

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

GABRIELA SANTIAGO DE ALENCAR

LIBERDADES INDIVIDUAIS: EUTANÁSIA E ABORTO
O DIREITO DE VIVER E MORRER

Rio de Janeiro
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

GABRIELA SANTIAGO DE ALENCAR

LIBERDADES INDIVIDUAIS: EUTANÁSIA E ABORTO
O DIREITO DE VIVER E MORRER

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Eduardo Moreira.

ORIENTADOR: Professor Eduardo Moreira

Rio de Janeiro
2017

GABRIELA SANTIAGO DE ALENCAR

LIBERDADES INDIVIDUAIS: EUTANÁSIA E ABORTO

O DIREITO DE VIVER E MORRER

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Eduardo Moreira.

Aprovada em _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor Eduardo Moreira (Orientador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ)

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ)

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ)

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

*À minha irmã, Barbara, por sempre me apoiar em todos os momentos.
À minha mãe, por acreditar em mim e em meu sucesso, mais do que eu mesma.*

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein

RESUMO

Pretende-se demonstrar, nesta obra, o que é e como se classifica a eutanásia e o aborto, a partir disso, demonstra-se a importância dos direitos fundamentais em ambos os casos e como eles embasam as teorias pró e contra ambos os institutos.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais, Eutanásia, Aborto.

ABSTRACT

The intent of this work is to demonstrate what is euthanasia and abortion, and how to classify them. Furthermore, the importance of the fundamental rights are demonstrated in both cases, in addition to how they substantiate the theories for and against both institutes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGINT no ARESP – Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

HC – Habeas Corpus

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.2 CARACTERÍSTICAS	16
2.2.1 Historicidade.....	16
2.2.2 Universalidade	16
2.2.3 Inalienabilidade, Irrenunciabilidade e Imprescritibilidade.....	17
2.2.4 Proibição do Retrocesso	17
2.2.5 Relatividade	18
2.2.6 Concorrência.....	18
2.2.7 Eficácia Vertical e Horizontal.....	19
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	20
2.4 DIREITO À VIDA	22
2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	23
2.6 EUTANÁSIA	25
2.6.1 Princípio da Autonomia.....	25
2.7 ABORTO	26
2.7.1 Princípio da Autonomia.....	26
2.7.2 Liberdade Sexual e Reprodutiva	27
3. EUTANÁSIA.....	28
3.1 CLASSIFICAÇÃO	29
3.1.1 Eutanásia Ativa	29
3.1.2 Ortotanásia.....	31
3.1.3 Distanásia.....	32
3.1.4 Suicídio Assistido	33
3.2 ÉTICA E MORAL.....	34
3.2.1 Casos Emblemáticos	39
3.2.1.1 O Caso Terri Schiavo	40
3.2.1.2 O Caso Nancy Cruzan	40
3.2.1.3 O Caso Ramón Sampedro.....	41
3.2.1.4 O Caso Vincent Humbert.....	41
3.3 EUTANÁSIA NO BRASIL.....	42
3.3.1 Jurisprudência	44
4. ABORTO.....	48
4.1 HISTÓRICO DO ABORTO	48
4.1.1 Estados Unidos.....	50
4.1.2 Uruguai.....	51
4.2 O ABORTO NO BRASIL	52
4.2.1 ADPF 54 e a Legalização do Aborto de Fetos Anencéfalos	54
4.2.2 Aborto no Primeiro Trimestre de Gestaçã.....	59
4.2.2.1 Inconstitucionalidade da Criminalização da Interrupção da Gravidez Voluntária da Gestaçã Efetivada no Primeiro Trimestre.....	60
5. CONCLUSÃO	64
6. REFERÊNCIAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo tratar dos temas da eutanásia e do aborto. Para tanto, faz uma análise preliminar dos direitos fundamentais, de sua importância e características.

O primeiro capítulo dedica-se exclusivamente a abordar o tema dos direitos fundamentais, através dele demonstra-se que os direitos fundamentais não são absolutos, que devem ser analisados em cada caso, levando-se em conta o princípio da relatividade e da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem como função garantir que a ação do Estado no intuito de resguardar direitos fundamentais, seja compatível com o fim, isso que significar que, deve haver uma proporção na atitude do Estado.

Em seguida, o presente trabalho dedica-se a abordar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, demonstrando sua importância na discussão sobre eutanásia e aborto.

O segundo capítulo dedica-se ao tema da eutanásia, momento a partir do qual define o significado do termo e apresenta a classificação nos seguintes tipos (i) ativa; (ii) passiva ou ortotanásia; (iii) distanásia; e (iv) suicídio assistido.

Em seguida, aborda-se a questão da ética e da moral e o quanto essa questão influencia as opiniões contrárias ou a favor da eutanásia, apresentando-se, posteriormente casos emblemáticos, de pessoas que escolheram praticar a eutanásia e os motivos que as levaram a tanto. Essa apresentação de fatos ajuda o leitor a entender a gravidade do tema e, principalmente, a ver a questão com outros olhos, que não apenas os de que a vida é um direito superior a todos os outros.

Por fim, mostra-se a eutanásia na legislação brasileira. Em nossa legislação não há a classificação da eutanásia como crime, motivo pelo qual ela é tratada como homicídio doloso

que, pode alcançar a condição de privilegiado, com conseqüente redução de pena.

Apresenta-se, ainda, Projeto de Lei do Senado que objetiva alterar o Código Penal com a inclusão da eutanásia na parte especial, em seguida empoe-se a jurisprudência brasileira sobre o tema.

O terceiro e último capítulo refere-se ao aborto, momento a partir do qual se define o significado da palavra e apresenta-se sua origem histórica, com indicação de como o tema é tratado nos Estados Unidos e no Uruguai.

Em seguida, passa-se a falar a respeito da legislação brasileira sobre o aborto, a qual criminaliza o aborto provocado nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal¹.

Por fim, o trabalho apresenta dois casos emblemáticos brasileiros sobre a questão do aborto, que são a ADPF 54², que legaliza o aborto de fetos anencéfalos e o julgamento do HC 124.306³, o qual autoriza, em um caso específico, o aborto no primeiro trimestre de gestação.

Assim, por meio desse estudo, pretende-se oferecer uma singela contribuição acadêmica ao debate acerca dos temas da eutanásia e do aborto, posicionando-se no sentido de que as liberdades individuais devem ser respeitadas, para que seja permitido a todos o direito de autodeterminar-se.

¹ BRASIL, 1940.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgem com o constitucionalismo, ou seja, a partir do momento em que passa a existir um limite de atuação do Estado, que é a constituição.

Os autores divergem sobre quando teria se manifestado pela primeira vez esse limite, o que está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais.

A doutrina tradicional, defende que o fenômeno constitucional surgiu na Inglaterra, com o advento da *Magna Charta Libertaum*, assinada pelo rei João Sem Terra.

Em 1215, quando o rei João Sem Terra assumiu, em plena época feudal, não possuía feudos, pois não era primogênito. Dessa forma, era politicamente frágil, o que facilitou a intervenção dos barões feudais em seu governo. Os barões feudais possuíam o dinheiro – as terras – e o poder, caracterizado como influência política, por essa razão, forçaram o rei a assinar uma Carta de Direito, que ficou conhecida como Carta Maior de Liberdade (*Magna Charta Libertaum*).

Essa foi a primeira declaração formal de direitos, de acordo com a doutrina tradicional. Importa destacar, no entanto, que esses direitos eram voltados apenas para a elite daquela época, tendo em vista que foi elaborada pelos senhores feudais.

Carl Schmitt⁴, por sua vez, assevera que a Magna Carta não pode ser considerada a primeira constituição, pois, como dito acima, não resguarda os direitos de todo o povo, apenas da elite. Para Schmitt, a primeira constituição propriamente dita seria o *Bill of Rights*, que surgiu na Inglaterra após a Revolução Gloriosa, momento em que passa a vigorar nesse país o parlamentarismo, com a figura do rei como mero chefe de Estado, cabendo a chefia de governo ao primeiro-ministro.

Apesar de posterior aos acontecimentos acima descritos, a Revolução Francesa foi a

⁴ SCHMITT, 1928.

responsável por popularizar os direitos dos cidadãos, momento a partir do qual os direitos fundamentais passam a ser direitos essenciais ao estado democrático de direito.

2.1 FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Dirley da Cunha Junior⁵, é de grande importância para a teoria dos direitos fundamentais a busca dos fundamentos que justificam os direitos do homem. Para ele, os direitos fundamentais têm como fundamento filosófico o fundamento moral.

Antes de serem direitos positivados, os direitos humanos fundamentais são direitos morais decorrentes da própria condição humana. E como tais, ainda que não positivados, devem ser observados e respeitados, por exigência de uma consciência ética coletiva, consistente na convicção generalizada da comunidade de que o homem só vive, convive e desenvolve suas virtualidades se alcançar um estágio ideal de dignidade.⁶

Apesar disso, Dirley afirma que, para que os direitos fundamentais tenham efetividade, precisam ser positivados⁷, esse fenômeno foi denominado de constitucionalização dos direitos humanos, ou seja, passou-se a prever na constituição os direitos fundamentais, e não apenas isso, estes direitos são tratados como imutáveis, as chamadas cláusulas pétreas.

Importa destacar que os direitos fundamentais, apesar de serem direitos morais, são uma construção histórica, ou seja, variam de época para época e de lugar para lugar. Hoje a igualdade entre os sexos e a liberdade sexual é direito fundamental no Brasil, coisa que nunca se veria há anos. Sobre o tema, afirma Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos

⁵ CUNHA JUNIOR, 2012.

⁶ CUNHA JUNIOR, 2012, p. 633.

⁷ CUNHA JUNIOR, 2012.

históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental em uma época histórica e numa determinada civilização, não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.⁸

2.2 CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais – como categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial num Estado Democrático de Direito, possuem características comuns que os identificam entre si e os distinguem das outras categorias jurídicas⁹, as quais serão a seguir expostas.

2.2.1 Historicidade

Como já dito anteriormente, os direitos fundamentais são construção histórica, pois mudam dependendo da época e do lugar. Por essa razão, ele não pode ser absoluto, pois é mutável.

Dirley afirma que:

Enquanto históricos, eles são mutáveis, e portanto, sujeitos a transformações e ampliações, bastando um foco de luz sobre as declarações de direitos para nos apercebermos que os direitos de liberdade, sucederam aos direitos de igualdade e solidariedade.¹⁰

2.2.2 Universalidade

⁸ BOBBIO, 1992, p. 5, 19.

⁹ CUNHA JUNIOR, 2012.

¹⁰ CUNHA JUNIOR, 2012, p. 638.

Os direitos fundamentais são universais, ou seja, são destinados a todos os seres humanos. É da essência dos direitos do homem a universalidade.

Importa destacar, que apesar de universais, os direitos humanos não são uniformes, isso porque assumem um contexto distinto em cada realidade e em cada tempo.

Vale lembrar que, estamos caminhando cada vez mais para uma universalidade e uniformidade dos direitos humanos, em razão dos tratados internacionais voltados a proteção da pessoa humana, cada vez mais os direitos fundamentais deixam de pertencer a cada nação e passam a ser vistos como globais.

2.2.3 Inalienabilidade, Irrenunciabilidade e Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais são inalienáveis, ou seja, não se encontram à disposição de seu titular, não podem ser vendidos ou dados; são irrenunciáveis, pois, o seu titular não pode deles dispor, apesar de ser permitido a autolimitação de tais direitos e são imprescritíveis, pois não prescrevem com o passar do tempo, não perdem sua eficácia.

2.2.4 Proibição do Retrocesso

Os direitos fundamentais são o resultado de um processo evolutivo, direitos garantidos aos cidadãos ao longo da história, e não podem, de forma alguma, serem suprimidos ou abolidos.

Para Canotilho¹¹, os direitos sociais após obtidos passam a constituir uma garantia constitucional e um direito subjetivo.

¹¹ CANOTILHO, Ano.

2.2.5 Relatividade

Nenhum direito fundamental é absoluto, caso assim o fosse haveria um entrave na evolução dos direitos, pois a manutenção do *status quo* seria iminente. Por exemplo, se o direito à vida fosse absoluto, não haveria a possibilidade de, em um caso concreto, como gravidez de fetos anencéfalos, optar-se pelo aborto, levando-se em conta direitos como da dignidade da mulher.

É necessário, portanto, haver uma ponderação de valores, uma relativização, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, de modo que acarrete o sacrifício definitivo de algum deles.

Isso quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará à invasão do âmbito de proteção de outro. É o que, vezes a fio, ocorre entre o direito de informação e o de privacidade, ou entre o direito de opinião e o direito à honra. Nestes casos, a convivência dos direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca.¹²

Para Dirley da Cunha, não há uma limitação a qualquer direito fundamental de forma abstrata, a limitação apenas pode ocorrer de forma concreta, em casos concretos¹³. Isso porque limitar abstratamente significaria aplicar juízo de valor sobre os direitos, determinando quais são mais importantes.

2.2.6 Concorrência

Os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, isso ocorre por não serem absolutos.

¹² ARAUJO; NUNES JÚNIOR, Ano, p. 83.

¹³ CUNHA JUNIOR, 2012.

Dessa forma, podem estar em conflito um com os outros, nesses casos, não se pode estabelecer qual direito vai prevalecer, apenas analisando o caso concreto, com base em critérios de proporcionalidade será possível fazer essa definição.

Lembrado que, deve-se buscar a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, através da ponderação de valores.

2.2.7 Eficácia Vertical e Horizontal

Antigamente, acreditava-se que os direitos fundamentais tinham eficácia apenas na relação entre o cidadão e o Estado, ou seja, eficácia vertical entre um ente superior que é o Estado e um inferior, cidadão.

Porém, surge na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, através da qual entende-se possível a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Essa teoria é bastante utilizada no Brasil, principalmente em casos que relacionam o direito à vida e à saúde. A jurisprudência vem entendendo que há sim incidência dos direitos fundamentais entre particulares.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO DE
PROCEDIMENTO POR INDICAÇÃO MÉDICA. RECUSA DE
COBERTURA. ABUSO. DANO MORAL VERIFICADO.
RESPONSABILIDADE CIVIL.
JURISPRUDÊNCIA. VALOR COMPENSATÓRIO. REVISÃO.
DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.

1. Considerando o quadro clínico do segurado e a necessidade de imediato tratamento, a recusa indevida do Plano de Saúde revela-se abusiva e atentatória à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, configurando dano moral in re ipsa, o qual dispensa a comprovação de prejuízo aos direitos da personalidade no caso concreto. Precedentes desta Corte Superior.

2. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.¹⁴

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO.

DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA.

(...)

2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais.

5. Recurso especial a que se nega provimento.¹⁵

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade diz respeito à compatibilidade entre meios e fins, ou seja, permite à análise da equivalência quantitativa entre a causa e o efeito, meio e fim, ato e consequência. Isso quer dizer que, a atitude tomada pelo Estado deve ser proporcional ao direito que está sendo desrespeitado.

Para Ingo Scarlet,

O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo ineficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretocáveis violações ao princípio.¹⁶

São elementos do princípio da proporcionalidade, a adequação, a necessidade e a

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, www.stj.jusbrasil.com.br.

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, www.stj.jusbrasil.com.br.

¹⁶ SCARLET, 2003, p.111.

proporcionalidade/ponderação. Os três significam, respectivamente, que (i) o meio utilizado para restringir o direito deve ser adequado ao fim que se quer alcançar; (ii) o meio utilizado para restringir o direito deve ser estritamente necessário; e (iii) deve haver ponderação na restrição dos direitos.

O Ministro Barroso, em seu voto-vista no julgamento do HC 124.306¹⁷, utiliza como argumento o princípio da proporcionalidade, da seguinte forma.

Com relação à adequação, afirma que apesar de proibido, o aborto é feito em larga escala, isso significa que, a proibição não impede a prática do aborto, apenas faz com que as mulheres mais pobres sofram com mutilações e até mesmo a morte, em virtude de procedimentos clandestinos, ou seja, “a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto.¹⁸”

Com relação à necessidade, o Ministro afirma que é preciso saber se existem outros meios, que não a tutela penal, que possam proteger a vida do nascituro, mas que não firam direitos fundamentais da mulher. Tais meios seriam distribuição de contraceptivos e instrução às mulheres, auxílio para que as mulheres que queiram ter o filho tenham condições de criá-los, entre outras questões. Dessa forma, a criminalização do aborto muito dificilmente seria aprovada no teste de necessidade¹⁹.

Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito “é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto.²⁰”

Sobre essa questão, Barroso afirma que, a criminalização do aborto não protege à vida do feto, tendo em vista que as mulheres não deixam de abortar em razão da proibição, o que a

¹⁷ HC 124.306, entende pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Será melhor abordado no capítulo 4.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, www.stf.jus.br.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, www.stf.jus.br.

criminalização gera é aumento de mulheres em idade fértil que morrem em razão de procedimentos clandestino e consequente sobrecarga no sistema de saúde²¹.

Outra questão abordada é que o grau de proteção ao feto deve ser maior na medida em a gestação avança e o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.

Para Barroso,

Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.²²

2.4. DIREITO À VIDA

Dentre os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, está o direito à vida, o qual encontra-se consagrado no caput do artigo 5º: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”²³.

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma em seu artigo 3º que “todo homem tem direito à vida (...)”²⁴.

Para Dirley da Cunha, o direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante.²⁵

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017.

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, www.stf.jus.br.

²³ BRASIL, 1988, Art. 5º.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, Art. 3º.

²⁵ CUNHA JUNIOR, 2012.

Dessa forma, percebe-se que o direito à vida está ligado à dignidade da pessoa humana, é o direito de existir com dignidade.

Nesse sentido Lenza entende que “o direito a uma vida digna é garantir as necessidades vitais básicas do ser humano e proibir qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalho forçados, cruéis, etc”²⁶

O direito à vida é garantido na Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana, o que é bastante contraditório com o próprio direito, pois manter alguém vivo, em estado de sofrimento, contra a sua vontade, parece fazer com que essa pessoa viva uma espécie de tortura, não há nenhuma dignidade nisso.

2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se recepcionado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, pois vem a ser um valor supremo de ordem jurídica, considerado um dos princípios mais importantes por englobar todos os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, começando pelo direito à vida e chegando ao direito de realização plena.

Art. 1º A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.²⁷

Segundo Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana:

²⁶ LENZA, 2008. p.

²⁷ BRASIL, 1988, Art. 1º, inciso III.

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.²⁸

Mencionado princípio, ainda no plano normativo, já aparecia consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao se estipular que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos”, sendo “dotadas de razão e consciência e devem agir umas às outras com espírito de fraternidade”.²⁹

José Afonso da Silva acredita que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, é algo inerente à própria natureza humana e, por isso, teve a existência reconhecida pela constituição³⁰.

Tamanha a força da dignidade da pessoa humana, que se entende, no atual sistema constitucional, ser ela cláusula geral da qual se irradiam todos os demais direitos fundamentais, sejam previstos no artigo 5º da Constituição Federal, tais como o direito a liberdade, igualdade e, inclusive, o direito à vida.

Dessa forma, entende-se que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco da personalidade e se manifesta na autodeterminação da própria vida, juntamente com a pretensão de respeito por parte das demais pessoas.

Percebe-se, dessa forma, que o princípio encontra-se vinculado a cada indivíduo pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, raça, saúde mental, crença religiosa, convicção filosófica ou política, em respeito às características próprias da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana se relaciona com a possibilidade de a pessoa conduzir a sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não viole

²⁸ MORAES, 2006, p. 128.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, www.unicef.org.

³⁰ SILVA, Ano.

direitos alheios, trazendo como uma de suas vertentes, a autonomia do indivíduo, a liberdade e o poder de autodeterminação.

Isto posto, e tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto, cabe demonstrar como tal princípio está presente nas questões relativas a eutanásia e ao aborto e como ele se relaciona com o direito à vida.

2.6 EUTANÁSIA

2.6.1 Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia tem como base fundamental a liberdade e a igualdade, tal princípio preza que o indivíduo deve ter sua vontade respeitada em todas as ocasiões, desde que não afete terceiros.

Nesse sentido, Diniz entende que:

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo, com isso, a introdução alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.³¹

Dessa forma, pessoas que defendem a prática da eutanásia usam como argumento principal, o princípio da autonomia. Tal princípio mostra que o indivíduo que se encontra em estado de sofrimento, acometido por doença terminal ou incurável tem o direito de dispor sobre sua própria vida, mesmo que isso signifique dar fim a ela.

³¹ DINIZ, 2006, p. 16.

A autonomia está também intrinsecamente ligada à dignidade, ao respeitar a autonomia do enfermo, respeita-se sua dignidade.

2.7 ABORTO

2.7.1 Princípio da Autonomia

Deve-se sempre respeitar a vontade das pessoas, a elas é garantido a livre decisão sobre como irá levar a sua vida e o que irá fazer com seu corpo. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci afirmou:

Certa intervenção do estado na esfera do particular é sim necessária e útil dentro do que propões o próprio conceito de estado e de liberdade individual. Ocorre que esta intervenção deve sempre respeitar os direitos das pessoas e sua dignidade aos moldes do que prega o Estado democrático de Direito.³²

A autonomia da mulher corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Para o Ministro Barroso, “todo o individuo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o estado e a sociedade não têm o direito de intervir.”³³

O princípio da autonomia está vinculado também ao direito de autodeterminação e liberdade sexual e reprodutiva da mulher.

³² NUCCI, 2012, p.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, www.stf.jus.br.

2.7.2 Liberdade Sexual e Reprodutiva

Há anos as mulheres sofrem opressão em razão do machismo dominante em nossa sociedade. O reconhecimento de seus direitos sexuais e reprodutivos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), conhecida como Conferência de Cairo, realizada em 1994 e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir de então começa a se desenvolver a ideia de liberdade sexual da mulher em sentido estrito e emancipatório, como se demonstra no capítulo VII, da Conferência de Cairo, transcrito a seguir.

Capítulo VII Direitos de reprodução e saúde reprodutiva:

§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios para assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. **Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos**³⁴.

Dessa forma, a criminalização do aborto vai contra qualquer tipo de liberdade feminina, até porque ao se criminalizar o aborto, põe toda a responsabilidade reprodutiva sobre a mulher, o que não parece justo, tendo em vista que o homem participa do processo reprodutivo.

Assim, a criminalização do aborto evidencia a desigualdade de gênero e coloca sobre a mulher todo o ônus pela gravidez.

³⁴ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, 1994, www.unfpa.org.br, grifo nosso.

3. EUTANÁSIA

A palavra eutanásia deriva de vocábulo grego e significa, literalmente, boa morte (*eu* significa bom e *thanasia*, morte). Na língua portuguesa seu significado é morte serena, sem sofrimento, prática, sem amparo legal, pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável.³⁵

O termo eutanásia surgiu em meados do século XVII, na obra “História da Vida e da Morte”, escrita pelo inglês *Sir. Francis Bacon*, o qual acreditava que os médicos poderiam dispor do direito da pessoa permanecer em estado incurável, devendo, para isso apresentar fundamentação coercitiva, causando assim uma morte indolor e digna. Para José Ildefonso Bizato:

Do grego *eu* e *thanatos*, que tem por significado a morte sem sofrimento e sem dor – para outros a palavra eutanásia também expressa: morte fácil e sem dor, boa morte e honrosa, alívio da dor, golpe de graça, morte direta e indolor, morte suave.”³⁶

Veja que, por tratar-se de questão ligada à vida humana, sua discussão é permanente, no Brasil, a eutanásia é classificada como homicídio doloso, com base no artigo 121, §1º do Código Penal Brasileiro³⁷. Entretanto, importa destacar que não há na legislação brasileira a definição de eutanásia e seu tipo penal, motivo pelo qual a prática da eutanásia apenas gera atenuante de pena.

Existe na sociedade um medo coletivo da morte, ou a forma que se vai morrer. Por essa razão, tirar a própria vida é visto como algo imoral e indigno. Entretanto, como será a seguir demonstrado, existem muitas outras questões em torno da eutanásia e de sua aceitação

³⁵ FERREIRA, 2010.

³⁶ BIZATO, Ano, p. 13.

³⁷ Código Penal Brasileiro. Art. 121. Matar Alguém, §1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral.

ou não, com principal enfoque à dignidade da pessoa humana e ao direito a liberdade de escolha do paciente.

3.1 CLASSIFICAÇÃO

A classificação da eutanásia pode ser feita quanto ao tipo de ação ou quanto ao consentimento do paciente. Dessa forma, divide-se em ativa ou passiva e voluntária, involuntária e não voluntária.

A eutanásia ativa é aquela em que há uma ação para dar fim a vida de uma pessoa que se encontra em estado terminal ou em estado de sofrimento, enquanto na eutanásia passiva há uma omissão, ou seja, não se realiza algum tratamento que objetiva prolongar a vida do paciente, é também chamada de “morte natural”.

A eutanásia voluntária é aquela em que o paciente, demonstra a vontade em dar fim à sua própria vida; a involuntária ocorre quando a morte é provocada contra a vontade do paciente; já a não voluntária ocorre quando o paciente não tem consciência para manifestar sua vontade, exemplo disso, são pessoas em estado vegetativo que dependem de familiares para exercer sua vontade.

Com relação às modalidades, a eutanásia divide-se da seguinte forma: (i) eutanásia ativa ou eutanásia propriamente dita; (ii) ortotanásia ou eutanásia passiva; (iii) distanásia; e (iv) suicídio assistido.

3.1.1 Eutanásia Ativa

A eutanásia ativa, conforme dito anteriormente, é o ato deliberado de provocar a morte

sem sofrimento do paciente, por fins de compaixão e se dá através de um ato direto de terceiro, seja ele médico ou não, no intuito de tirar, de forma rápida e indolor, a vida do paciente.

A discussão em torno da eutanásia ativa é enorme, tendo em vista que levanta muitas questões com difícil resposta, tais como a forma de consentimento que deve ser dada pelo paciente e, principalmente, a moralidade em matar alguém, mesmo que seja ato de vontade deste.

Neste ponto, é interessante citar os argumentos do filósofo Steven Luper em sua obra “A Filosofia da Morte”, na qual ele defende que auxiliar uma pessoa a morrer é moralmente permitido sob o argumento de que “matar pessoas competentes é diretamente errado apenas quando elas não fizeram a opção consciente para ser mortas e matar pessoas incompetentes é diretamente errado apenas se prejudica e na medida em que o faz”.³⁸

Dessa forma, Luper entende que matar é errado em si, mas torna-se moralmente aceito em virtude de elementos que transformam esse ato. Ainda sobre o tema, argumenta que “uma ação pode ter características condenáveis, embora, considerando-se tudo que está em jogo, não seja errada”.³⁹

Partindo-se dessa premissa, a eutanásia ativa, tal qual o nome já diz (boa morte), não pode ser vista como um homicídio e muito menos penalizada como tal, tendo em vista que objetiva resguardar a dignidade da pessoa doente e preservar-lhe o direito a liberdade de escolha.

A Holanda, foi o primeiro país a permitir a eutanásia voluntária ativa e o suicídio assistido a adultos e crianças maiores de 12 anos. Para isso, os Tribunais tiveram que criar diretrizes para regrá-la, quais sejam: (i) deve ser realizada por um médico; (ii) o paciente deve ter solicitado expressamente a eutanásia, de modo que não deixe dúvidas sobre sua vontade de

³⁸ LUPER, 2010, p. 201.

³⁹ LUPER, 2010, p. 171.

morrer; (iii) a decisão do paciente deve ser bem informada, livre e definitiva; (iv) o paciente deve ter problema irreversível que prolongue um sofrimento físico ou mental que se lhe afigura intolerante; (v) o médico que dignosticou a doença deve ter consultado outro profissional que esteja de acordo com sua opinião.

Percebam que as diretrizes holandesas destacam a autonomia do paciente e o seu sofrimento físico e mental como sendo dois dos aspectos primordiais para a realização da eutanásia.

Outro país mundialmente conhecido pela legalização da eutanásia é a Suíça, sendo o único país que permite que estrangeiros pratiquem, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido.

No Brasil, como já dito, não há legislação sobre o tema, sendo a eutanásia classificada como homicídio doloso, com redução de pena se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral.

3.1.2 Ortotanásia

A expressão ortotanásia indica a omissão voluntária do médico em aplicar meios terapêuticos extraordinários ao paciente acometido de doença incurável e que sofre terrivelmente.

A ortotanásia é também entendida como eutanásia passiva, tendo em vista que se trata de um deixar de agir, ou seja, o médico deixa de realizar tratamentos ou internações em UTI para que o paciente terminal morra “de forma natural”, no “tempo correto”.

Quanto a prática ortotanásica, Quintano Ripollés, disse:

Trata-se de não empregar a técnica denominada distanásia, cujo fim é prolongar por meios artificiais a vida de um paciente incurável (...) Em

oposição a esta técnica de prolongamento artificial da agonia, em definitivo prolongamento quase sempre da dor, propõe-se esta forma de eutanásia omissiva ou passiva, à qual se dá o nome de ortotanásia.⁴⁰

Essa forma de eutanásia é geralmente ministrada em pacientes com câncer, nos quais se aplicam altas doses de sedativos e se descarta, muitas vezes, a internação em UTI e até mesmo em hospitais, podendo o paciente finalizar sua vida em casa, perto de parentes, apenas controlando os sintomas da dor.

É uma forma de eutanásia muito aceita pela sociedade e por médicos, e inclusive permitida pelo Conselho de Medicina.

A grande questão a ser debatida nesse caso é qual a real diferença entre a omissão – caso da ortotanásia – e a ação – eutanásia ativa, se ambos possuem o mesmo resultado final.

Veja que, por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.⁴¹

Aparentemente, trata-se de questão puramente moral, pois de forma geral, as pessoas acreditam que se omitir em salvar a vida de alguém não é a mesma coisa que matar alguém diretamente. As pessoas não sentem “culpa” na omissão, o mesmo não ocorre com a ação.

3.1.3 Distanásia

A distanásia, também comumente chamada de “intensificação tereapêutica”, é indubitavelmente o contrário da eutanásia, pois consiste em atrasar o máximo possível o momento da morte, usando todos os meios proporcionais ou não, ainda que não haja esperança alguma de cura, ainda que tal prolongamento signifique infligir ao paciente

⁴⁰ RODRIGUES, 1993, p. 72. Rodrigues reproduz a citação de Quintano.

⁴¹ DWOURKIN, 2003.

terminal sofrimento adicional e que, obviamente, é inútil para afastar a inevitável morte, mas apenas atrasá-la.

Apesar de parecer estranho o possível interesse por tal procedimento, o mesmo não o é, tendo em vista que as pessoas em geral temem demasiadamente a morte, seja o próprio paciente ou sua família, a qual acredita que deve tentar todo o possível para salvar seu ente querido.

Sobre o tema, Dworkin, em sua aclamada obra “Domínio da Vida”, exemplifica: “alguns pacientes insistem que os médicos se empenhem ao máximo em matê-los vivos pelo máximo de tempo possível, e os parentes em geral adotam o mesmo ponto de vista”.⁴²

Por essas razões, a distanásia ainda é muito comum em hospitais em todo o mundo, apesar do alto custo financeiro que gera ao Estado e à família e, principalmente, apesar do sofrimento que proporciona ao paciente terminal.

3.1.4 Suicídio Assistido

O suicídio assistido ocorre quando um agente secundário auxilia na ação, facilitando ou até mesmo sedendo material para que o indivíduo pratique o suicídio. Para Maria Helena Diniz: “suicídio é a hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico”.⁴³

O suicídio assistido ficou mundialmente conhecido devido ao Dr. Jack Kevorkian, um médico de Detroit que a imprensa apelidou de “Dr. Morte”. Esse médico construiu várias máquinas para o suicídio medicamente assistido, sobre as quais escrevia e cujo funcionamento descrevia na televisão. O Dr. Kevorkian, instalou uma delas na parte de trás de sua perua, e para usá-la os pacientes que desejavam morrer tinham que apertar um botão que injeta veneno

⁴² DWOURKIN, 2003, p. 263.

⁴³ DINIZ, 2006, p 373.

através de uma agulha que o médico introduzia na veia.⁴⁴

A Holanda foi o primeiro país a discriminalizar o suicídio assistido, em 2002, para tanto é preciso que a doença seja incurável e que o paciente esteja lúcido e consciente ao pedir ajuda para morrer. A Suíça, por sua vez, é o único país do mundo onde um estrangeiro pode praticar o suicídio assistido.

A Bélgica discriminalizou o suicídio assistido em 2002, sendo o segundo país a permitir o procedimento, exigindo para tanto que o paciente esteja em uma condição médica irreversível, passando por um sofrimento mental ou físico constante e que não pode ser aliviado.

Nos Estados Unidos, o suicídio asisitido é permitido em cinco estados, Washington, Oregon, Vermont, Novo México e Montana.

Na América Latina, o único país que permite o suicídio assistido é a Colômbia, sendo preciso que o paciente seja portador de doença terminal, esteja em sofrimento e faça o pedido consciente. Já no Brasil, não há legislação sobre o tema.

3.2 ÉTICA E MORAL

Ética é um conjunto de valores e princípios usados pelos indivíduos para a decisão de três grandes questões inerentes à vida, que são: quero, devo e posso.⁴⁵ Dessa forma, a moral se manifesta como a prática de uma ética. Ética é a concepção, é princípio, que se traduz numa moral. Assim, a moral é relativa e depende do que o indivíduo tem como referência de ética, ou seja, o que ele quer fazer ele deve e ele pode?

Durante o capítulo, vem se observando que a aceitação ou não da eutanásia está muito

⁴⁴ DWOURKIN, 2003.

⁴⁵ CORTELLA, 2008.

ligada à questões éticas e morais da sociedade como um todo, dos médicos - que seriam as pessoas mais afetadas pela legalização da eutanásia, tendo em vista serem eles os responsáveis pela avaliação do quadro do paciente - do próprio paciente, doente terminal, ou portador de doença incurável e da família.

Tal fato acontece em virtude da dificuldade das pessoas em lidarem com o fim da vida e, principalmente, com o fato de alguém tirar a própria vida. Essa dificuldade está muito ligada com o valor intrínseco dado a vida.⁴⁶ O valor intrínseco de alguma coisa independe do que as pessoas desejam, necessitam, desfrutam de sua utilidade ou do que é bom para elas. Não é uma propriedade nem instrumental nem subjetiva, mas uma qualidade que as coisas possuem por si e em si mesmas. Aquilo que possui valor intrínseco deve ser admirado ou protegido por si mesmo.

Veja que algo tem valor intrínseco independente de existir ou não alguém para admirá-lo, desejá-lo ou atribuir-lhe valor. De acordo com Ronald Dworkin, esse valor intrínseco dado à vida é o grande motivo pelo qual é tão difícil aceitar a eutanásia ou o aborto⁴⁷.

Esse tabu criado em torno da morte, essa ideia de inviolabilidade da vida humana, gera lastros e faz com que a sociedade, em geral, entenda que todos tem que querer viver acima de tudo, que não há motivo algum que leve uma pessoa a querer tirar sua própria vida, tendo em vista que a vida seria o bem mais precioso de cada um.

Entretanto, a questão a que se discute é que por mais que pareça absurdo o fato de alguém tirar a própria vida, isso não impede o outro de querer e, principalmente, essa opinião não deve interferir na liberdade de ninguém. Quando se trata de eutanásia existe um conflito entre princípios fundamentais claro e aparente, o direito à vida, o direito à dignidade da pessoa humana e a autoderterminação.

Tratar de direitos humanos e direitos fundamentais está intrinsecamente ligado a ética

⁴⁶ DWOURKIN, 2003.

⁴⁷ DWOURKIN, 2003.

e moral, tendo em vista que sopesar princípios é tarefa árdua e diretamente ligada ao que cada indivíduo entende como moralmente aceito.

O que se quer dizer é que algumas pessoas põe-se contra a eutanásia por entender que a vida é um bem divino, sagrado e indisponível, outras, por sua vez, entendem que a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer sempre, ou seja, o ponto a que sempre se chega é o que é ético e moral para cada um.

Partindo-se desse pressuposto, importante apresentar a visão do filósofo utilitarista, John Stuart Mill, o qual estabelece que o princípio da utilidade, conhecido como princípio da maior felicidade, é o fundamento da ação moral. Segundo ele:

O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. **Por felicidade se entende prazer e ausência de dor**; por infelicidade, dor e privação de prazer.⁴⁸

Mill reconhece que a felicidade está relacionada com prazer e infelicidade com a ausência dele. Dessa forma, afirma que:

Segundo o princípio da Maior Felicidade, [...] o fim último, com referência ao qual e por causa do qual todas as outras coisas são desejáveis [...] **é uma existência isenta tanto quanto possível da dor**, e tão rica quanto possível em deleites, seja do ponto de vista da quantidade como da qualidade.⁴⁹

Importa destacar, que Mill considera a doença uma das principais fontes de sofrimento humano, ou seja, o que gera maior infelicidade ao homem, sendo a felicidade fundamento da ação moral, parece-nos que manter a dor, no caso ora discutido, manter a vida em si, seria algo contrário à moral.

Fora isso, com relação aos limites do poder que a sociedade pode exercer no

⁴⁸ MILL, 2000, p. 187, grifo nosso.

⁴⁹ MILL, 2000, p. 194, grifo nosso.

indivíduo, Mill, assevera que “o único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais”.⁵⁰

Dessa forma, apresenta o entendimento de que ninguém pode ser forçado a agir ou deixar de agir da forma que deseja, a não ser que tal ação ou omissão afete terceiros. Assim, Mill estabelece o princípio da autonomia:

A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante à sociedade, é a que diz respeito a outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano.⁵¹

Para Mill, tudo que diz respeito ao indivíduo, diz respeito a ele e nada mais, neste campo também esta contemplada a liberdade de gostos, interesses, de fazer o que se deseja levando em conta as consequências.

Veja que Mill afirma que se a ação do indivíduo não afeta a sociedade e não prejudica terceiros, ela não deve ser proibida. Dessa forma, a eutanásia nada mais é do que uma ação de cunho totalmente pessoal, sem nenhum prejuízo a terceiros, exceto a tristeza que será gerada a pessoas próximas e familiares.

No entanto, o que se passa discutir é, e quando o doente não possui consciência ou discernimento para apresentar seu desejo por finalizar a vida? São os casos em que a pessoa encontra-se em estado vegetativo ou em um grau avançado de alzheimer. Nesse caso, não se trata apenas de uma escolha pessoal.

A eutanásia pode ocorrer (i) com o paciente consciente, mas incapaz de agir no intuito de tirar a própria vida, um exemplo é o casos de pessoas tetraplégicas, que mesmo que queiram, são incapazes de exercer sua vontade; (ii) com o paciente inconsciente, ligado a

⁵⁰ MILL, 2000, p. 17.

⁵¹ MILL, 2000, p. 18.

aparelhos e sem nenhuma perspectiva de melhora, dependendo da família para escolher o que deve ser feito da sua vida e; (iii) com o paciente consciente, mas fora de sua condição psíquica normal, caso de pessoas com alzheimer avançado.

Nos casos em que não há consentimento explícito do paciente, a situação torna-se ainda mais difícil, pois a responsabilidade, antes voltada ao paciente e sua liberdade de escolha, volta-se a pessoa que tomará a decisão pela morte.

Em muitos casos, a família informa o desejo expresso pelo paciente enquanto consciente, o desejo de não se ver preso em uma cama em estado vegetativo, mas de toda forma, torna-se difícil basear-se em tal percepção familiar para autorizar um procedimento tão drástico.

Tentando solucionar esse impasse, os Estados Unidos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada, quais sejam os “testamentos de vida”, documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas, ou as “procurações para a tomada de decisões em questões médicas”, documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-la.⁵²

Tais diretrizes antecipadas são bastante questionadas, pois a pessoa signatária pode vir a mudar de idéia ao longo da vida, ou pode pensar de uma forma, por acreditar que viver de certa maneira é insuportável, mas quando se encontra em tal situação pode vir a mudar de opinião.

Fora isso, grande parte da população não assina esse tipo de testamento, seja por desconhecer a forma exata como deve redigi-lo ou, novamente, pelo tabu gerado em torno da morte.

Percebe-se então, que um consenso com relação à forma de autorização da eutanásia é

⁵² DWOURKIN, 2003.

demasiado difícil, por inúmeros motivos. Entretanto, quando se fala de ortotanásia (eutanásia passiva) a situação parece mais fácil.

Conforme dito anteriormente, a própria legislação brasileira é mais pacífica quando o tema é ortotanásia, o Conselho de Medicina, inclusive, permite tal procedimento, se solicitado expressamente pelo paciente.

Isto posto, é interessante perceber que as pessoas podem decidir que não querem ser mantidas vivas artificialmente, ou que não querem fazer algum procedimento que as manterá vivas, mas não podem exigir que alguém as matem. Onde vai se traçar a linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto?⁵³

A complexidade dessa questão está muito ligada ao que as pessoas entendem por moral, poucas pessoas em nossa sociedade “civilizada” teriam coragem de matar alguém de forma direta, mas quantas vezes “fecham os olhos” para coisas que, de alguma forma, também estão matando uma ou mais pessoas.

Ao meu ver, o motivo pelo qual a ortotanásia é muito mais aceita socialmente do que a eutanásia está ligada ao fato de que, apesar do fim ser o mesmo, ao se omitir de tomar uma atitude, subconscientemente não há o sentimento de culpa, entretanto, o mesmo não ocorre quando é necessário injetar veneno para que o paciente morra instantaneamente e, dessa forma, livre-se da dor que lhe aflige.

O ponto a que se chega é que a eutanásia deve ser repensada, levando-se em conta, a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana e, principalmente, mudando-se a idéia de que a morte é uma tragédia a que todos devem temer, no caso de alguns a morte é a benção que mais almejam.

3.2.1 Casos Emblemáticos

⁵³ DWOURKIN, 2003.

3.2.1.1 O Caso Terri Schiavo

Theresa Marie Schindler-Schiavo, americana, de 41 anos, teve uma parada cardíaca em 1990, permanecendo cinco minutos sem fluxo sanguíneo cerebral. Desde então, ficou em estado vegetativo, de acordo com diferentes equipes médicas que a trataram. Os pais de Terri alegaram uma possível agressão do marido, por estrangulamento, que poderia ter sido a causadora da lesão. Dessa forma, houve enorme disputa judicial pela retirada dos aparelhos, disputa essa protagonizada de um lado pelos pais de Terri e de outro por seu marido, Michael Schiavo, o qual argumentou que a esposa havia manifestado verbalmente, enquanto consciente, que não gostaria de permanecer em estado vegetativo, como estava no momento. Após anos de briga judicial, os aparelhos de Terri foram retirados em 19 de Março de 2005.⁵⁴

3.2.1.2 O Caso Nancy Cruzan

Nancy Cruzan, americana, 25 anos, sofreu acidente de carro em Missouri, EUA, ficou em coma por três semanas, com posterior evolução do quadro para estado vegetativo completo, sendo alimentada por uma sonda.

Após inúmeras tentativas de reabilitação, todas mal-sucedidas, os pais de Nancy, juntamente com o marido, solicitaram ao hospital que retirassem os procedimentos de nutrição e hidratação assistida, os médicos, no entanto, se negaram a atender a demanda sem autorização judicial.

Dessa forma, os pais de Nancy em 1989, ajuizaram ação judicial no estado de Missouri, solicitando a autorização. Em 1990, o pedido dos pais de Nancy foi atendido e os

⁵⁴ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82067.shtml>. Acesso em 22/11/2017.

aparelhos foram desligados.⁵⁵

3.2.1.3 O Caso Ramón Sampedro

Ramón Sampedro, espanhol de 26 anos, sofreu acidente ao mergulhar no mar e ficou tetraplégico. Ramón era poeta e escritor e tentou por quase 30 anos que a eutanásia fosse aceita pela justiça espanhola. Argumentava que era direito de cada pessoa dispor de sua própria vida e que, no seu caso, estava impossibilitado de fazê-lo sem auxílio de outras pessoas.

Após tentar de todas as formas possíveis a autorização para prática da eutanásia, Ramón morreu em 12 de janeiro de 1998, por envenenamento com cianeto de potássio, ajudado por sua amiga Ramona Maneiro.

Ramón, gravou um vídeo de sua morte aos juízes, autoridades políticas e religiosas em que questiona o que significa para eles a dignidade e em seguida afirma que para ele o estado em que se encontra não é viver dignamente e que gostaria ao menos de morrer dignamente. Por fim, afirma que “viver é um direito, não uma obrigação, como foi o meu caso⁵⁶”.

3.2.1.4 O Caso Vincent Humbert

Vincent Humber, francês, 20 anos, sofreu acidente automobilístico em 2000, como consequência, ficou em coma por nove meses, sendo, posteriormente diagnosticado que estava tetraplégico, cego e surdo, tendo como único movimento corporal o seu polegar direito, com o qual se comunicava.

⁵⁵ Disponível em: <https://eutanasia11a.wordpress.com/casos-reais/>. Acesso em 22/11/2017.

⁵⁶ Disponível em: <https://eutanasia11a.wordpress.com/casos-reais/>. Acesso em 22/11/2017.

Dessa forma, solicitou aos médicos a prática da eutanásia, sendo-lhe recusado, tendo em vista que na França a eutanásia é prática ilegal. Após a negativa, Vincent tentou de todas as formas possíveis que lhe fosse dado o direito de morrer, tendo, inclusive, escrito carta ao presidente da França, Jacques Chirac, em dezembro de 2002, pedindo-lhe o direito de morrer, seu pedido, entretanto foi negado.

Vincent escreveu um livro, de 188 páginas, intitulado “Peço-vos o direito de morrer”⁵⁷, no livro argumenta seu pedido e diz “a minha mãe deu-me a vida, espero agora dela que me ofereça a morte (...) Não a julguem. O que ela fez para mim é certamente a mais bela prova de amor do mundo”.

Vincent morreu em 27 de setembro de 2003, a mãe de Vincent, Marie Humbert e o chefe da equipe médica, Frédéric Chaussoy, foram interrogados, respectivamente por “envenenamento com premeditação” e “administração de substância tóxica”, mas foram deixados em liberdade.

Em abril de 2005, o Parlamento francês adotou uma lei que prevê o direito a deixar morrer, ou seja, que admite que o doente terminal possa recusar o tratamento, não legaliza a eutanásia e sim a ortotanásia.

3.3 EUTANÁSIA NO BRASIL

A eutanásia no Brasil é proibida, sendo tratada como homicídio doloso que, pode alcançar a condição de privilegiado, com conseqüente redução de pena. Importante destacar aqui, que não há, no Código Penal Brasileiro a classificação da eutanásia como crime, devendo ser enquadrada em homicídio doloso, conforme demonstrado a seguir.

⁵⁷ Nome original: *Je Vous Demande Le Droit de Mourir*, lançado pela editora Michel Lafon, em 25 de Setembro de 2003.

De acordo com o artigo 121, §1º, do Código Penal Brasileiro: “se o agente comete crime impedido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”⁵⁸.

Com relação a essa questão, foi elaborado Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012⁵⁹, o qual tem como objetivo alterar o Código Penal Brasileiro. O referido projeto acrescenta na parte especial a eutanásia da seguinte forma:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, ou companheiro ou irmão⁶⁰.

O projeto em questão ainda está em tramitação, mas importa observar que se o mesmo for aprovado, trará alterações significativas ao Código Penal atual. Outro destaque relevante é que é excludente de ilicitude a prática de ortotanásia - opção por não prolongar a vida do paciente através de tratamentos.

A mesma situação ocorre no Código de Ética Médica, o qual determina o seguinte:

Capítulo V. Relação com pacientes e familiares:

É vedado ao médico:

Artigo 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu

⁵⁸ BRASIL, 1940, art. 121, § 1ª.

⁵⁹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 22/11/2017.

⁶⁰ BRASIL, 2012, art. 122, §§ 1ª, 2ª.

representante legal.

Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal⁶¹.

Veja que o que fica demonstrado pela leitura do parágrafo único é que a ortotanásia é aceita pelo Conselho de Medicina, sendo vedado, no entanto, a eutanásia. Novamente, estamos diante de questão puramente ética e moral.

Em verdade, quando discute-se o direito de morrer, questiona-se o direito do doente terminal de ser ouvido, fazendo com que sua dignidade como pessoa humana seja respeitada.⁶²

3.3.1 Jurisprudência

Após pesquisa jurisprudencial, percebe-se que a questão da eutanásia não possui espaço ativo no judiciário brasileiro.

A pesquisa foi realizada nos tribunais de justiça subsequentes com as seguintes chaves de busca: “eutanásia”, “suicídio assistido” e “ortotanásia”, não sendo encontrada nenhuma decisão de mérito nos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal – STF; Superior Tribunal de Justiça – STJ; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ; Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi possível encontrar dois julgados a respeito do tema, ambos favoráveis à ortotanásia, ao argumento de que a dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao direito à vida e de que a liberdade de escolha do paciente deve ser respeitada, seguem os julgados.

⁶¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, capítulo V, art. 41, parágrafo único.

⁶² VIEIRA, 1999.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, **o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.**

2. O caso se insere no denominado *biodireito*, na dimensão da *ortotanásia*, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3. **O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida,** razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constringida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado *testamento vital*, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

5. Apelação desprovida.⁶³

No julgamento em questão, o relator Des. Irineu Mariani afirma que se trata de procedimento de ortotanásia e que deve ser respeitada a vontade do paciente:

O caso sub judice se insere na dimensão da ortotanásia. Em suma, se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida⁶⁴.

No entanto, importa destacar que nessa mesma decisão o relator cita a igreja católica e o fato de que a mesma não seria contra a ortotanásia. É interessante como em um país dito laico, como é o caso do Brasil, é necessário embasar uma decisão judicial em fatos que a igreja católica entende como aceitáveis ou não.

⁶³ RIO GRANDE DO SUL, 2013, www.conjur.com.br, grifo nosso.

⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2013, www.conjur.com.br.

Com efeito, o Papa João Paulo II, ao promulgar, em 1995, a Encíclica *Evangelium Vitae*, condenou apenas a eutanásia e a distanásia, silenciando quanto à ortotanásia. Isso é interpretado como implícita a sua admissão pela Igreja Católica, que é, como sabemos, bastante ortodoxa nos temas relativos à defesa da vida.⁶⁵

Por fim, afirma o relator que a Constituição Federal institui o direito à vida e não o dever à vida. Esse argumento é bastante interesse e diz respeito ao direito de cada um de dispor de sua própria vida. “Nessa ordem de idéias, a Constituição institui o **direito à vida**, não o **dever à vida**, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.”⁶⁶

No segundo julgado, de relatoria do Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, novamente há especificação de que o caso se refere à ortotanásia.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO.

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. Negado provimento à apelação.⁶⁷

Em seu voto, o relator reafirma que a dignidade da pessoa humana nesse caso deve ser sobreposta ao direito à vida.

⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL, 2013, www.conjur.com.br.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL, 2013, www.conjur.com.br, grifo do autor.

⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL, 2011, www.tj-rs.jusbrasil.com.br, grifo do autor.

Pelo privilégio da dignidade da pessoa, podem os médicos aceitar a negativa de tratamento ao paciente nessas condições. O caso em tela enquadra-se nesse contexto. O filho pretende, negando autorização, realizar o último desejo de sua mãe

(...)

Desse modo, concluindo-se que os médicos podem deixar de prescrever tratamento nos casos específicos dispostos acima, no qual se enquadra a paciente, e concluindo-se que é aceitável que a própria paciente rejeite tratamento para doença que acaba com a sua saúde, tendo que a vontade expressada pelo filho deve ser acolhida, nada podendo fazer o Hospital a respeito⁶⁸.

Após pesquisa, conclui-se que a eutanásia em seres humanos é muito pouco tratada em nosso judiciário e quando o é, trata-se de ortotanásia apenas. Nos julgados encontrados, o embasamento dos relatores na defesa da ortotanásia é sempre a dignidade da pessoa humana e o respeito à vontade do paciente.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL, 2011, www.tj-rs.jusbrasil.com.br, grifo do autor.

4. ABORTO

A palavra aborto vem do latim *ab-ortu* e significa privação do nascimento, tendo como resultado a destruição do produto da concepção.

Na língua portuguesa, de acordo com o dicionário Aurélio significa: “1. Ação ou efeito de abortar; 2. Interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto ou sem ela.”⁶⁹

Para Mirabette,

Aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses), o feto (após 3 meses), não implicando necessariamente na expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão não deixando de haver, no caso, o aborto.⁷⁰

A questão do aborto é bastante debatida em todo mundo, pois discute-se sopesamento de direitos fundamentais. O direito à vida do feto é mais ou menos relevante que o direito à dignidade, liberdade e autodeterminação da mulher?

Fora isso, há o fato de que está se falando de um direito puramente feminino em uma sociedade ainda demasiado machista, o que dificulta ainda mais a aceitação de sua discriminação.

Outra questão relevante diz respeito a laicidade do Estado e a influência da igreja católica, entre outras questões bastante polêmicas, que se passa a demonstrar.

4.1 HISTÓRICO DO ABORTO

⁶⁹ FERREIRA, 2010, p. 14.

⁷⁰ MIRABETTE, 2011. p. 57.

O aborto sempre esteve presente na história da humanidade, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas. Porém, nem sempre foi considerado como um fato criminoso. Somente com o decorrer do tempo é que a prática do aborto começou a sofrer restrições, conforme ensina Nelson Hungria:

No que refere aos precedentes históricos, a prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo.⁷¹

Veja-se que os antigos consideravam que o feto fazia parte do corpo da mulher, motivo pelo qual a mulher poderia dispor livremente sobre ele. Em tempos posteriores o aborto começa a ser criminalizado pois é considerado uma lesão ao direito do marido. Não há em momento algum proteção à vida do feto.

A partir da idade média, com o surgimento do cristianismo, houve uma mudança radical de percepção quanto ao feto, o qual passou a ser visto como um ser com vida a ser tutelada.

Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.⁷²

O aborto começa então a ser visto como crime e como pecado, sendo rechaçado pela igreja católica.

O direito canônico destacou-se desde logo pela severidade com que encarava esta prática. A própria igreja católica permitiu só pensar a causa se fosse a

⁷¹ HUNGRIA, 1981, p. 268.

⁷² HUNGRIA, 1981, p. 268.

extrema miséria ou questão de honra. Mais tarde, procedia-se a uma distinção para apurar a ilicitude. Se o feto repelido possuísse forma humana, tratava-se de um genuíno homicídio, mas fosse apenas uma matéria inerte, inanimada, reputava-se como um delito menos grave, passível de pena pecuniária.⁷³

Percebe-se que após o advento do cristianismo e o surgimento da idéia de que o feto tem vida além do corpo de sua mãe, a liberdade individual da mulher começa a ser diminuída em virtude da vida em potencial do feto. Essa visão também está muito ligada ao estado patriarcal. Para a igreja, a mulher não tinha opinião e muito menos autodeterminação.

Entretanto, a partir da década de 60, o processo de emancipação da mulher e o avanço da laicização dos estados, desencadearam uma forte tendência à liberalização da legislação sobre o aborto⁷⁴, como se passa a demonstrar.

4.1.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte foi chamada a decidir o tema do aborto em algumas oportunidades, proferindo a paradigmática decisão de *Roe vs. Wade*⁷⁵, na qual reconheceu que o direito fundamental à privacidade garante às mulheres o direito à interrupção da gravidez desde que a realizasse enquanto não houvesse viabilidade da vida do feto fora do seu corpo, ou seja, independentemente do corpo da mulher (vida extrauterina).

Essa decisão declarou que a legislação do Texas, que criminalizava o aborto a não ser quando praticado para salvar a vida da mãe, era inconstitucional. Foi mais adiante: afirmou, de fato, que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez, era inconstitucional.⁷⁶

Segue trecho da decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun:

⁷³ ALMEIDA, 2000, p. 141.

⁷⁴ SARMENTO, 2006.

⁷⁵ Disponível em: <https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade>. Acesso em 22/11/2017.

⁷⁶ DWOURKIN, 2003.

O direito de privacidade (...) é amplo o bastante para incorporar a decisão de uma mulher sobre interromper ou não a sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O Dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade for a do casamento podem estar envolvidos (...)

O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...) Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que esse direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.⁷⁷

De acordo com Dworkin, o fato da legislação sobre aborto nos Estado Unidos ter sido alterada pelo Tribunal, gerou grande discórdia sobre o tema, principalmente entre os grupos “pró-vida”. Com uma única decisão, houve mudança na legislação de praticamente todos os estados do país.

A partir de então, os grupos “pró-vida” tentam de toda forma revogar a decisão do caso Roe, mas até o momento não obtiveram sucesso.

4.1.2 Uruguai

Em 17 Outubro de 2012, o Senado uruguaio aprovou a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. A lei determina que mulheres (apenas cidadãs uruguaias) que queiram pôr fim à gravidez nesse período sejam submetidas a um comitê formado por ginecologistas, psicólogos e assistentes sociais, que lhe informarão sobre riscos e alternativas

⁷⁷ SARMENTO, 2006, p. 99.

ao aborto.

Se a mulher desejar prosseguir com o aborto mesmo assim, poderá realizá-lo imediatamente em centros públicos ou privados de saúde. Abortos que não sigam esses procedimentos continuarão sendo ilegais. Também é permitido o aborto em casos de riscos à saúde da mulher, de estupros ou de má-formação fetal que seja incompatível com a vida extrauterina, até 14 semanas de gestação.

Na América Latina, o aborto é também legalizado em Cuba, desde 1959 e na Cidade do México, desde 2008.

4.2 O ABORTO NO BRASIL

O aborto passou a ser criminalizado no Brasil com o Código Penal do Império de 1830, sendo incluído nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, em seus artigos 199 e 200. O aborto era então dividido em aborto consentido e aborto sofrido, não sendo punido o aborto provocado. Veja-se:

Art. 199 Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada.

Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos.

Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobrada

Art. 200 Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.

Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos.

Se o crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes. Penas dobradas.⁷⁸

O Código Penal de 1890, passou a criminalizar o aborto praticado pela própria gestante (auto-aborto), passando a distinguir o aborto com ou sem expulsão do feto.

⁷⁸ BRASIL, 1830, arts. 199, 200.

Art. 300 Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção.
No primeiro caso: Pena de prisão celular por 2 a 6 anos.
No segundo caso: Pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano.
§1º Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se à morte da mulher.
Pena: prisão celular de 6 a 24 anos.
Art. 301 Provocar aborto com anuência e acordo da gestante.
Pena: prisão celular de 1 a 5 anos
Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar a desonra própria.
Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência.
Pena: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.⁷⁹

O Código Penal de 1940, código atual, em seus artigos 124, 125 e 126 tipificou as figuras do aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido.

Artigo 124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena: detenção, de um a três anos.
Artigo 125 Provocar aborto sem o consentimento da gestante:
Pena: reclusão de 3 a 10 anos.
Artigo 126 Provocar aborto com consentimento da gestante:
Pena: reclusão, de um a quatro anos.⁸⁰

Fora isso, apresentou uma modificação significativa ao determinar em seu artigo 128, incisos I e II, que não se pune aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida gestante ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

Por fim, a mais recente modificação com relação ao aborto no Brasil foi o deferimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, decisão essa que determinou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal

⁷⁹ BRASIL, 1890, arts. 300, 301, 302.

⁸⁰ BRASIL, 1940, arts. 124, 125, 126.

brasileiro.

4.2.1 ADPF 54 e a Legalização do Aborto de Fetos Anencéfalos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi uma ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, para a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II⁸¹, do Código Penal, que impeça a antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencefálico, diagnosticado por médico habilitado. Pretendia a ADPF ver reconhecido o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, julgou procedente a ação, por oito votos⁸²à dois⁸³. Dessa forma, foi declarada inconstitucional a interpretação que proíbe a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

De acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o

⁸¹Artigo 124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos

Artigo 126 Provocar aborto com consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos

Artigo 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em 23/11/2017.

⁸²Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa.

⁸³Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

ano de 2005, os juizes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país do mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial da Saúde, confirmados na audiência pública.⁸⁴

Em sua decisão, o Ministro afirma ainda que não se postula pela inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico e sim a sua interpretação conforme à Constituição. De acordo com ele, o tema envolve 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.

A questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.⁸⁵

Ato contínuo, o relator passa a enumerar as razões argumentativas pelas quais deve ser permitida a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, começando pela afirmação de que o estado brasileiro é laico e assim o sendo não deve e não pode julgar com base em premissas morais religiosas. “A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas.⁸⁶”

Em seguida, o relator apresenta argumentos sobre o que é um feto anencéfalo e demonstra que a interrupção de gravidez de tal feto seria fato atípico, pois o anencéfalo é um natimorto cerebral, não podendo se falar em vida biológica.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí -, no eletroencéfalo dos portadores da anomalia, há uma linha isoelétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração.”

(...)

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior⁸⁷.

Com relação aos argumentos de que tal interrupção de gestação seria caracterizado como aborto eugênico, ou seja, àquele em que há objetivo de seleção humana, o relator afirma de forma categórica.

O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepam de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de desumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia não.” De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.⁸⁸

Como terceiro ponto, argumenta sobre a doação de órgãos de anencéfalos, tendo em vista que algumas pessoas sustentam que a mulher deveria manter a gravidez para posterior doação de órgãos do feto.

Sobre a questão, o relator sustenta que manter uma gravidez para posterior doação seria atentado a dignidade da mulher, além do que, segundo especialistas, a doação de órgãos de anencéfalos é quase impossível, tendo em vista que na maioria das vezes seus órgãos são

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

subdesenvolvidos.

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula⁸⁹.

O quarto argumento invocado pelo relator é referente ao direito à vida do anencéfalo, ou melhor, o não direito à vida, tendo em vista que não há vida a se tutelar. De acordo com o Ministro, “há um conflito apenas aparente de direitos fundamentais, tendo em vista que em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.⁹⁰”

Ainda sobre o direito à vida, o relator afirma que ainda que se entendesse que há vida a ser tutelada no caso do feto anencéfalo, o próprio direito à vida é relativo, não é absoluto. “Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo -, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral.⁹¹”

Como último argumento, o Ministro discorre sobre o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Começando com o fato de que, de acordo com especialistas, a gravidez de feto anencéfalo gera risco muito maior à mulher do que a gravidez “normal”, fora o transtorno psicológico gerado por ver nascer um filho sem vida.

⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcação para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial da Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado⁹².

Em seguida, o relator fala sobre a liberdade de escolha que deve ser oferecida à mulher para que possa, de acordo com suas crenças próprias, decidir o que melhor lhe cabe numa situação como essa.

Esta em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres⁹³.

Por fim, julga procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Tal decisão mudou positivamente a legislação brasileira, entretanto, partindo-se dos argumentos apresentados pelo próprio Ministro relator para embasar sua decisão, é notório que muitos deles servem também como base para a legalização do aborto em geral, quais sejam, o fato do Brasil ser um estado laico, a dignidade da mulher, a liberdade de escolha, a privacidade e principalmente o fato do direito à vida não ser um direito absoluto.

Dessa forma, percebe-se a necessidade e urgência de se modificar o Código Penal Brasileiro para que seja permitido que as mulheres tenham a liberdade de por fim a gravidez, seja ela qual for e não apenas no caso de feto anencéfalo.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, www.stf.jus.br.

4.2.2 Aborto no Primeiro Trimestre de Gestação

Em 29 de novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o *Habeas Corpus* 124.306, no sentido de que a interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação não se configura como crime.

A decisão é sobre um caso específico, em um *habeas corpus* que revogou a prisão preventiva de cinco pessoas que trabalhavam numa clínica clandestina de aborto em Duque de Caxias – RJ. Dessa forma, não tem o efeito *erga omnes*, mas é de grande importância no cenário nacional, pois abre o precedente para outros magistrados, de outras instâncias, poderem, a seu critério, adotar o mesmo entendimento.

Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A

tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.⁹⁴

O Relator, Ministro Marco Aurélio, já havia concedido a liminar sob o fundamento de que não estavam presentes os requisitos legais para a prisão preventiva, tais como ameaça à ordem pública e risco à investigação e à aplicação da lei. Apesar disso, quando foi a julgamento o mérito, o Ministro Barroso pediu vista, concordando com a revogação das prisões, não apenas pelo argumento apontado por Marco Aurélio, mas pelos seguintes argumentos, os quais se passa a demonstrar.

4.2.2.1 Inconstitucionalidade da Criminalização da Interrupção da Gravidez Voluntária da Gestação Efetivada no Primeiro Trimestre.

Em seu voto, o Ministro afirma que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, viola direitos fundamentais da mulher. De acordo com ele, para que haja a criminalização de determinada conduta é necessário que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada

⁹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, www.stf.jus.br, grifo do autor.

e a reação estatal.

De acordo com o Ministro, deve haver proporcionalidade e equilíbrio entre a ação dita punível e a reação estatal.

11. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

12. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade⁹⁵.

Para Barroso, a criminalização do aborto no primeiro trimestre, viola diversos direitos fundamentais da mulher, tais como:

(i) Violação à autonomia da mulher

O direito à autonomia é protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois não existe dignidade quando há a proibição da autodeterminação. A mulher deve ser soberana sobre seu corpo e suas decisões, não cabe ao estado intervir nessa esfera pessoal.

A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir⁹⁶.

⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, www.stf.jus.br, grifo do autor.

⁹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, www.stf.jus.br.

(ii) Violação do direito à integridade física e psíquica.

Continuando seu argumento, o Ministro afirma que fazer com que uma mulher mantenha a gestação, mesmo contra sua vontade, viola o direito à integridade física, pois manter uma gestação gera riscos à saúde da gestante, além de gerar inúmeras mudanças físicas e hormonais, as quais a mulher não deve ser obrigada a passar.

Fora isso, viola a integridade psíquica, pois, uma mulher que não deseja o filho, muitas vezes por falta de condições financeiras ou psicológicas para criá-lo, sofre enormemente por pensar que terá uma obrigação para com essa criança que está por vir, uma obrigação por toda sua vida. De acordo com ele “ o que seria uma benção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma.”⁹⁷

(iii) Violação aos direitos sexuais e reprodutivos

Com relação aos direitos sexuais e reprodutivos, o Ministro afirma que a mulher foi oprimida por anos, principalmente pelo fato de que o ônus da gravidez recai a ela. Dessa forma, não se pode manter essa linha de opressão, proibindo que a mulher tenha o direito de escolher quantos filhos terá e quando terá.

Sobre o tema, afirma que a Conferência de Cairo constou, do capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos:

§7º. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 2017 *apud* CIPD 1943, www.stf.jus.br.

Dessa forma, o tratamento penal dado ao tema no Brasil afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ferindo os direitos fundamentais.

(iv) Violação à igualdade de gênero

Em sua argumentação, Barroso afirma que “na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não⁹⁸” e reitera afirmando que a criminalização do aborto no Brasil só aumenta a desigualdade de gênero.

(v) Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

Novamente, o Ministro afirma que a proibição do aborto gera além da desigualdade de gênero, o aumento da desigualdade social, pois, as mulheres mais pobres são as mais prejudicadas quando se fala em criminalização do aborto⁹⁹. Isso porque elas não têm condições de procurar clínicas de aborto, recorrendo a procedimentos perigosos e muitas vezes letais.

⁹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, www.stf.jus.br.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017.

5. CONCLUSÃO

O que se pretende demonstrar com o presente trabalho é a necessidade de se respeitar as liberdades individuais, aqui tratadas como direito de viver e morrer, eutanásia e aborto.

Ao falar em eutanásia e aborto, fala-se, antes de tudo, em direitos fundamentais. Ao longo do presente trabalho, percebe-se que, os direitos fundamentais não são absolutos e muito menos possuem escala de hierarquia.

Quando se fala em direitos fundamentais, fala-se em princípio da relatividade, o qual determina que há uma relativização do grau de importância de cada direito, dependendo da situação concreta em que são analisados.

Partindo-se dessa premissa, não se pode considerar que o direito à vida é absoluto, pois, em cada caso há que se fazer uma análise. Quando se fala em eutanásia e aborto, por exemplo, fala-se antes de tudo, em liberdade de escolha e autodeterminação, além de dignidade da pessoa humana.

Outro princípio que deve aqui ser abordado é o princípio da proporcionalidade, através do qual os meios utilizados pelo Estado para resguardar os direitos fundamentais, devem ser condizentes com o fim esperado, ou seja, deve se observar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse ponto faz-se uma análise sobre o princípio da proporcionalidade nos casos da eutanásia e do aborto, começando com o fato da aplicabilidade da lei.

O objetivo das normas proibitivas é exatamente fazer com que as pessoas deixem de praticar determinado ato considerado atentatório a algum direito. Assim, se existe uma lei, mas ela não faz com que determinado ato seja reduzido, ela não tem eficácia prática.

Dessa forma, a lei que criminaliza o aborto, não reduz a quantidade de abortos praticados, não coíbe as mulheres de abortar, o que ela faz é, unicamente, fazer com que as mulheres busquem meios alternativos para alcançar o fim almejado.

A proibição do aborto não reduz abortos, de forma alguma, ao invés disso, aumenta o número de mulheres que perdem suas vidas ou ficam com sequelas irreparáveis em razão da utilização de clínicas e procedimentos clandestinos.

Fora isso, gera um aumento na desigualdade social, tendo em vista que, as mulheres mais afetadas são as de baixa renda, as quais procuram clínica à baixo custo, pois não tem condições de arcar com métodos mais elaborados e menos arriscados.

O que se percebe através do exposto é que a lei é ineficaz quando se fala de aborto. Ela não é o meio adequado para se resguardar o direito fundamental à vida do feto.

Passando por essa questão, entra-se no fato de que ao tentar preservar o direito à vida, tanto no caso do aborto quanto da eutanásia, desrespeita-se inúmeros outros direitos, entre eles o direito a autodeterminação.

O direito à autodeterminação é o direito de cada um fazer com seu corpo e sua vida o que acha devido, é o direito de liberdade.

Autodeterminar-se, significa ter o domínio sobre suas escolhas, ter o direito de buscar para sua vida a felicidade.

Dessa forma, o direito de autodeterminar-se, é o principal argumento a favor da eutanásia e do aborto.

A eutanásia é o direito de cada um escolher como deseja viver. Assim, se a vida da pessoa deixa de ser um bem e passa a ser uma obrigação, nada mais justo, do que lhe seja dada a oportunidade de se autodeterminar e escolher dar fim a própria vida.

O mesmo ocorre com o aborto, toda mulher deve ter o direito de escolher se e quando deseja ter filhos. Trata-se de liberdade de escolha e liberdade sexual.

Quando se fala de aborto, faz-se, ainda, importante destacar que a criminalização do aborto só se dá para a mulher. No entanto, o homem é também responsável pela concepção do

feto. Isso demonstra que todo o ônus da gravidez recai sobre a mulher. Além de todos os direitos fundamentais discutidos, discute-se também o aumento da desigualdade de gênero.

Outro direito bastante discutido nesse trabalho é o direito à dignidade da pessoa humana, direito esse que se relaciona intimamente com ambos os institutos aqui tratados. Viver de forma digna significa ter o direito a fazer suas escolhas e buscar a felicidade, o que é diferente para cada um.

Quando se fala em dignidade, fala-se de situações básicas e necessárias a todo ser humano, como ter moradia, comida, educação, mas fala-se também em algo subjetivo, o direito de buscar ser feliz.

Quando se fala em dignidade de forma subjetiva, fala-se em ética e moral e como cada pessoa lida e vê cada questão da vida.

Dessa forma, da mesma forma que todos tem o direito à religião e liberdade de crença, deve ser dado também o direito de, utilizando essas crenças, cada um escolhe o que lhe é mais conveniente, o que é ético e moral, conquanto essas decisões não afetem a esfera de terceiros.

Ao longo do presente trabalho, demonstra-se que a visão proibitiva da eutanásia e do aborto vem sendo desconstruída, muitos países já aceitem a prática de ambos e mesmo o Brasil já vem dando passos no judiciário a favor do aborto, tanto no caso de fetos anencéfalos, quanto no aborto no primeiro trimestre de gestação.

No entanto, quando se fala em Brasil a questão da eutanásia é pouco tratada, há pouca jurisprudência sobre o tema, muito pelo fato de que, apesar de laico, nosso país ainda é muito religioso e, principalmente patriarcal.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro, editora Lúmen Júris, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, editora Verbatim, 20ª ed., 2016.

BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e Responsabilidade Médica**. Editora de Direito. 2ª ed.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, editora Campus, 1992.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 22/11/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/11/2017.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Brasil, 1890. Brasil, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 23/11/2017.

BRASIL. Lei de 16 de Dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Brasil, 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 23/11/2017.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO (CIPD). **Conferência do Cairo**. Egito, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 22/11/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica**. Brasil, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp. Acesso em 22/11/2017.

CORTELLA, Mario Sérgio. **Qual é a Tua Obra? Inquietações Propositivas Sobre Gestão, Liderança e Ética**. 4ª Edição. Petrópolis. Editora Vozes, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição, editora JusPodivm. São Paulo, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo. Editora Saraiva, 2006.

DWOURKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**: Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5ª Edição, Curitiba. Editora Positivo, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Precedentes Históricos, Comentários**. São Paulo, editora Forense, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª edição. Ver. Atual e ampliada. São Paulo. Saraiva, 2008.

LUPER, Steven. **A Filosofia da Morte**. São Paulo. Editora Madras, 2010.

MILL, John Stuart. **A Liberdade; Utilitarismo**. São Paulo. Editora Madras, 2000.

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte especial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, volume 2, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 22/11/2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 0223453-79.2013.8.21.7000**. Primeira Câmara Cível da Comarca de Viamão, Rio Grande do Sul. Rel. Des. Irineu Mariani. Julgamento

20.11.2013. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-concede-paciente-direito.pdf>. Acesso em 22/11/2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70042509562**. Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011. Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20702581/apelacao-civel-ac-70040340853-rs-tjrs/inteiro-teor-110077910>. Acesso em 22/11/2017.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1993.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Editora Lumen Juris, 2006.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais, vol. 3, nº 12. Porto Alegre. 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid. Revista de *Derecho Privado*, 1928.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **AGINT no ARESP 831.777/SP**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Julgado Em 27/04/2017, Dje 09/05/2017. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489228545/agravo-em-recurso-especial-aresp-1112817-sp-2017-0130149-3>. Acesso em 23/11/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **HC 124306**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, processo eletrônico DJE-052 divulg 16-03-2017 public 17-03-2017. Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 23/11/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **REsp 1365279/SP**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 29/09/2015. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/101040155/stj-29-09-2015-pg-1447>. Acesso em 23/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 54**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 23/11/2017.

VIEIRA. Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo, Editora Juridica Brasileira, 1999.