto para a prática do aborto, pois a proteção legal se dá desde a concepção até o início do parto, leva em conta a inexistência de distinção trazida pela lei entre óvulo fecundado, embrião ou feto. (JESUS, 2009, p. 22)

Segundo os ensinamentos de Jussara Maria Leal de Meireles (2000, p. 91):

[...] admite o ser embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (salvo os óbvios atributos de tamanho e função).

Diante de tais argumentos, importante ressaltar que a legislação brasileira, no Código Civil, artigo 2º, adota referida teoria, assim dizendo:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ademais Silmara J. Chinellato assim leciona (2008, p. 08):

Considerando a não-taxatividade do art. 2º, a previsão expressa de direitos e status ao nascituro, bem como conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade jurídica condicional, pois os direitos patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, e, antes, a eles visam [...].

E. Magalhães Noronha defende que sob o ponto de vista médico, gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fases, sob o aspecto jurídico ela vai desde a fecundação até o início do parto (2003, p.55).

Assim, segundo esta teoria, o embrião passa a ser considerado sujeito com direitos (inclusive à vida) a partir do momento que ocorre a concepção.

### **3.2. Teoria natalista**

Segundo Daniel Candido (2011, p. 14): “a teoria natalista entende que o nascituro é visto como mera expectativa de pessoa e, somente será considerado como tal após o nascimento com vida. Contudo,

seus direitos são resguardados desde a concepção, por se tratar de uma pessoa em potencial”

Pablo Stolze Gagliano assim leciona (2005, p. 91):

Ora, adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito.

Essa teoria entende que não nascituro não tem uma vida autônoma, pois depende exclusivamente da mãe para crescer e se desenvolver. Segundo as lições de Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 42):

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mais uma parte das vísceras maternas. No entanto, com esperança que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe uma proteção particular, reservando-lhe os seus direitos e fazendo reatragir a sua existência, se nascer ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não se aproveita a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Dessa forma, segundo essa teoria, o nascituro, mesmo sendo apenas uma expectativa de direito, tem seus direitos resguardados e, com o seu nascimento, são passados a ele desde a sua concepção. Porém, o delito do aborto aqui é justificado, uma vez que a lei tenta proteger aquele que esta prestes a nascer com vida.

### **3.3. Teoria da viabilidade**

A teoria da viabilidade entende que o ente concebido será sujeito apenas se atingir amadurecimento a ponto de conseguir viver fora do útero. Este critério é dotado de tamanha imprecisão, pois não é possível antever como o feto irá se desenvolver fora do útero, além do que cada um possui características peculiares (MEIRELLES, 2000, p.130-131).

### 3.4. Teoria da nidação

A teoria da nidação é a teoria utilizada pela medicina, segundo o qual, a nidação é a implantação do embrião no útero. Conforme grandes ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 63):

Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais [...] forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra uterinos que atuam após a fecundação.

Entende-se ser esta a teoria melhor aplicada ao Brasil. O uso de pílulas anticoncepcionais, entre outros meios protetivos (como por exemplo, a pílula do dia seguinte) faz com que a fecundação possa ter interrompida, dessa forma, se fosse reconhecida esta teoria, estaríamos diante de um número exorbitante de abortos, devendo ser proibido o uso de tais métodos.

Segundo o doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 120):

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, pelo prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a fixação no útero materno (nidação).

Compartilhando deste mesmo pensamento, Rogério Grecco (2009, p. 240) assim leciona:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por

intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, no que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre após 14 dias após a fecundação.

Portanto, tendo em vista os inúmeros métodos contraceptivos, a partir do momento que ocorre a nidação, a tutela penal se aplica ao feto.

#### 4. DIREITO A VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à vida é assegurado pelo artigo 5º, caput da Constituição Federal. Inicialmente deve-se ter em mente que a vida assegurada no artigo 5º do caput é a vida humana e quando se fala deste direito é importante salientar que não se trata somente do direito de sobreviver, e sim do direito a uma existência digna, ou seja, gozar de uma vida com dignidade.

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 87):

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana* respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Este direito além do artigo 5º, caput, está previsto também no artigo 1º, inciso III, que diz que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e que fica também reforçado no artigo 170 da Constituição que nos mostra que a ordem econômica e financeira é destinada a assegurar uma existência digna a todos os indivíduos.

Inviolabilidade e irrenunciabilidade são palavras que são confundidas por alguns doutrinadores, e isso não é correto, pois estas palavras possuem significados diferentes.

A Inviolabilidade do direito a vida protege a vida do cidadão contra atos de terceiros. Já a irrenunciabilidade não está prevista no texto constitucional, mas é uma característica que todos os direitos fundamentais possuem, ou seja, os direitos fundamentais não aceitam renúncia. Não se pode abrir mão definitivamente destes direitos, assim, este acaba protegendo o direito a vida contra o próprio titular dessa prerrogativa.

Porém, conforme veremos em tópicos adiante, nenhum direito pode ser considerado absoluto. Apesar de estar previsto expressamente na Constituição Federal, em algum momento o direito à vida estará diante de violações, isso acontece para que o direito seja aplicado corretamente.

As lições de Martins (2003, p. 199-200) caminham nessa ideia:

A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação, pois, são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjunção com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente.

Dessa forma, reconhece-se que o direito à vida não pode ser considerado isoladamente, o direito à vida está intimamente ligado à dignidade da pessoa. Não se pode admitir que alguém viva sem gozar da plena dignidade, esses direitos se interligam diretamente.

Os tribunais tem entendido que o Direito à vida é um direito pré-existente e que se sobrepõe aos demais. Porém, esta pode ser uma visão um pouco preconceituosa, afinal não existe nenhum lugar que diz que o direito a vida deve ser considerado superior aos demais, não se pode estabelecer hierarquias entre eles.

Além disso, importante esclarecer que além do direito de viver com dignidade, o direito à vida, o direito de estar vivo é o maior e mais valioso de todos os direitos. Não conseguiríamos gozar de outros direitos –

direito à liberdade, igualdade, segurança, propriedade – se o direito à vida não estivesse presente. Todos os demais direitos dependem de alguma coisa: a vida.

Tereza Rodrigues Vieira (1999, p. 67) assim leciona:

[...] afloram-nos ainda algumas outras questões, v.g., de que adianta possuir direitos na teoria sem deles usufruir na prática? De que serve o direito de ir e vir se os meios de transportes impedem o seu exercício? De que serve o reconhecimento do direito à vida, do direito à saúde, se os hospitais não estão aparelhados adequadamente e não dispõem de pessoal capacitado? Em assim sendo, apesar de implicitamente já possuírem seus direitos assegurados, favorecemos o estabelecimento de regras próprias que permitam a aplicação efetiva da igualdade entre os cidadãos [...]

Simplemente garantir o direito à vida não é suficiente, pois este não pode ser interpretado isoladamente, com esse direito – vida – outros direitos nascem e devem ser estendidos.

José Afonso da Silva (2005, p. 198) ensina que:

[...] A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir si mesmo e um tomar posição de si mesmo”. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...]

Nas palavras do doutrinador Busato (2003, p. 50):

Não se resume o direito à vida, no mero direito à sobrevivência física. Lembrando que nosso País tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, esta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual, quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).

Não existem dúvidas de que o direito à vida é mais importante direito previsto na Constituição Federal, não podendo ser violado nem pelo

próprio possuir do direito e, muito menos, pela pessoa que fez gerar a vida dentro de si. Porém, conforme vimos, não pode ser interpretado isoladamente, o direito à vida para que possa garantir a vida com dignidade, necessita que outros direitos também sejam assegurados.

Entretanto, conforme vimos no capítulo anterior, para que possamos dar plena efetividade no direito à vida, necessário estabelecer em que momento ela se inicia. Dessa forma, a definição do início da vida se faz imprescindível.

Nas palavras de Ney Lobato Rodrigues (2003, p. 418-419):

A vida é um valor supremo, mas existem determinadas situações que devem ser relevadas (tal qual dá-se com qualquer direito). Observa-se que, em virtude das grandes descobertas científicas da biotecnologia, é preciso redefinir quando se inicia a vida e termina a vida e, também, a definição do que é viver.

Importante que a vida do nascituro seja resguardada, mas para isso, necessário que se determine em qual momento existe uma vida. Em atenção às teorias já mencionadas, ao se posicionar-se em relação a uma, a partir deste momento, a vida se inicia. Além disso, conforme vimos nesse capítulo, não basta que apenas o direito à vida do nascituro seja resguardado, o direito à liberdade da mãe, por exemplo, deve ser levado em consideração, como nos casos de estupro. O direito à vida deve ser resguardado, mas outros direitos também devem ser considerados conjuntamente.

Existem também os casos daqueles nascituros que nascerão mortos ou, mesmo que nasçam com vida, morreriam logo em seguida ou viveriam em situação vegetativa, nesses casos, obrigar a gestante a gerar a criança, feriria diretamente o princípio constitucional da liberdade.

Segundo o entendimento de Orlandi (2006, p. 37):

[...] assume o Estado, através do princípio constitucional do direito à vida, a responsabilidade de criação e de acompanhamento de seres que venham a possuir vida, ainda que em estado vegetativo, ou de dependência. Enquanto, aqueles que não possuem esta mesma perspectiva, não estarão sobre qualquer amparo Estatal, pois também não estariam sob tutela deste, e face de outro princípio constitucional, ou seja, o princípio da liberdade, também garantido na carta magna. Desta forma, podemos verificar, que não menos importante do que o direito à vida está o direito à liberdade, onde ambos se completam e possibilitam a argumentação em torno do aborto por anomalia fetal inviável, já que neste caso o feto não possui perspectiva de vida, preponderando, desta forma, o direito à liberdade da gestante em interromper ou não a gravidez.

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que o direito à vida está intimamente ligado com outros direitos, que também estão previstos na Constituição Federal. Apesar de a vida ser o maior bem supremo do ser humano, sem outros direitos (liberdade, segurança, propriedade) ele não seria completo.

#### **4.1. Direito à vida no ordenamento infraconstitucional**

Estudaremos agora o direito à vida no ordenamento infraconstitucional, abrangendo o Código Civil, Estatuto da criança e adolescente e o Código Penal.

Segundo o artigo 4º do Código Civil: *“a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*.

Nas palavras do doutrinador Nelson Godoy (1996, p. 57):

[...] a maior resistência dos civilistas em reconhecer o nascituro como sujeito de direitos desde a concepção é devido ao fato de que isso implica na ordem sucessória. Pode-se notar que entre os doutrinadores discute-se muito o direito à herança do nascituro que, apesar de a genitora ou tutor (no caso de incapacidade desta), poder usufruir da herança antes do nascimento, não terá mais direito algum sobre tal herança se o conceito nascer sem vida. A preocupação com o patrimônio, com os bens materiais o indivíduo, toma proporções tão grandes, que se chega a negar a existência do ser humano enquanto esse não nasce, ou se nasce sem vida.

Estudamos anteriormente as teorias que tratam do início da vida e percebemos que a teoria da nidação seria a melhor aplicada no direito brasileiro. Dessa forma, entendemos que o código civil protege aquele que nasce com vida, porém, *“põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”*.

Com isso, a condição “nascer com vida” faz com o nascituro possa gozar com plenitude daqueles direitos já assegurados enquanto feto. Com o estudo do artigo 4º do Código Civil, torna ainda mais claro e coerente a teoria da nidação.

Sabendo que o código civil prevê normas que protegem a vida do nascituro, estudaremos agora o direito à vida no ramo do estatuto da criança e do adolescente.

Segundo Tânia da Silva (1996, p. 127):

O estatuto da Criança e do Adolescente refere-se ao direito à vida como prioridade absoluta e determina a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência (art. 7º). Específica, ainda, no art. 3º, que lhes serão asseguradas oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Quis o legislador estatutário, portanto, mais que a garantia do direito de “vir ao mundo”, atribuindo à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao Poder Público responsabilidade pelo crescimento e desenvolvimento da população infanto-juvenil (art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto).

O Estatuto se preocupou em proteger não só a criança e o adolescente, mas também aquele que está prestes a nascer. Ou seja, se preocupa também com o nascituro, para que este tenha um nascimento digno, dentro daquilo que é necessário.

Confirmando esse entendimento, temos o artigo 8º do Estatuto:

Art. 8º. É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde o atendimento pré e perinatal.

§1º. A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§2º. A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§3º. Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Segundo José Farias Tavares (1995, p. 17) “o estatuto visa proteger a criança antes mesmo do seu nascimento, tendo em vista o tratamento adequado da matriz de sua existência, em estágio pré e perinatal”.

O nascituro, antes mesmo do seu nascimento com vida, durante a sua concepção, já é assegurado por diversos direitos, previstos no Estatuto. Algumas normas não são diretamente aplicadas ao próprio nascituro, mas à gestante, para que ela possa ter uma gravidez sadia e tranquila, fazendo com o nascituro tenha seus direitos assegurados.

Por fim, temos o direito à vida protegida no Código Penal, que conforme veremos com mais detalhes nos próximos tópicos, pune aquele que comete contra a vida de outrem. No Código Penal, a proteção da vida se encontra na parte especial: “Dos crimes contra a pessoa”.

## **5. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA**

A vida, direito protegido constitucionalmente, que com o transcorrer dos anos recebeu muitos conceitos, significados e interpretações. Tentaremos explicar sobre a vida do ser humano, seu início e término, bem como as hipóteses legais em que “tirar a vida” de outrem não é punido perante o Código Penal Brasileiro.

Segundo Paulo Lúcio Nogueira (1995, p. 24):

A vida aponta para sua derivação do grego *bios* ou da origem latina *vita*. Ao que parece, a locução foi disseminada na antiguidade pelos povos da Europa Ocidental, usando-se para identificar aquilo que possuía movimento, hoje em dia, o termo apresenta uma grande riqueza significativa, é utilizado em diversos sentidos, todos eles de imensa validez e utilidade, em dependência do âmbito de trabalho do pesquisador ou intérprete.

Conforme já dito, o termo *vida* apresenta inúmeros conceitos. Foram desenvolvidas diversas teorias para explicarem o início e fim da vida, porém, atualmente, não existe uma teoria pacífica.

Apesar de todas as teorias e conceitos, o direito a vida é um bem maior, sendo um direito garantido na Constituição Federal como direito fundamental do ser humano.

A Constituição Federal elenca a vida como direito fundamental, porém, o próprio Código Penal elenca situações que demonstram que a vida não é um direito absoluto, podendo vir a se sobrepor diante da dignidade humana, como nos casos de aborto e fetos anencefálicos.

A dignidade humana é uma característica do próprio ser humano, sendo um direito irrenunciável, inviolável e inalienável. O princípio da dignidade humana é muito utilizado em casos reais, em que é necessário sopesar o conflito de direitos fundamentais, de um lado, o direito à vida e de outro, a dignidade humana. Como obrigar uma mulher a carregar por nove meses uma criança fruto de violência? Ou, como obrigar uma mulher a gerar uma criança com mínima expectativa de vida?

Dessa forma, surgem os casos de relativização do direito à vida. A dignidade humana da mulher deve ser respeitada e olhada frente a outros direitos importantes, como a saúde mental e física da gestante.

O Estado deve intervir em casos excepcionais, não podendo ser banalizado o direito dos pais e da própria gestante em decidir o que é melhor para suas vidas. Dessa forma, o direito a escolha deve ser levado em consideração nos casos acima mencionados, como forma de garantir a dignidade humana.

## **5.1. ABORTO E SUA CRIMINALIZAÇÃO**

Segundo o Ministério da Saúde, as mulheres, como sujeitos de direito, com necessidades que vão além da gravidez e parto, exigem ações que lhes proporcionem melhoria das condições de saúde em todos os ciclos de vida. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, s.p)

Segundo o artigo da Revista Bioética, Vanessa Cruz Santos (2013, s.p) ressalta que “se deve proporcionar a mulher um bom planejamento familiar, dando-lhes condições mínimas de bem estar e prioridade à família. Infelizmente, alguns Municípios não têm conseguido implantar e programar estratégias para o fornecimento de anticoncepcionais à população, nem garantir o acompanhamento da clientela”.

Como se observa, a deficiência de ajuda à mulher, principalmente no aspecto reprodutor e sexual, torna cada vez maior o número de mulheres que engravidam sem planejamento familiar ou acompanhamento médico adequado.

Segundo Maria José de Oliveira Araújo, no Brasil, a prática do aborto é crime, sendo permitida em alguns casos especificados na lei. Dessa forma, grande número de mulheres se valem de práticas inseguras e

clandestinas, sobretudo as mais pobres, com baixa escolaridade e negras. (ARAÚJO, 2004, s.p)

Atualmente, o aborto inseguro e/ou clandestino é considerado como uma deficiência da saúde pública, sendo um tema de grande relevância quando discutido nas dimensões do campo da saúde.

O Ministério da Saúde, em seu artigo sobre a “Atenção Humanizada ao abortamento” menciona que se trata de um assunto polêmico que articula diversas posições morais e conflitos legais, que se desdobram nas perspectivas cultural e social, dentre tantas outras. Por atravessar um emaranhado de aspectos econômicos, jurídicos, religiosos e biológicos, o temático aborto incita passionalidade e atrito. Compreender sua abrangência e (re) pensar soluções demanda investimento tanto em educação e informação quanto no comprometimento efetivo do Estado, profissionais de saúde e sociedade com o ordenamento jurídico do Brasil e alguns de seus princípios básicos: democracia, laicidade do Estado, igualdade de gênero e dignidade da pessoa humana. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, s.p)

O número de mortalidade materna aumenta a cada dia, tendo em vista o grande número de mulheres que se submetem a abortos clandestinos e inseguros. De um lado existe o número de pessoas que perdem a vida ao se submeterem à prática do aborto e de outro lado, existe a moralidade que trabalha a viabilidade de sua proibição, tendo em vista a proteção dos direitos humanos.

Um aspecto ainda preponderante no Brasil é o reflexo religioso, este aspecto é atribuído à sociedade por meio de uma legislação que proibi o aborto, afastando sua efetivação com segurança.

Segundo o site do Ministério da Saúde, várias mulheres, independentemente de sua classe social, credo e idade realizam o aborto. As que têm boas condições financeiras utilizam clínicas, com mais higiene e cuidado. As mais carentes, que compõem a maior parcela da população brasileira, são impelidas a buscar métodos mais perigosos, o que resulta no elevado índice de agravo à saúde e alta mortalidade. As medidas para evitar

uma gravidez indesejada no Brasil são insuficientes. Como resultado, várias mulheres se envolvem em situações de abortos inseguros, os quais, inúmeras vezes, resultam em complicações graves como hemorragias, infecções, perfuração do útero, esterilidade – muitas vezes levando-as à morte em consequência dessas práticas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, s.p)

Existem inúmeras discussões que giram em torno deste tema polêmico, qual seja, a criminalização ou não do aborto no Brasil, tendo como ponto principal, priorizar a vida materna e o feto.

Importante ressaltar que o Código Penal Brasileiro segue o sistema de indicações, acerca disso Luis Regis Prado (2006, p. 119), indica que:

Segundo esse sistema, a Vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do auto-Aborto, do Aborto consentido e do Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Não obstante, sob certas circunstâncias, isto é, quando há um conflito entre a Vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do Aborto; e exceção, permitir o Aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas (indicações), além das eximentes comuns de responsabilidade disciplinadas pelo Código Penal.

Atualmente, existem casos taxativos que permitem o aborto, previsto no artigo 128 do Código Penal:

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

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

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

Veremos abaixo esses casos específicos em que o direito à vida é relativo, permitindo-se o aborto. O aborto necessário prioriza a vida da gestante quando esta corre risco de morrer, sendo expresso no artigo 128,

inciso I, do Código Penal. Já o aborto permitido no artigo 128, inciso II, do Código Penal é o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro.

No primeiro caso, não é necessária autorização judicial, mas o médico deve justificar sua conduta perante o CFM; no segundo caso, é necessária ordem judicial permitindo a prática do ato de aborto.

Em ambos os casos é necessário o auxílio de uma equipe médica que acompanhe o aborto.

Veremos a seguir essas permissões do Código Penal Brasileiro.

### **5.1.1. ABORTO NECESSÁRIO**

O aborto necessário também é conhecido como terapêutico e está previsto no artigo 128, I como já mencionado, este consiste na intervenção cirúrgica realizada para salvar a vida da gestante, sendo baseado no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta (PRADO, 2006, p. 20).

Segundo Fernando Capez (2004, p. 124-125), o aborto necessário é:

[...] a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de Vida e inexistindo outro meio de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de Vida seja atual. Assim, a dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado.

O aborto necessário estabelece duas condições simultâneas e conforme Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 139) são eles:

a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a

vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.

Nesse diapasão, Luiz Prado Regis (2006, p. 121) explica:

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual – ou mesmo iminente – bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina: a pena do homicídio simples é de reclusão de seis a vinte anos (art. 121, caput, CP), enquanto a pena do Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP).

Diante disso observamos que cabe ao médico e à equipe médica decidir se o bem “vida” da gestante corre perigo, não bastando o simples perigo à saúde. A vida da gestante efetivamente deve correr risco, tendo o legislador optado por “preferir” a vida da gestante à vida do feto.

Diante de situações como essas, cabe ao médico justificar seu ato, não podendo agir fora dos ditames da lei, sob pena de responder pelo crime de aborto, previsto no Código Penal brasileiro. O médico não necessita de autorização judicial, mas é necessário que se justifique, não podendo agir por mera liberalidade.

A lei previu essa exceção, mas impôs requisitos que devem ser adotados, caso contrário, ainda que seja o médico, estará agindo fora dos ditames da lei, podendo vir a ser responsabilizado por seu ato.

Cabe ressaltar que o aborto necessário pode ser provocado mesmo sem o consentimento da gestante. A intervenção médico-cirúrgico está autorizada pelo disposto nos artigos 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 32 (intervenção médico-cirúrgico justificada por iminente perigo de vida). (BITENCOURT, 2007, p. 139)

### **5.1.2. ABORTO HUMANITÁRIO**

O aborto humanitário é também denominado de aborto ético ou sentimental, está previsto no artigo 128, II, do Código Penal, sendo autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro, neste caso se faz necessário o consentimento da gestante. (BITENCOURT, 2007, p. 140)

O Código Penal não prevê a limitação temporal para efetuar o aborto, podendo a gestante fazê-lo a qualquer momento. (BITENCOURT, 2007, p. 140)

O estupro é considerado crime e está previsto no artigo 213 do Código Penal. Indubitável que é um ato de extrema violência contra a vida e honra de uma mulher; não seria justo que a mulher que sofresse esse tipo de violência, caso engravidasse, fosse obrigada a conceber a criança fruto de um ato tão monstruoso. Pensando em circunstâncias como essa, a legislação brasileira mitigou o direito a vida e relativizou o aborto nos casos em que a mãe sofre o estupro.

Em casos como esse, cabe à mãe escolher se quer ou não realizar o aborto.

Em seus apontamentos, Noronha explica que “a mulher violentada, agravada na honra e envilecida por abjeta lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito. Diversos códigos também assim dispõem: o da Polônia, Uruguai, Equador, Cuba, Argentina e outros”. (1198, p. 64)

Importante mencionar a desnecessidade de autorização judicial processou ou sentença condenatória contra o sujeito ativo do delito para interromper a gestação neste caso, basta prova cabal da violência sexual. (LIMA, 2010, p. 160)

### **5.1.3. ANENCENFALIA**

Segundo Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 75) “a anencefalia consiste em uma das malformações do encéfalo, e segundo o dicionário Aurélio, o encéfalo é parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano”.

O doutrinador Luís Roberto Barroso (2009, p. 21) ensina que:

Fetos anencefálicos são aqueles que não possuem os hemisférios cerebrais, e conseqüentemente, sem nenhuma viabilidade de vida extra-uterina. Esse quadro é irreversível, sendo normalmente detectado nos três primeiros meses de gravidez.

Dessa forma, o feto com anencefalia não possui determinadas partes do sistema nervoso central, contudo, mantém o tronco encefálico, ou parte dele, o que permite manter algumas funções essenciais para a vida. (LIMA, 2010, p. 76)

Para Eudes Quintino de Oliveira Júnior, o anencéfalo vem a ser a malformação fetal, que consiste na ausência da caixa craniana e dos hemisférios cerebrais, que determinam a morte do feto antes do parto ou logo após. (2009, p. 63).

No mesmo sentido, o entendimento de Carlos Miguel Castex Aidar (2009, p.57) ensina que a anencefalia é uma "doença que afeta os bebês ainda em sua formação, ocasionando a falta ou a existência de pequenos vestígios do cérebro".

Nas palavras do doutrinador Lima (2010, p. 77):

Ante todos os entendimentos que existem, a medicina entende que o feto anencéfalo se trata de um ser humano com vida, não obstante, seja uma malformação mortal, a vida extrauterina é na maioria das vezes, dotada de curto lapso temporal.

Assim, se entende que em alguns casos o feto anencéfalo chega a nascer com vida, vive por alguns anos e em razão, de má formação, não consegue alcançar muitos anos de vida.

Existem muitos entendimentos acerca da possibilidade de vida do feto anencéfalo. Segundo a Lei n 9434, de 04.02.2997, os transplantes de órgãos somente poderão ser realizados após diagnóstico de morte encefálica, que é definida pela Resolução n 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece que a morte encefálica se dá com a parada total e irreversível das funções encefálicas.

Diante disso, evidente que existem posicionamentos com grande relevância que consideram que o feto anencéfalo é um natimorto.

O entendimento de José Henrique Pierangeli ensina que (2007, p. 70):

[...] Normalmente, os juízes, diante de uma prova irrefutável de uma feto com ausência de cérebro, tem autorizado o aborto, sob fundamento de ausência de culpabilidade (conduta da gestante não passível de censura). Realmente, com a falta de cérebro, o feto não pode nascer com vida e, se isso vier a ocorrer, a vida será apenas efêmera, pelo que seria desumano obrigar uma mulher arrastar por nove meses uma gestação da qual não poderá resultar uma vida. A nosso ver, pelo menos num primeiro momento, parece-nos inexistir em tal situação um bem jurídico a proteger, o que torna a conduta atípica, máxime se pudermos considerar o Estado e a comunidade nacional como sujeitos do crime, e não o feto [...]

Porém, apesar de todas as justificativas e da medicina entender que não há vida no feto anencéfalo, existem posicionamentos que defendem a vida no feto anencéfalo. Nesse sentido, Carolina Alves de Souza Lima leciona que (LIMA, 2010, p. 88):

O argumento da inexistência de vida humana é, no nosso entendimento, equivocado, pois o feto anencéfalo tem vida, segundo demonstram as ciências médicas. Ademais, a relevância da discussão quanto à permissão legal para interromper-se a gestação do anencéfalo só existe e faz-se essencial porque se trata de ser humano vivo. Caso ele fosse um ser morto, não caberia indagar se houve ou não crime de aborto e não haveria questão ética a ser levantada. Segundo nossa legislação, nenhuma mulher é obrigada a permanecer com um conceito morto em seu ventre.

Diante de tais posicionamentos, podemos observar que existem aqueles que não aceitam o aborto do feto anencéfalo, tendo em vista que esse possui vida, ainda que precária. Tanto é assim, que aquele que causar a morte do feto, após seu nascimento, poderá a vir responder pelo crime de homicídio ou infanticídio.

Segundo Lima (2010, p. 89) “ainda não existe uma posição predominante acerca da vida do feto anencéfalo, pois para Lima, conforme o entendimento predominante na medicina, a vida se inicia com a concepção, portanto desde a fecundação há um ser humano, não se podendo cogitar em inexistência de vida humana. Ademais, a anencefalia somente é perceptível por volta do 25º dia após a fecundação”

Nesse espeque, podemos observar que existem conflitos de direitos fundamentais. De um lado existe a vida de um feto, que apesar do pouco tempo de vida, é considerado um ser humano e, de outro lado, existe o direito da gestante e mãe, que abrigará esse feto durante nove meses, mesmo que o mesmo não tenha perspectiva de longa vida.

Importante considerar que não só a saúde física da mulher ficará abalada, mas também sua saúde social e psíquica, diante da gravidez de um feto anencéfalo.

Tendo em vista situações como essas, Carolina Alves de Souza Lima (2010, p.124) diz:

Diante da ampla proteção dada pela Constituição Federal ao direito à liberdade, a decisão de manter ou interromper a gestação, no casos de anencefalia, deve ser resultado de processo de escolha livre e autônoma da mulher. O direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, no caso de gravidez de anencéfalo, deve ser baseado nas necessidades específicas e individuais de cada mulher e, desse modo, a decisão deve ser sempre da mulher, porquanto se trata de questão de foro íntimo.

Diante disso, se o aborto nessas circunstâncias fosse considerado crime, estaríamos diante de total desrespeito ao direito fundamental da mulher.

## **6. O FIM DA VIDA**

O início da vida possui inúmeras teorias e, a partir da adoção de uma, sabemos o direito à vida será protegido de alguma forma. Porém, apostamente a essa teoria, importante saber qual é o fim da vida, cessando qualquer direito inerente ao ser humano.

Após inúmeras discussões, o Conselho Federal de Medicina, estabeleceu como fator determinante do fim da vida a parada total e irreversível da atividade cerebral à qual se deu nome de morte encefálica.

A Resolução nº 1.480/97 é quem estabelece a morte encefálica como fim da vida.

O critério de morte neurológica ou morte cerebral é considerado desde o ponto de vista científico, como o diagnóstico de morte, uma vez que esta entidade se configura em plenitude apenas quando se verifica a perda irreversível da atividade cerebral do indivíduo (VANRELL, 1996, p. 57).

Genival Veloso de França (2001, p. 310) assim leciona:

Mesmo admitindo certas dificuldades para estabelecer normas de definição simples, inequívocas e explícitas para a prova da morte, propomos, para qualquer finalidade, um único padrão nos seguintes critérios:

1. Ausência total de resposta cerebral, com perda da consciência. Nos casos de coma irreversível, presença de um eletroencefalograma plano (tendo cada registro a duração mínima de 30 minutos), separados por um intervalo nunca inferior a 24 horas. Esse dado não deve prevalecer para recém-nascidos, ou em situações de hipotermia induzida artificialmente, da administração de drogas depressivas do sistema nervoso central, de encefalites e de distúrbios metabólicos ou endócrinos.
2. Abolição dos reflexos cefálicos, com hipotonia muscular e pupilas fixas e indiferentes ao estímulo luminoso.
3. Ausência de respiração espontânea por 05 minutos, após hiperventilação com oxigênio 100% seguida da introdução de um cateter na traquéia, com fluxo de 06 litros de O<sub>2</sub> por minuto.
4. Causa do coma conhecida.
5. Estruturas vitais do encéfalo lesadas irreversivelmente.

Em relação ao fim da vida não nos embarraremos em diversas teorias, pois o Conselho Federal de Medicina já se posicionou e respeitou e entendeu como “fim da vida” a morte encefálica.

Além disso, a Lei nº 9434, de 04.02.1997, trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento médico. A lei determina que os transplantes ocorram após ser diagnosticada e detectada a morte encefálica.

Antes de ser detectada a morte encefálica, qualquer ato que agrida a vida do ser humano, será punido. A vida é o alicerce do ser humano, e antes de referido direito ser relativizado, necessário se atentar as inúmeras normas que giram em torno do tema.

O ser humano, além de ter direito a nascer e viver com dignidade, possui o grande e essencial direito de morrer com dignidade, tendo todos os seus direitos observados e respeitados, tanto é assim que a lei penal pune aquele que ofende os mortos.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho procurou expor algumas situações em que o direito à vida é relativizado, citando como exemplo os casos do aborto e da anencefalia.

Tentou demonstrar como é possível relativizar a vida, que é considerado direito fundamental, sem afrontar o próprio direito, tendo em vista serem situações excepcionais, que devem ser sopesadas.

Existem inúmeras teorias que tentam explicar o início e término da vida. Ainda não temos entendimentos pacíficos acerca do tema e, por isso, falar sobre as formas de relativização do direito à vida se torna um tema delicado, tendo em vista existir entendimentos diversos sobre o assunto.

Como explicado, o aborto, como regra, é proibido para o Código Penal Brasileiro, sendo punido com pena de reclusão aquele que comete tal delito. Porém, o mesmo Código traz exceções expressas. O aborto é permitido em casos especiais, onde se leva em consideração a saúde da gestante.

Apesar de a própria lei trazer essas exceções, ela ainda é omissa em relação a alguns casos especiais, como o caso do feto anencéfalo. Cabe aos Tribunais se socorrerem de jurisprudências quando se deparam com situações como essas.

Portanto, a lei ainda deve ser complementada para que possamos viver em uma sociedade pacífica, que entenda que o bem estar e saúde psíquica da gestante também deve ser levado em consideração, não ocorrendo agressão ao direito a vida.

O tema tem razão em ser polêmico, tendo em vista o conflito de direitos fundamentais, porém, como já mencionado, é importante que a gestante tenha o direito de exercer a decisão a respeito do feto anencéfalo e, talvez, a decisão mais prudente seja esperar uma decisão da própria gestante, que tem domínio sobre seu corpo.

Esperamos que em um futuro próximo possamos encontrar respostas para todas essas omissões da lei brasileira, com olhos atentos ao bem estar da gestante e cuidados com o bebê.

A vida é o maior e mais valioso bem de um ser humano, é um bem supremo, que inicialmente não cabe renúncia, sendo considerado tipo penal tirar a vida de outrem.

Referido bem – vida – deve sempre ser respeitada com cautelas por qualquer que seja a situação, pois como já dito, a própria lei pune aquele que agride contra a vida de alguém. Com isso, podemos concluir de que fato existe o direito à vida, porém, não é absoluto, podemos ser relativizado em situações especiais, sempre com cautela, tentando não afrontar ou desrespeitar nenhum dos direitos fundamentais do ser humano.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Maria José de Oliveira. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher. Princípios e diretrizes. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_nac\\_atencao\\_mulher.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf). Acesso em: 24.03.2015, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia nos tribunais. Ribeirão Preto: migalhas e faculdades COC, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 2, dos Crimes contra a pessoa. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de atenção à saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica / Ministério da Saúde, secretaria de atenção à saúde. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf). Acesso em 29.03.2015, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOWER, Nelson Godoy Brasil. Curso Moderno de Direito Civil. Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Nelpa Edições, 1996.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. 33ª E.d. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alvez de Souza. Aborto e Anencefalia. 1. ed. Curitiba: Manole, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da vida. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Magalhães. Direito penal: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal Brasileiro, V II. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Vanessa Cruz. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/778/933](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/778/933). Acesso em 26.03.2015, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Constituição Brasileira 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais: na constituição federal de 1988. Editora do Advogado, 2007.

TAVARES, José de Farias. Comentários do Estatuto da criança e do adolescente. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PENA JÚNIOR, Moacir César. Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. Obra dos alimentos : do nascituro e os alimentos no estatuto da criança e do adolescente. Viçosa, UFV, 2004

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INGO, E.; SARLET, A.; WOLFGANG, J. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na constituição federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2005.

**ANEXO I** – Decisões Judiciais (Revista Eletrônica “Consultor Jurídico”) – Site: <http://www.conjur.com.br>

### **Notícia 1**

#### **SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO – JUIZ AUTORIZA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ SEM CHANCE DE VIDA E COM RISCO À MÃE – 09/08/2015**

**Notícia:** A gestação de um feto que não possui chances de sobreviver fora do útero e cujo parto pode gerar problemas físicos e psicológicos para a mãe pode ser interrompida. O juiz Jesseir Coelho de Alcântara, da 1ª Vara dos Crimes Dolosos Contra a Vida, de Goiânia, teve esse entendimento ao julgar o pedido de uma mulher grávida de um feto diagnosticado com síndrome do cordão curto (body-stalk). A doença é rara, incurável e impossibilita a vida extrauterina do bebê, uma vez que o cordão umbilical é inexistente e não há o fechamento da parede abdominal do embrião, deixando os órgãos expostos.

O Código Penal Brasileiro permite a interrupção da gestação em casos no qual está em perigo a vida da mãe (aborto terapêutico) e de gravidez ocasionada por um estupro (aborto sentimental). A síndrome de body-stalk não se encaixa em nenhuma dessas definições. Porém, seguindo parecer do Ministério Público, o juiz equiparou o caso à situação de fetos

anencéfalos — cuja possibilidade de interrupção de gravidez foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

“Apesar de não ser (anencefalia) o que ocorre no presente caso, os efeitos são os mesmos: a impossibilidade de sobrevivência do feto e o risco de vida para a genitora. Isso leva a concluir que a mulher gestante carregará em sua barriga, por nove meses, um ser sem vida, causando-lhe sofrimentos físicos e psicológicos. Para que impingir tal sofrimento sem necessidade alguma?”, escreveu o juiz.

Caminho correto: A anomalia foi comprovada por laudos de diversos médicos e exames, conforme observou o magistrado. A gestante está com 22 semanas de gravidez e, ao constatar o problema, requereu a interrupção, que deverá ser feita em hospital designado no alvará. O juiz Jesseir Coelho de Alcântara exaltou a opção da mulher em procurar o Poder Judiciário para resolver a questão e ressaltou que muitas gestantes buscam clínicas ilegais, colocando suas vidas em risco. “Diante da realidade vivenciada, onde a prática de abortos clandestinos é maciça e extremamente tímido o controle dessa banda criminosa pelo Estado, com grave repercussão na saúde pública e das gestantes, inclusive com a perda da própria capacidade gestacional, não pode a Justiça, na minha limitada visão, deixar de prestigiar a responsável via escolhida pela requerente, ao buscar, no Poder Judiciário, a solução para a sua pretensão”, ponderou o magistrado.

Por fim, ele ressaltou: “Deixando de enfrentá-la poderá a Justiça estar indiretamente contribuindo ou, pelo menos reforçando a ideia de que o único caminho viável é o da interrupção da gravidez, nesses casos, de forma clandestina, fora do controle Estatal”. Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-GO.

## Notícia 2

### DEFESA DE DIREITOS – TJSP LIBERA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETOS MALFORMADOS – 31/05/2013

**Notícia:** No mês de maio, o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a interrupção da gravidez em dois casos em que os fetos não tinham condições de viver fora do útero por causa de malformações. Para fazer os pedidos, a Defensoria Pública recorreu ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em abril de 2012, afirmou que interromper a gestação de fetos anencéfalos não caracteriza crime e respeita a Constituição.

Na primeira situação, o TJ-SP concedeu liminar para garantir o direito a uma jovem de 22 anos. Seu feto apresentava encefalocèle frontal grave, doença em que ocorre exteriorização ao crânio de grande quantidade de massa encefálica. A Defensoria Pública propôs um Mandado de Segurança, baseado em parecer de dois professores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, que apontavam a inviabilidade da vida a partir do parto. Ainda segundo o parecer, a extração vaginal do feto, com pouco mais de 19 semanas de gestação, traria poucos riscos à saúde da mãe. O pedido foi indeferido em primeira instância pela 3ª Vara do Tribunal do Júri da capital, apesar da concordância do Ministério Público com a interrupção da gravidez. A decisão favorável foi concedida pelo desembargador Paiva Coutinho, da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

“Está claro na documentação trazida com a inicial que o feto apresenta malformação múltipla, as quais, segundo parecer dos médicos especialistas (...) são incompatíveis com a vida extrauterina, também estando claro que a impetrante mantém sua capacidade de crítica e decisão”, afirmou o desembargador. Na liminar, ele deu razão aos argumentos da Defensoria de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* naquelas circunstâncias.

No outro caso, uma mulher de Guarulhos recebeu a autorização do TJ-SP para interromper a gestação de um feto com diversos tipos de malformação. Ele tinha o coração desviado para direita, estômago e alças intestinais no tórax e artéria umbilical única, além das Síndromes da Trissomia 18, que causa atraso mental e de desenvolvimento, e da Banda Amniótica, que

pode prejudicar a formação do corpo e a circulação sanguínea. De acordo com o parecer de dois especialistas da USP, a vida seria impossível a partir do parto. Depois de ter sido negado em primeiro grau, o pedido foi aceito na 10ª Câmara de Direito Criminal da corte paulista.

#### Risco à vida

Nos dois processos, a Defensoria Pública argumentou que a manutenção da gravidez representa risco à saúde física e psicológica das gestantes. Eles também afirmaram que interromper a gestação, nessas circunstâncias, não é ilegal, pois não há vida possível a ser protegida – somente a da mãe. A má formação dos fetos, em grande parte dos casos, é irreversível e a morte deles dentro do útero traz riscos ao organismos das mulheres. “A submissão da impetrante, pela força do Estado, ao termo final desta gravidez, é imposição dolorosa, cruel, ilegítima diante dos valores inculpidos constitucionalmente. Subtrai-lhe especialmente o seu direito à plena saúde física e psicológica, bem como à dignidade garantida pelo constituinte a todo ser humano com vida”, apontou a defensoria pública Juliana Garcia Belloque, que atuou no primeiro processo.

Foi destacada ainda a necessidade de se interpretar o artigo 128 do Código Penal – que exclui a ilicitude de aborto praticado por médico quando necessário para salvar a vida da gestante – conforme os avanços da Medicina para proteger a saúde da grávida. Nas duas ações, os defensores pediram ao TJ-SP a aplicação de jurisprudência do STF, que julgou constitucional a interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos, considerando a inviabilidade da vida nesses casos.

Decisão do STF: O Supremo decidiu em abril de 2012, por maioria de votos, que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos – nos quais há ausência parcial do cérebro – respeita a Constituição Federal e não configura crime. O caso teve como relator o ministro Marco Aurélio, cujo voto foi acompanhado por sete dos nove outros colegas de corte. A discussão foi suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que buscava declarar inconstitucional uma interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal que considerasse crime de aborto o parto terapêutico antecipado nos casos de anencefalia. Em seu voto, Marco Aurélio afirmou ser inadmissível que o direito de um feto sem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias constitucionais da mãe, como sua integridade física, psicológica e moral, dignidade, liberdade sexual, autonomia e privacidade. Com informações da Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública de São Paulo.