



Direito Fundamental à vida e o Princípio da Autonomia da Vontade: uma visão histórica diante das práticas abortivas

Fundamental right to life and the principle of autonomy of will: an historical view forward practices abortifacient

BAEZ, Narciso Leandro Xavier ♦

Stephani Elizabeth Steffen ♦♦

DOI: 10.15448/1984-7718.2016.2.24691

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre o direito fundamental à vida e o princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, em que faz referência a uma discussão em face do aborto analisado sob uma perspectiva histórica. Os estudos realizados têm por objetivo dissertar de forma breve sobre o significado e entendimentos doutrinários do direito fundamental a vida e do princípio da autonomia da vontade. Pretende-se também explicar quais são as espécies de abortos permitidos e proibidos no ordenamento jurídico pátrio, bem como sua história e alterações através dos tempos. Ainda, desenvolver a discussão sobre a prática do aborto no direito pátrio diante dos direitos supramencionados. Entre os pressupostos mencionados e destacados estão o direito fundamental a vida, o princípio da autonomia da vontade, e o instituto do aborto analisados em consonância com o princípio da dignidade humana que é o pilar da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Fundamental a Vida; Princípio da Autonomia da Vontade; Aborto.

ABSTRACT: This research is about the fundamental right to life and the principle of freedom of choice in the Brazilian legal system, which refers to a discussion in the face of abortion analyzed from a historical perspective. The studies aim to expound briefly on the meaning and doctrinal understanding of the fundamental right to life and the principle of freedom of choice. It also intends to explain what kinds of allowed and prohibited abortions in the

♦ Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina. Email: baez@gmail.com.

♦♦ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Chapecó. Bolsista FAPE do Programa Mestrado em Direitos Fundamentais. Contato: sthesteffen@gmail.com.

Brazilian legal system, as well as its history and changes over time. Still, developing the discussion on the practice of abortion in parental rights on such rights. Among those mentioned and highlighted assumptions are the fundamental right to life, the principle of freedom of choice, and abortion institute analyzed in line with the principle of human dignity which is the pillar of the Constitution..

Keywords: Fundamental Right to Life; Principle of Freedom of Choice; Abortion.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por base examinar mesmo que de forma sucinta o direito fundamental à vida e o princípio da autonomia da vontade, tendo como balizador o princípio da dignidade humana, tratando todos os direitos expressos e implícitos na Constituição Brasileira de 1988 com o mesmo grau de hierarquia, ou seja, verticalizados.

O estudo norteia-se pelo instituto do aborto, tema bastante controverso e polêmico, enraizado culturalmente nas sociedades desde a antiguidade sob diferentes aspectos. Embora a legislação brasileira venha evoluindo em que pese alguns posicionamentos no que tange ao direito fundamental à vida e o princípio da autonomia da vontade, no entanto ainda atrelados a tabus que não mais condizem com a sociedade contemporânea.

Diante da vasta bibliografia produzida a respeito desses temas e das diferentes vertentes teóricas que problematizam os assuntos, sem, no entanto, alcançarem consenso, adota-se a postura científica de simplificar a sua abordagem, dividindo-a em partes.

Primeiramente estudam-se o conceito de direitos fundamentais, para tanto, analisa-se os direitos e princípios fundamentais, mais especificamente o princípio da dignidade humana, seus entendimentos sob o enfoque doutrinário. Além disso, aborda-se o direito fundamental a vida e o princípio da autonomia da vontade. Após, disserta-se a respeito do instituto do aborto, tanto do ponto de vista histórico, filosófico quanto jurídico, para enfim verificar a tutela jurídica do direito fundamental à vida e do princípio da autonomia da vontade diante das práticas abortivas.

O aporte teórico deste estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura crítica de obras doutrinárias e julgados do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da abordagem qualitativa para a consecução dos

objetivos propostos.

1 DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE:

ASPECTOS CONCEITUAIS

A grande problemática do direito fundamental à vida refere-se principalmente ao conflito de interesses e conseqüentemente a colisão de princípios, pois embora o direito a liberdade, autonomia da vontade e o direito à vida estejam dispostos na Constituição Pátria com o mesmo grau de hierarquia existe entendimentos que o direito à vida possua uma valoração superior e por vezes inferioriza o direito a autonomia da vontade do indivíduo, ou seja, o direito a liberdade da pessoa.

Visto sob uma perspectiva histórica os direitos fundamentais sempre estiveram ligados ao aspecto político de cada sociedade tendo por principal objetivo romper com a ideia de poderes ilimitados do Estado (GALINDO, 2003) buscando a proteção do indivíduo, ou seja, a autonomia do cidadão em face do governo restringindo assim sua intromissão na vida social (THEODORO, 2002).

Assim, os direitos fundamentais se tornaram basicamente instrumentos de efetividade e garantia de concretização de uma vida digna tendo em vista que o fato de existirem em inúmeras constituições ao redor do mundo contribuiu para a concretização dos direitos humanos, bem como possibilita por meio de ações judiciais devido à vinculação do Estado a defesa contra arbitrariedades. Portanto, os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos dentro de cada Estado tendo por objetivo a realização da dignidade da pessoa humana (BAEZ, 2010).

A dignidade da pessoa humana foi consagrada como condição de fundamento do nosso Estado Democrático (SARLET, 2012), considerada como um de seus sustentáculos (PEIXINHO, 2003), sendo a Constituição Federal de 1988 entendida por excelência como garantidora desse instituto tido como elemento basilar e informador dos direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012).

Hodiernamente, a tese sobre a dignidade da pessoa humana desenvolvida por Immanuel Kant (1784) é referência para a maioria dos doutrinadores, nela Kant afirma que o ser humano por ser possuidor de razão possui autonomia da vontade,

se autodetermina, dessa forma vive de acordo com as leis que ele mesmo produz sendo um fim em si mesmo o que o diferencia dos seres irracionais que apenas servem como meio sendo considerados como meras coisas. O fato de possuir dignidade impede substituição, logo não possui valor.

Dessa forma, o ser humano por ser possuidor de razão e detentor de autonomia de vontade, consciente de seus atos possui dignidade, diferentemente de seres irracionais tratados como meras coisas, objetos, ou seja, passíveis de substituição, coisificação. Dito isso, percebe-se que a dignidade está acima de qualquer preço, sendo exclusiva ao ser humano (BAEZ, 2010), e não somente por sua condição humana, mas pelo fato de viver de acordo com seus próprios parâmetros e decisões (COMPARATO, 2003).

O direito à vida é característico dos direitos de personalidade, sendo indisponível pelo fato de ser direito à vida e não direito sobre a vida, bem como um direito de ordem negativa, pois não se pode dispor da vida com ou sem consentimento, sendo de valor supremo tutelado pelo Estado (Ó CATÃO, 2004). Considerado também um direito de primeira dimensão¹, nasceu com o advento das revoluções francesas e norte-americanas, onde a burguesia reclamava por liberdades individuais bem como a limitação dos poderes tidos pelos governos absolutistas.

Mas a proteção do direito à vida começou a ser realmente vista e tutelada com maior rigor com o advento da Segunda Guerra Mundial, a partir de todas as atrocidades e desrespeitos cometidos nos campos de concentração nazista, gerando assim a consciência da proteção da dignidade humana a qualquer custo (PIOVESAN, 2011).

A Organização das Nações Unidas - ONU órgão criado com o intuito de celebrar e promover internacionalmente a paz e a segurança mundial teve como precursora a Liga das Nações estabelecida em 1919 durante a Primeira Guerra Mundial que possuía previsões genéricas relativas a Direitos Humanos, embora somente com a ONU em meados do século XX que ocorreu a verdadeira

¹ Direitos fundamentais de Primeira Dimensão são os direitos conquistados pelo indivíduo em face do Estado, consagrados no período do liberalismo e implantados nas primeiras constituições. Os Direitos contemplados são: direito a vida, direito a liberdade, direito a propriedade e igualdade formal. (GALINDO, 2003)

consolidação dos Direitos Humanos. Seu principal instrumento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu no Art. III “que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. A partir disso, diversos pactos e tratados foram firmados em todo o mundo (PIOVESAN, 2011).

O Brasil no que tange a proteção ao direito à vida somente trouxe especificamente positivado no texto constitucional de 1988 na chamada Constituição Cidadã, que prevê no artigo 5º 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”, bem como dos demais direitos que dela nascem (SARLET, 2012). O direito à vida foi inserido no rol dos direitos fundamentais, assumindo posição de valor superior em relação aos demais direitos de acordo com diversos doutrinadores, assegurando desta forma não só o direito à vida dos nacionais como também dos estrangeiros, e dos seres humanos de forma geral.

Dentre as sete constituições do Brasil, a constituição de 1988, foi pioneira no que diz respeito a Direitos Humanos, embora as demais Constituições não trouxessem expressamente à proteção a vida, esta era tida como inata, pois indiretamente se referia nas leis infraconstitucionais, assim passou a sua positivação diretamente no texto constitucional em 1988 para que não houvesse mais dúvidas da posição do país em que pese à dignidade humana e o respeito ao próprio ser humano. A partir de então as monstruosidades da Segunda Guerra Mundial e os trinta anos de ditadura que o Brasil havia acabado de “superar” ficariam para trás de acordo com o novo texto constitucional.

Enquanto que a idéia de liberdade tornou-se mais forte com o advento da revolução francesa ocorrida em 1789 em que o povo passa a se autodeterminar, exercer sua autonomia da vontade sob a forma de legislar suas próprias leis e assim findando uma era dos governos despóticos (BOBBIO, 1992).

Kant (2004) desde a revolução francesa defende a tese da autodeterminação, onde o princípio da autonomia da vontade é a capacidade que somente os seres racionais têm de se auto-determinar e agir de acordo com a representação de certas leis, visto ser um princípio norteado pela dignidade da natureza (SARLET, 2011). Assim, acredita que a verdadeira finalidade do Estado é dar

liberdade ao seu povo, para que com ela busque sua felicidade plena (BOBBIO, 1992). Nesse sentido menciona que o homem é um fim em si mesmo não podendo ser coisificado, sendo um fim e não um meio, pois não possui um preço, possuindo assim dignidade.

De acordo com Berlim (1981), muitas são as perspectivas que a ideia de liberdade pode trazer, a liberdade individual pode ser considerada como conclusiva e de acordo com essa tese ninguém poderia simplesmente retirá-la por ser intrínseca, visto de forma adaptada como liberdade institucional que prevê a máxima de não trate os outros como não gostaria de ser tratado, considerada como uma das bases da moralidade liberal, e dessa forma a liberdade institucional é considerada como um dos objetivos do homem.

A liberdade em si, apresenta-se num primeiro momento em uma dicotomia: liberdade interna e liberdade externa. A primeira é subjetiva, a liberdade moral, é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem, a outra liberdade é objetiva, e consiste na reprodução externa do querer pessoal, é a liberdade de poder fazer, mas esta liberdade implica o afastamento de obstáculo ou coações, de modo que o homem possa agir livremente (SILVA, 2002).

A liberdade só existe, sempre e onde quer que se aproveite a oportunidade de auto-realização, adquirindo forma na conduta efetiva dos homens. Portanto, a principal ideia consiste em eliminar toda espécie de coação que se oponha no caminho da liberdade. Nada deve restringir a auto-realização do homem no aspecto de sua vida, restando apenas à sociedade preservar seus principais interesses em prol da coletividade (DAHRENDORF, 1981).

A liberdade não pode ser conceituada por fórmulas simples ou conceitos anárquicos, mas pelo estudo dos limites e das condições que, num campo e numa situação determinada, podem tornar efetiva e eficaz a possibilidade de auto-realização do homem. Laski (1934) afirma que por liberdade pode-se entender como a ávida manutenção daquela atmosfera através da qual os homens têm oportunidade de ser o melhor de si.²

² *“By liberty I mean the eager maintenance of that atmosphere in which men have opportunity to be their best selves.”*

Sarmento (2005) exara que “É certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, essa tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica. Por outro lado, considerando a noção de *pessoa* subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida”.

O Ordenamento jurídico brasileiro prestigia o direito a liberdade no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal em que menciona que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, dessa forma, autorizando as pessoas como seres individuais a se auto-reger, com poder de decisão sobre suas próprias vidas.

Portanto, conforme explanado por Sarmento (2005) “Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes, pois os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade”.

Dessa forma, basta percorrer e analisar com a mínima atenção a Constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. Pois, é flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, e com a garantia das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais consagrado, e ainda dos princípios

norteadores da ordem econômica e da ordem social brasileira acolhido pelo constituinte (SARMENTO, 2005).

Mas poder ponderar entre o direito à liberdade, autodeterminação, autonomia das escolhas frente ao também direito fundamental, o direito à vida é demasiadamente complicado. Tendo em vista que o direito à vida é bastante difundido na legislação vigente e aos poucos supera a ideia do divino ou do entendimento do direito a vida como algo intocável, faz-se necessário o entendimento que o princípio da inviolabilidade à vida tornou-se insuficiente e o ser humano cada vez mais governa sua vida com autodeterminação, sendo autor e responsável de sua própria existência, dessa forma usufruindo do seu direito de autonomia (JUNGES, 2005).

2 ABORTO: UMA VISÃO HISTÓRICA

A palavra aborto tem origem no latim *abortacus*, derivado de *aboriri* (perecer), e *oriri* (nascer). Significa a interrupção do processo natural de gestação, resultando em morte pré-natal da vida humana intra-uterina (SILVA, 2002).

Conforme ensina Hungria (1955), a prática do aborto nem sempre foi criminalizada, pois era comum nas civilizações gregas e hebraicas. De acordo com a lei das XII tábuas na Roma antiga, o produto da concepção era considerado somente como parte integrante do corpo da mulher onde ela poderia dispor conforme sua vontade. Após, com os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, a partir do cristianismo é que o aborto passou a ser reprovado por ser uma lesão ao direito do marido em que pese sua descendência.

Na idade média o teólogo Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles datada do século XIII, que considerava o aborto justificável, o considerava crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava correr quarenta ou oitenta dias após a concepção segundo se tratasse de varão ou mulher “*quod hominem e quod feminam*”, não considerando criminoso o aborto praticado antes do decurso de tais períodos. A Igreja católica passou a adotar tal tese, mas após com os conhecimentos biológicos e falta de certezas oferecida pela ciência, passa-se a

considerar aborto a destruição do embrião, pois era já considerado sagrado (WARNOCK, 2004).

Muito embora essa prática fosse corroborada na Grécia antiga pela grande maioria de pensadores, sendo utilizado em grande escala, Hipócrates 460 a.C, considerado o pai da medicina era severamente contra a qualquer médico ensinar ou fornecer ajuda para práticas abortivas (ALMEIDA, 2000), legado esse deixado em seu juramento difundido até os dias atuais.

Assim, com o passar dos tempos, o aborto foi sendo muito discutido na sociedade contemporânea, onde diversas nações optaram por sua regulamentação cada qual com suas peculiaridades, tais como os Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha entre diversos outros enquanto outros se mantêm terminantemente contra como o Chile (SARMENTO, 2007).

Roxin aduz sobre o fato de países como a Alemanha ser favorável a prática do aborto em fetos que apresentam severas lesões hereditárias, dessa forma não obrigando coercitivamente a genitora a suportar os encargos devidos aos problemas ocasionados pelas deficiências do feto. O Brasil por sua vez é severamente contrário a essa perspectiva (ROXIN, 2008).

Apesar de figurar entre as nações contrárias a prática, admite algumas exceções, muito embora possua uma das legislações mais severas do mundo, sendo tratado na legislação brasileira desde o Código Criminal de 1830. O auto-aborto não era previsto como crime nem se atribuía à mulher qualquer atitude criminosa pelo consentimento para o aborto praticado por terceiros, sendo o bem tutelado a segurança da pessoa e da vida. Dessa forma veio o código de 1890, derogando o anterior e trazendo como conduta tipificada o auto-aborto, mas somente em 1940 com atual Código que nos rege que o legislador deixou o tema mais claro e específico (SARMENTO, 2007).

O referido Código Penal do Império de 1890 então ampliou a imputabilidade do crime de aborto punindo o auto-aborto, embora nos casos de desonra não fosse tão rígido, pois ainda era visto como meio de ocultar desonra própria. A grande importância desse código foi à introdução da noção de aborto legal ou necessário, usado em casos onde não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante.

As espécies de aborto permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, previstas como excludente de ilicitude são o aborto intitulado terapêutico que ocorre quando a vida da gestante corre risco de morte e o Aborto Humanitário, também chamado de sentimental sendo outro caso de excludente de ilicitude. Essa modalidade de aborto surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial tiveram suas mulheres violentadas por invasores, diante da indignação patriota, criou-se a figura do aborto sentimental, para que essas mulheres não fossem obrigadas a carregar no ventre os filhos de seus agressores.

Nos casos previstos como excludentes de ilicitude a mulher pode optar pelo aborto ou não, somente nos casos de aborto por motivo de estupro que são exigidos alguns requisitos tal como se a progenitora for menor de idade ou incapaz o consentimento dar-se-á por seu representante legal. Nos casos de violência sexual, a realização do aborto é praticada pela rede pública de saúde com a apresentação do boletim de ocorrência juntamente com a declaração da gestante (BRAUNER, 2003).

Recentemente pacificado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF-Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 que alega ofensa à dignidade humana da mãe, que se vê obrigada a carregar no ventre um feto que não teria condições de sobreviver após o parto, pois a tese adotada pelo relator consiste na má formação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Dessa forma, segundo a ciência médica, causa-se morte em 100% dos casos, o feto se alcançar o final da gestação, sobrevive minutos ou dias no máximo, visto que para o direito é um natimorto cerebral (STF, 2012).

O voto do relator trouxe como dado relevante o fato do Brasil figurar em quarto colocado em que pese casos de fetos anencefálicos, ficando atrás apenas do Chile, do México e do Paraguai, além de trazer o direito à vida não como um direito intocável e absoluto, mas sim, ganhando contornos mais amplos e atraindo proteção estatal de forma mais intensa, a medida que ocorre o seu desenvolvimento (STF, 2012).

Visto que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não

tem sequer expectativa de vida extra-uterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, sendo que o resultado final será a morte do feto, indo de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (STF, 2012).

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (STF, 2012).

Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo o aborto foi considerado como um grave problema de saúde pública, e em 1995 na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Beijing, adotou-se a recomendação que fosse revista às leis que punem as mulheres que recorrem à interrupção voluntária da gravidez, sendo importante frisar que o Brasil é signatário sem reservas de ambos os programas implantados nas conferências. Dessa forma é nítido que o Brasil está violando direitos humanos internacionalmente protegidos (PIOVESAN, 2007).

Visto que devido a estas conferências a comunidade internacional por meio dos comitês da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e sobre Direitos Humanos recomendaram ao Brasil uma revisão na legislação vigente para que possam garantir os direitos inerentes às mulheres e que principalmente passem a tratar a entidade do aborto como um grave problema de saúde pública (PIOVESAN, 2007).

Visto isso, é propício que se discorra sobre a tutela jurídica do direito fundamental à vida e do princípio da autonomia da vontade diante das práticas abortivas, analisando os aspectos tanto dos direitos dados as mulheres quanto o direito a vida do embrião/feto, onde busca-se enfim encontrar alternativas para que todos os interessados tenham seus direitos assegurados.

3 A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DIANTE DAS PRÁTICAS ABORTIVAS

A vida é tratada e entendida por diversas perspectivas nas mais diversas civilizações, bem como divergente dentro de uma mesma sociedade ao ponto de proteger o embrião fecundado no corpo da genitora com extrema rigidez ou simplesmente ser favorável ao aborto até o momento do nascimento. Ocorre, que a simbiose no corpo da mãe pode vir a gerar colisões de interesse que somente serão resolvidas por meio de ponderações (ROXIN, 2008).

Embora a vida intrauterina goze de proteção constitucional o grau de sua intensidade é menor em comparação ao nascituro, mas é percebido que a proteção dada desde o embrião aumenta substancialmente ao passo de seu desenvolvimento, portanto não se equipara a vida intrauterina e a extrauterina (SARMENTO, 2007).

O Código Penal Brasileiro não se preocupou necessariamente com uma expressa posição referente ao início da vida, portanto é possível sustentar em tese diversos posicionamentos, tais como o entendimento que o embrião não pode gozar da mesma proteção que um homem já nascido, bem como nos casos de embriões que se encontram extra uterinamente, casos esses crescentes hodiernamente (ROXIN, 2008).

Ó Catão (2004) diz que o direito a vida propriamente dito está condicionado ao nascimento com vida, sendo que o nascituro apenas possui uma mera expectativa de direito à vida. Dessa forma ao analisar a diferença entre “vida humana e pessoa humana” ao passo que são dois institutos diferentes, vê-se que o embrião é humano, pois pertence à espécie *homo sapiens* sendo dotado de identidade própria e mesmo dentro da gestante é um ser único, mas ainda não é pessoa, somente em potencial, com seus direitos tutelados, mas não podendo ser equiparado ao tratamento dado à pessoa (SARMENTO, 2007).

Sarmento (2007) acrescenta que esta visão intermediária que reconhece os direitos dados à vida intrauterina atribuindo a ela proporção ligeiramente inferior à dada a extra-uterina é amplamente aceita em que pese às demais Nações, sendo

praticado por diversos tribunais inclusive estando em harmonia com a ordem constitucional brasileira, visto que acima de tudo possui respaldo científico.

Importante ressaltar que esta é a análise de apenas um dos lados em suas diversas perspectivas, mas quando entra-se no mérito do direito à vida em si, é perceptível que inúmeros outros direitos fundamentais são afetados. Feriria o direito a saúde da mulher, obrigá-la a conviver com o fruto traumático de um estupro ou com a gravidez de anencéfalo que não teria chances de sobrevivência pós-útero, seria um natimorto visto do ponto de vista jurídico.

A grande questão versa sobre se o feto tem direito intrínseco a vida ou não e se a mulher grávida possui direitos menos relevantes em comparação, pergunta esta extremamente complicada, tendo em vista o fato de ter-se interiorizado a ideia de que tirar uma vida é algo ruim ou mau, mesmo embora no caso concreto não seja ruim. Assim, acredita-se que mesmo que o feto não tenha direitos ou interesses eles não podem de forma alguma ser violados, ou seja, acredita-se verdadeiramente na ideia que a vida é sagrada independentemente de qualquer coisa (DWORKIN, 2009).

Para uma possível resolução desse impasse, Roxim admite duas hipóteses que denomina como "solução de indicações" e "solução de prazo". Em princípio as "solução de indicações" são entendidas como havendo punibilidade para o aborto, contudo, pode vir a ser justificado e impunível desde que realizado por um médico a requerimento da gestante baseado em situações como perigo de vida à gestante, gravidez decorrente de abuso sexual entre outros. Enquanto, a "solução de prazo" permite dentro de determinado prazo, geralmente um lapso temporal de três meses a requerimento da mãe interromper a gestação sem qualquer justificativa, muito embora após esse prazo somente com prescrição médica (ROXIN, 2008).

Cabe mencionar que as divergências entre a proibição e a liberação do aborto basicamente são fundadas em valores morais, filosóficos e, sobretudo religiosos e no que se refere ao direito à vida, necessário se faz questionar os direitos do indivíduo de forma ampla, pois todos de forma geral são tutelados igualmente pelo Estado, mas ao passo que exista uma busca de obrigar este sem considerar os demais vieses, perde-se o princípio basilar da igualdade, isto levando em

consideração o que move tal conduta, se é exclusivamente por razões públicas ou se deixar ser afetada por questões externas como a religiosa (SARMENTO, 2007).

Na Alemanha, por exemplo, o aborto deve ser realizado por médico a requerimento da gestante no lapso temporal de 12 semanas desde a concepção, tendo sido submetida a orientação da "repartição de aconselhamento em casos de conflitos na gravidez" em pelo menos três dias anteriores a cirurgia. Esse aconselhamento tem um viés de encorajamento a gestante com o propósito de manter a gestação responsável e consciente, entendendo que a decisão final só cabe a ela (ROXIN, 2008).

Roxim (2008) assevera que os interesses vitais da mulher devem prevalecer sobre os do embrião, mas que de qualquer forma o Tribunal constitucional alemão peca no mundo dos conceitos jurídicos, pois admitir um aborto até os três primeiros meses de gestação trata-se de unilateralidade, além de fazer referência apenas a realidade do ponto de vista social, embora a solução do aconselhamento traga do ponto de vista prático maior efetividade, muito embora uma mulher decidida a um aborto possivelmente não retroagirá.

O embrião tanto do ponto de vista brasileiro quanto do alemão é similar, pois é protegido somente contra o homicídio doloso, por meio da incriminação do aborto. Tendo em vista que o momento específico do nascimento não é tratado com exclusividade pelo direito brasileiro sendo apenas registrado no Código Civil com a menção ao nascimento com vida, enquanto a Alemanha aduz já no início do nascimento com as dores do parto, com isso, entende-se que lesões provocadas esporadicamente durante o processo de nascimento deixariam de ser puníveis caso fossem entendidas como conduta culposa (ROXIN, 2008).

Em que pese os direitos encontra-se de um lado a sociedade buscando proteger a todos que nela façam parte, independente se for de forma subjetiva com mera expectativa de vida ou de outros direitos das mulheres e seus interesses reais devendo ser respeitada sua dignidade. Dessa forma encontra-se o conflito de inúmeros direitos fundamentais envolvendo a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos

individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (STF, 2012).

Dessa forma se faz necessário o entendimento que em nenhuma hipótese um direito fundamental deve suprimir outro numa colisão, isso porque os princípios não são eliminados como as normas que estão em desacordo com o ordenamento jurídico. E com base nisso se entende que se deve sacrificar o mínimo para que o máximo de direitos fundamentais possa vigorar (FREITAS, 2005).

Portanto, a liberdade e a igualdade, direitos estes tidos como fundamentais são condições de convivência dos demais valores inexistindo hierarquia entre eles, dessa forma devem ser vistos e usados como vetores para uma vida digna para todos e não somente para os que compartilham dos mesmos pressupostos (STF, 2012).

Com isso, nota-se que o direito a vida e o direito a autonomia do corpo da mulher dentre os outros princípios atingidos entram em colisão quando o tema do aborto é iniciado, mas visto que esses princípios podem ser sopesados aplicando o princípio da proporcionalidade buscando uma ponderação em que o resultado possa ser visto em análise ao caso fático e jurídico trazendo uma maior justiça para os interessados, visto que na seara da vida tudo está em constante desenvolvimento e ocorrem mudanças instantâneas não podendo permanecer reféns de um direito ou reféns de um direito estático.

Com isso o direito de forma alguma deve manter-se engessado visto a medida da complexidade da sociedade que diverge muito da estabelecida pelo código penal de 1940. Logo, não se aconselha manter o direito à vida como um direito intocável, mas admitir a harmonização dos direitos fundamentais de acordo com o princípio da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Embora a Constituição Federal ratifique a posição nacional no que tange ao direito à vida como direito fundamental, nota-se que o direito a liberdade e em consequência a autonomia da vontade também direito fundamental mantém-se em constante colisão ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este norteador da legislação brasileira.

A sociedade de forma geral continua sofrendo modificações, mudando valores, o que é percebido claramente em que pese à entidade do aborto que deveras foram às alterações sobre suas possibilidades, tanto de cunho filosófico, religioso, social ou jurídico. E não pode-se deixar de mencionar que o Código Penal vigente é datado do ano de 1940, deixando assim a letra da lei mais dura e em descompasso com a realidade social. Bem como, considerando o fato do aborto não ser novidade na contemporaneidade possuindo registros de sua prática nas mais longínquas civilizações.

Ressalta-se ainda o fato do Brasil ser signatário de tratados internacionais de proteção às mulheres e violá-los constantemente, apesar das recomendações dos órgãos competentes que solicitaram uma legislação mais branda e adequada de acordo com a realidade atual que levasse em consideração o problema social vivenciado.

Logo, não se trata de ser favorável ou estar em desacordo com a prática do aborto, se trata da possibilidade de ponderação entre os princípios fundamentais em que passe a ser analisado e respeitado o direito de todos os envolvidos de acordo com sua relevância, sem negligenciar o princípio da dignidade humana em favor de tabus ou preceitos religiosos, entendendo que ter direito a uma vida digna é não a proteção concedida à vida do embrião, mas também os direitos das mulheres em todas as suas concepções respeitando o ideário de um Estado laico e pluralista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. M de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BAEZ, N. L. X. Direitos Humanos, Direitos Do Homem e a Morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, N. L.X.; LEAL. R. G.; MEZZAROBBA, O. (Coord). –**Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito, 2010.

BERLIM, I. **Quatro Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira-Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAUNER, M. C. C. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: Conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação histórica dos Direito Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAHRENDORF, R. **Sociedade e liberdade**: para uma análise sociológica do presente. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981 (Coleção Pensamento Político). Título original: Gesellschaft und Freiheit: soziologischen Analyse der Gernwant.

DWORKIN, R. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FREITAS, J – O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, I. (Orgs). – **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ajuris, 2005.

GALINDO, B. **Direitos Fundamentais**: Análise de sua Concretização Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**, 3ª. ed, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JUNGES, J. R. **Bioética. Perspectivas e Desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

Kant, I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: **Os Pensadores-Kant**. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, E. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LASKI, H. J.H. **A Grammar of Politics**. 6.ed. Londres, 1934.

Ó CATÃO, M. do. **Biodireito**: Transplante de órgãos humanos e direito de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

PEIXINHO, M. M. Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais. In; VIEIRA, J. R. (Org). **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar. 2003.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Ed ver e atual. São Paulo: Saraiva 2011.

PIOVESAN, F. – Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto inseguro como violação aos Direitos Humanos. In; SARMENTO, D; PIOVESAN, F. (Orgs). – **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luis Greco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, D. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxirAkb5hB8J:boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada/at_download/file+&cd=7&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

SARMENTO, D – Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto inseguro como violação aos Direitos Humanos. In; SARMENTO, D; PIOVESAN, F. (Orgs). – **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, R. P. **Introdução ao Biodireito**: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Lrt, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. J. 12/04/2012. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 15 março. 2016.

THEODORO, M. A. **Direitos Fundamentais e sua Concretização**. Curitiba: Juruá, 2002.

WARNOCK, B. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In; GARRAFA, V; PESSINI, L (Org.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Edições Loyola. 2004.

COMO CITAR ESTE ARTIGO

BAEZ, N. F. X.; STEFFEN, S. E. Direito Fundamental à vida e o Princípio da Autonomia da Vontade: uma visão histórica diante das práticas abortivas. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 42, n. 02, p. 254-272, jul./dez. 2016.



Exceto onde especificado diferentemente, a matéria publicada neste periódico é licenciada sob forma de uma [licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).