

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **02**

julho–dezembro de 2014

ARTIGOS // ARTICLES

JÜRGEN HABERMAS, INEZ LOPES, FERNANDO DE
CASTRO FONTAINHA, MARCÍLIO TOSCANO FRANCA
FILHO & MARIA FRANCISCA CARNEIRO,
MARIA CANDIDA CARVALHO MONTEIRO DE ALMEIDA,
RAMÓN NEGOCIO

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES AND COMMENTARIES

DEBORA DINIZ, INGO WOLFGANG SARLET

RESENHAS // BOOK REVIEWS

MATHEUS BARRA, NATHALY MANCILLA ÓRDENES



UnB



DIREITO

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

julho – dezembro de 2014, volume 1, número 2

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Marcelo Neves Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Alexandre Veronese Universidade de Brasília, Brasil

George Rodrigo Bandeira Galindo Universidade de Brasília, Brasil

Juliano Zaiden Benvindo Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Lúcia Sabadell Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis Universidade de Glasgow, Escócia

José Octávio Serra Van-Dúnem Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

Leonel Severo Rocha Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Masayuski Murayama Universidade Meiji, Japão

René Fernando Urueña Hernandez Universidad de Los Andes, Colômbia

Miguel Nogueira de Brito Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl Universidade Federal do Pará, Brasil

Thomas Vesting Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Virgílio Afonso da Silva Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Carina Calabria

ASSESSORES EXECUTIVOS

Gabriel Rezende de Souza Pinto; José Nunes de Cerqueira Neto;

Matheus Barra de Souza; Nathaly Mancilla Órdenes

EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO

Ana Carolina Couto, Bethânia I. A. Arifa, Eduardo Borges Araújo,

Fabício Noronha, Karina Ibarra Ávila, Luciana Silva Garcia,

Maria Celina Gordilho, Nara Vilas Boas Bueno, Paulo Soares Sampaio,

Raquel Negreiros Lima

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

André Maya Monteiro

Esteban Pinilla

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **02**

julho – dezembro de 2014

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **02**

julho–dezembro de 2014

NOTA EDITORIAL // EDITORIAL	06–09
ARTIGOS // ARTICLES	10–159
NO TURBILHÃO DA TECNOCRACIA: UM APELO POR SOLIDARIEDADE EUROPEIA // IM SOG DER TECHNOKRATIE: EIN PLÄDOYER FÜR EUROPÄISCHE SOLIDARITÄT Jürgen Habermas	11–32
ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: ACESSO AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO? // DISPUTE SETTLEMENT BODY OF THE WTO: ACCESS TO DEVELOPING COUNTRIES? Inez Lopes	33–66
COMO SE FAZ UM ADVOGADO NO BRASIL E NA FRANÇA: UM BREVE ENSAIO COMPARATIVO E CRÍTICO // HOW TO PRODUCE A LAWYER IN BRAZIL AND IN FRANCE: A BRIEF COMPARATIVE AND CRITICAL ESSAY Fernando de Castro Fontainha	67–86
OS SABORES DO DIREITO UMA CONJETURA LIVRE SOBRE O PALADAR DA JURIDICIDADE <i>(« MENU DÉGUSTATION EN QUATRE SERVICES »)</i> // WHAT LAW TASTES LIKE A FREE CONJECTURE ON THE PALATE OF JURIDICITY <i>(« MENU DÉGUSTATION EN QUATRE SERVICES »)</i> Marcílio Toscano Franca Filho & Maria Francisca Carneiro	87–108
ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO E A LEI DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO //EXPORT PROCESSING ZONES AND THE LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION Maria Candida Carvalho Monteiro de Almeida	109–132
LEX SPORTIVA: DA EFICÁCIA JURÍDICA AOS PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONAIS // <i>LEX SPORTIVA</i> : FROM LEGAL EFFICACY TO TRANSCONSTITUTIONAL PROBLEMS Ramón Negocio	133–159
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES & COMMENTARIES	160–201
A ARQUITETURA DE UMA AÇÃO EM TRÊS ATOS – ANENCEFALIA NO STF // THE ARCHITECTURE OF A CONSTITUTIONAL CASE IN THREE ACTS – ANENCEPHALY AT THE BRAZILIAN SUPREME COURT Debora Diniz	161–183

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À VIDA – COMENTÁRIOS À DECISÃO NA ADPF Nº 54 SOBRE A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA FETAL	184–201
<i>// THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE RIGHT TO LIFE – COMMENTARIES TO THE COURT’S DECISION ON ADPF 54, REGARDING PREGNANCY INTERRUPTION IN CASES OF FETAL ANENCEPHALY</i>	
Ingo Wolfgang Sarlet	
RESENHAS // BOOK REVIEWS	202–213
<i>COMO DECIDEM AS CORTES?</i>	203–207
<i>// [HOW DO COURTS DECIDE?]</i>	
Matheus Barra	
<i>EL CONSTITUCIONALISMO DEL MIEDO. PROPIEDAD, BIEN COMÚN Y PODER CONSTITUYENTE.</i>	208–213
<i>// [CONSTITUTIONALISM OF FEAR: PROPERTY, COMMON GOOD AND CONSTITUENT POWER]</i>	
Nathaly Mancilla Órdenes	

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
O DIREITO À VIDA – COMENTÁRIOS
À DECISÃO NA ADPF Nº 54 SOBRE
A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NOS
CASOS DE ANENCEFALIA FETAL // THE
BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE
RIGHT TO LIFE – COMMENTARIES TO
THE COURT’S DECISION ON ADPF 54,
REGARDING PREGNANCY INTERRUPTION
IN CASES OF FETAL ANENCEPHALY**

Ingo Wolfgang Sarlet

>> RESUMO // ABSTRACT

O Supremo Tribunal Brasileiro recentemente julgou o problema da interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal. O julgado acabou revitalizando na esfera pública aspectos relevantes da relativamente antiga controvérsia em torno da descriminalização do aborto e da dimensão mais ampla em torno do valor da vida humana no Sistema jurídico brasileiro. O objetivo do presente ensaio é situar a decisão referida no contexto mais amplo dos atuais debates em torno do direito à vida, com foco especialmente nas suas relações com outros direitos e princípios fundamentais, nesse caso, com especial ênfase na dignidade humana. // The Brazilian Supreme Court recently ruled regarding the constitutional status of interrupting pregnancies when the fetus in question is anencephalic. This case brought back into the public sphere relevant aspects of the relatively old controversy around the decriminalization of abortion, as well as the broader issue of the value of human life within the Brazilian legal system. The aim of this essay is to situate the aforementioned decision in the broader context of the current debates regarding the right to life, focusing especially on its relationships with other rights and fundamental principles, in this case, special emphasis is given to human dignity.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Aborto; Direito à Vida; Anencefalia; Supremo Tribunal Federal do Brasil; Dignidade Humana. // Abortion; Right to Life; Anencephaly; Brazilian Supreme Court; Human Dignity.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. // Full Professor at PUC-RS, PhD From the University of Munich.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Traduzido por Joanna Noronha, a quem agradeço pelo rápido e muito bom trabalho. // Translated by Joanna Noronha, to whom I thank for the fast and very good job.

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (doravante STF), da ADPF nº 54, que apreciou a legitimidade constitucional da possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos com anencefalia, recolocou na esfera pública aspectos relevantes da relativamente antiga controvérsia em torno da descriminalização do aborto, bem como, numa perspectiva mais ampla, do valor da vida humana para a ordem jurídica brasileira, na qual, de acordo com o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF), o direito à vida pontifica como um dos principais e – utilizando aqui a simbólica dicção do constituinte – invioláveis direitos fundamentais consagrados logo no pórtico do catálogo constitucional de direitos e garantias.

Assim, dada a sua relevância e considerando a existência de relativamente poucas decisões do STF que envolvem diretamente a sua proteção e promoção (como direito fundamental autônomo), o direito à vida, especialmente por suas conexões com outros direitos e princípios fundamentais, mas também em virtude da atualidade de algumas discussões relevantes que dizem respeito à vida humana como bem jurídico-constitucional, como é o caso justamente da própria controvérsia em torno da descriminalização do aborto (e não apenas na hipótese de anencefalia) merece ser objeto de continuada atenção e debate.

À vista de tais considerações, o que se pretende neste ensaio é precisamente situar a decisão a ser comentada no contexto mais amplo do direito à vida, especialmente no que diz com suas relações com outros direitos e princípios fundamentais (no caso, com ênfase na dignidade da pessoa humana), mas também no concernente aos seus limites, ou seja, quando está em causa a legitimidade constitucional de intervenções no direito à vida, sempre com foco na discussão em torno da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e no julgamento do STF sobre a matéria.

2 – BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À VIDA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

2.1 – NOTÍCIA HISTÓRICA

No âmbito da evolução legislativa (constitucional e supranacional) sabe-se que o primeiro documento a consagrar um direito à vida, numa acepção que já pode ser considerada muito próxima da moderna noção de direitos humanos e fundamentais, foi a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que, no seu art. 1º, incluía a vida no rol dos direitos inerentes da pessoa humana. A Constituição Federal Norte-Americana de 1787, por sua vez, não contemplava um “catálogo” de direitos e garantias, tendo sido apenas mediante a aprovação da quinta emenda, de 1791, que o direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América, de resto, a primeira

consagração do direito à vida como direito fundamental (de matriz constitucional) da pessoa humana na história constitucional. De acordo com a dicção da quinta emenda, “Nenhuma pessoa (...) será desprovida de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

Ainda no contexto da fase inaugural do constitucionalismo moderno, importa anotar que as constituições da Revolução Francesa, bem como a posterior Carta Constitucional de 1814, não faziam menção explícita ao direito à vida, utilizando apenas o conceito de uma garantia da segurança. Desde então, ressalvadas algumas exceções, o direito à vida acabou não merecendo, durante muito tempo, um reconhecimento no plano do direito constitucional positivo da maior parte dos Estados, o que apenas acabou com a viragem provocada pela II Grande Guerra Mundial, que não apenas alterou a ordem mundial, mas também afetou profundamente o próprio conteúdo e em parte também o papel das constituições, além da influência gerada pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) e dos posteriores pactos internacionais para proteção dos direitos humanos (com destaque, numa primeira fase, para o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966) sobre as constituições promulgadas na segunda metade do Século XX. Nesse período, destaca-se a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que não apenas reconheceu o direito à vida como direito fundamental, mas também foi a primeira a vedar completamente, em qualquer hipótese, a pena de morte.

No âmbito da evolução constitucional brasileira, verifica-se que na Constituição de 1824, a exemplo do paradigma da França de então, não havia previsão de um direito à vida, mas apenas de um direito à segurança individual, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1891. Também nas constituições de 1934 e de 1937 o direito à vida não foi contemplado, muito embora a proibição da pena de morte, ainda que admitidas exceções. Foi, portanto, apenas na Constituição de 1946 que o direito à vida mereceu reconhecimento e proteção como direito individual (artigo 141, *caput*), retomando-se a técnica da Constituição de 1934, no que diz com o banimento da pena de morte salvo nos casos de guerra com nação estrangeira e nos termos da legislação militar, o que foi mantido na Constituição de 1967 (artigo 150, *caput*, e § 11), com a ressalva de que o texto constitucional se refere ao caso de guerra externa (e não de guerra com outro país), embora a equivalência das situações, o que, por sua vez, foi reproduzido no texto resultante da alteração promovida pela *Emenda Constitucional n° 1, de 1969* (artigo 153, *caput*, e § 11).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à vida foi expressamente contemplado no elenco do artigo 5º, *caput*, na condição mesmo – a teor do texto constitucional – de direito “inviolável”. Além da proteção genérica já referida, a vida encontrou proteção constitucional adicional, mediante a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, letra “a”), guardando, portanto, sintonia textual com o sistema internacional (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Adicional) e regional (interamericano) de proteção dos direitos humanos.

2.2 - ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA E SUA DUPLA DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA

De acordo com a tradição do constitucionalismo contemporâneo – especialmente a partir do Segundo Pós-Guerra (Segunda Metade do Século XX), o conceito de “vida”, para efeitos da proteção como direito fundamental (mas também no plano de uma proteção na perspectiva jurídico-objetiva, como se verá) é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano¹. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica². A noção de vida digna (que pode assumir uma feição positiva – legítima na perspectiva da moralidade e do Direito, no que diz com a proteção e promoção de uma vida que corresponda às exigências da dignidade humana), portanto, não poderá servir de fundamento para a imposição de uma condição de inferioridade a determinados indivíduos, tal qual ocorreu, em tempos mais recentes, sob a égide da ideologia nacional-socialista, justificando práticas eugênicas, que, convém frisar, já existiam em diversos locais bem antes da instauração do nacional-socialismo.

O que importa sublinhar, no contexto, é que a noção de uma vida indigna deve ser tida como completamente dissociada da ordem constitucional³. De qualquer sorte, sem que se possa aqui aprofundar a questão, pelo menos merece referência o fato de que no campo da proteção da vida intrauterina e da reprodução assistida, apenas para ilustrar com os exemplos mais emblemáticos na atualidade, mas também no que concerne à discussão sobre a eutanásia, o problema ético e jurídico da eugenia, segue, de algum modo, tendo relevância, ainda que evidentemente de modo muito distinto das práticas eugênicas baseadas em critérios de pureza racial ou similares, que merecem total repúdio da ordem jurídica.

Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como “pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”⁴, “verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”⁵, ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana⁶. Além e independentemente disso, a relação entre o direito à vida e os outros direitos fundamentais é diversificada e evidentemente não se verifica em todos os casos, o que, contudo, aqui não poderá ser desenvolvido, salvo no que guarde vínculo com o tema ora versado, destacando-se a relação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, precisamente em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, ademais do fato de que a vida é o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas

também de acordo com a premissa de que toda a vida humana é digna de ser vivida⁷. Todavia, é preciso enfatizar que por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de princípios e direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez, o que, aliás, foi amplamente discutido na decisão do STF na ADPF nº 54, que será objeto de comentário um pouco mais detido logo adiante. Importante é deixar assente já nesta quadra que vida e dignidade são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção⁸. Para ilustrar, bastaria recordar que a dignidade da pessoa humana, de acordo com entendimento que aqui subscrevemos, não exige necessariamente uma proteção absoluta do direito à vida⁹.

Compreendido – na esteira da conhecida fórmula de Robert Alexy – como um direito fundamental em sentido amplo, também o direito à vida abrange um complexo de posições subjetivas de cunho negativo (defensivo) e positivo (prestacional)¹⁰. Nessa perspectiva, o direito à vida tem uma dimensão negativa, quando assume a condição de direito de defesa, cujo objeto é uma obrigação de abstenção por parte do Estado e dos particulares, gerando, portanto, uma obrigação de respeito e de proibição de intervenções no âmbito do direito à vida, muito embora o objeto do direito de defesa inclua também situações de ameaça e riscos para a vida¹¹. Mas o direito à vida também apresenta uma dimensão positiva, de um direito a prestações fáticas ou normativas, implicando a obrigação, por parte do Estado e mesmo de particulares (a depender do caso) de medidas ativas de proteção da vida, como se verá quando da decodificação dos deveres de proteção estatal e dos correspondentes direitos à proteção, logo a seguir.

Assim como se verifica com os demais direitos fundamentais (mas também dos princípios fundamentais em geral) no âmbito do que se convencionou designar de uma dimensão objetiva, o direito à vida representa um valor, um bem jurídico também objetivamente reconhecido e protegido, donde decorrem efeitos jurídicos autônomos, que, por sua vez, refletem na própria esfera subjetiva, ampliando as possibilidades de proteção e promoção dos direitos fundamentais¹². Nesse contexto, assume destaque a noção de um dever jurídico-constitucional de proteção do Estado, que, também e especialmente no caso do direito à vida, projeta-se muito além da simples proibição direta de violação, impondo diversas obrigações de atuação (prestação), que, por sua vez, especialmente no caso da ordem constitucional brasileira, correspondem, na esfera subjetiva e em diversas hipóteses (presentes certos pressupostos), a direitos subjetivos a prestações¹³.

Em apertada síntese, importa lembrar que os deveres de proteção vinculam todos os órgãos estatais, ressalvados os respectivos limites funcionais, implicando, em termos qualitativos, determinados níveis mínimos de proteção dos direitos e bens fundamentais (o que justifica o reconhecimento de uma proibição de proteção insuficiente), para além

de um dever de correção e melhoria quando se tratar de medidas estatais que estejam situadas aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. Além disso, o dever de proteção não incide apenas nos casos de violação, mas também em situações de risco e ameaça de violação dos direitos fundamentais, destacando-se a conexão do dever de proteção com os deveres de precaução e prevenção. Por derradeiro, para os limitados efeitos da presente abordagem, os deveres de proteção implicam medidas de cunho organizatório e procedimental, já que é mediante organização e procedimento que se logram obter níveis adequados de proteção e mesmo promoção de direitos fundamentais. Dentre as obrigações positivas do Estado, associadas aos deveres de proteção, podem ser referidas, um dever de amparo financeiro (em espécie ou bens e serviços), como é o caso de prestações para garantia da sobrevivência física¹⁴ ou mesmo, em perspectiva ampliada, de um mínimo existencial destinado a assegurar uma vida condigna, como se verifica a partir da invocação de precedentes do STF¹⁵, destacando-se, contudo, o estabelecimento de normas de cunho organizacional e processual¹⁶, como, por exemplo, a previsão da proibição de extradição de indivíduos que, em seu país de origem, serão ou já foram sentenciados com a pena de morte.¹⁷ Para o caso da interrupção da gravidez nas hipóteses de anencefalia, por exemplo, estariam aqui incluídas normas estabelecendo critérios e procedimentos para o diagnóstico da malformação, acompanhamento e informação da grávida, inserção do procedimento na rede pública (SUS), entre outros aspectos. Embora não se cuide de ato legislativo (mas ato normativo), assume relevância a Resolução nº 1.989/2012, do Conselho Federal de Medicina, que regulamentou a matéria após a decisão do STF. Por derradeiro, importa mencionar as proibições e sanções estatais direcionadas aos particulares, no âmbito das quais o Estado tem a obrigação de uma prestação jurídica no sentido de vincular, por meio da legislação, entes particulares ao respeito ao direito à vida. Nessa seara se enquadram a tipificação no direito penal de condutas que trazem dano ou ameaça de dano à vida, como, por exemplo, a própria proibição da interrupção da gravidez, da eutanásia, bem como as normas de responsabilidade civil extracontratual¹⁸.

2.3 – O PROBLEMA DO INÍCIO DA PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA VIDA HUMANA: A DISCUSSÃO EM TORNO DA TITULARIDADE DO DIREITO À VIDA

A titularidade do direito à vida, pelo menos de acordo com a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos e da tendência dominante no constitucionalismo ocidental, é a mais ampla possível, sendo assegurada a qualquer pessoa natural, portanto, qualquer ser humano, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, visto que se trata de direito cuja titularidade inequivocamente se rege pelo princípio da universalidade e não pode ser reservada apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil¹⁹. Sem que aqui se vá aprofundar o ponto, o direito à vida constitui exemplo evidente de que o enunciado do artigo 5º,

caput, da CF88, no que dispõe sobre a titularidade dos direitos fundamentais, não pode ser lido de modo “literal” e restritivo²⁰. A tutela da vida, a correlata proibição da pena de morte, assim como a tutela da dignidade da pessoa humana são evidentemente asseguradas, já por força do princípio da universalidade (por sua vez, ancorado na própria dignidade da pessoa humana) aos estrangeiros que não residem no Brasil. Mas, como é notório, o reconhecimento de que toda e qualquer pessoa é titular (sujeito ativo) do direito à vida não afasta a discussão sobre quando se configura tal condição. Assim, embora haja consenso acerca do fato de que o direito à vida abrange a vida humana durante o lapso temporal que medeia o início da vida humana até a morte, segue sendo problemática a definição de quando inicia e termina a vida humana, e, atrelada a isso, a decisão sobre quando começa e cessa a proteção jurídico-constitucional da vida humana e qual a natureza (subjetiva e/ou objetiva) de tal proteção.

É nesse contexto que se coloca, por exemplo, a pergunta se o nascituro é titular do direito à vida, e/ou se existe uma correspondência entre a existência de vida (por exemplo, na questão das células-tronco) e a titularidade do direito à vida como direito humano e fundamental? Tal questionamento (que arrasta uma série de outras indagações, como, por exemplo, eventual diferenciação entre a concepção e outros estágios da formação da vida intrauterina e mesmo extrauterina), segue objeto de acirrada polêmica, já pelo fato (mas não apenas por isso) de que a CF, assim como ocorre em outras ordens jurídicas, não dispõe expressamente sobre o início da proteção da vida humana, notadamente se esta abarca o nascituro.

Também no Brasil, doutrina e jurisprudência (aqui com destaque para o STF) digladiam-se em torno de diferentes posições e teorias, registrando-se que a despeito de alta densidade constitucional da querela, ainda é no campo do Direito Civil (que, de resto, é o foro convencional do debate em torno da personalidade jurídica e dos direitos de personalidade) e do Direito Penal (com destaque para a questão do aborto) que se percebe ser (ainda!) mais intenso o debate. Especialmente no que diz com a jurisprudência constitucional, convém registrar que o tema pouco foi debatido, ressaltando-se as decisões do STF na ADI 3.510, que apreciou a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco (e o correlato problema da eliminação de embriões excedentes), bem como, por último, na ADPF 54, julgada em abril de 2012, onde estava em causa a interrupção da gravidez em casos de anencefalia.

Como também se verificou nos dois casos julgados pelo STF, a controvérsia sobre o início da proteção da vida humana se desdobra em pelo menos duas grandes questões. A primeira, diz respeito à própria qualidade da proteção, se na condição de direito subjetivo (de um direito fundamental), ou na perspectiva apenas objetiva, mediante a noção de deveres de proteção e seus corolários, ou mesmo um somatório de ambas as possibilidades. A outra discussão se prende ao marco inicial da proteção jurídica da vida (concepção ou outro momento) antes do nascimento (com vida...), haja vista a diversidade de critérios já produzidos, cada qual reivindicando seu reconhecimento no mundo do Direito.

Uma rápida mirada sobre a decisão do STF na ADI 3.510, permite afirmar que, a depender do voto do Ministro Carlos Britto, não haveria titularidade de um direito à vida antes do nascimento com vida! Com efeito, ao que tudo indica, o STF (aqui considerando que a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator) partiu do pressuposto que a Constituição não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo assegurado na condição de direito (subjeto) fundamental, mas apenas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porquanto nascida com vida, de tal sorte que a inviolabilidade da qual trata o art. 5º “caput” diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. De outra parte, ficou assentado naquela decisão que o embrião, para merecer a proteção da ordem jurídica, deve ter a possibilidade de vir a ser pessoa, não bastando que tenha sido fecundado de modo artificial, de tal sorte que em não sendo implantado o embrião produzido *in vitro* não será jamais pessoa, não podendo ser, por via de consequência, objeto de proteção pelo Direito. Assim, parece que, para o STF, há que traçar uma distinção entre embriões obtidos de modo artificial e não implantados, destituídos de proteção jurídica, e embriões implantados e daqueles que se desenvolvem a partir de uma concepção e fecundação convencional, os quais, embora não sendo pessoas, já gozam de um determinado nível de proteção pela ordem jurídica ainda que não possam ser, enquanto não nascidos com vida, titulares de direitos.

À vista do exposto, verifica-se que a distinção entre indivíduos e pessoas (ou entre vida ou dignidade humana e pessoa humana, titular de um direito à vida e um direito à proteção e promoção de sua dignidade), parece, portanto, ter sido consagrada pela nossa mais alta Corte, ressaltando-se a existência de posição em parte divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, que, no seu voto, lembrou que a Convenção de São José da Costa Rica, como já referido na parte inicial, refere expressamente que a vida humana deve ser protegida desde a concepção. Por outro lado, é possível extrair da decisão ora colacionada, que a proteção jurídico-constitucional da vida intrauterina, portanto, da vida antes do nascimento, se dá por conta da extensão do âmbito subjetivo (pessoal) de proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido que embora não se possa falar de uma pessoa, na condição de sujeito de direitos fundamentais, existe uma proteção que atinge todo o processo vital, compreendido como um processo indivisível de formação do ser humano, que deságua no indivíduo-pessoa resultante do nascimento com vida.

A decisão do STF sobre a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco obtidas a partir de embriões derivados de uma fertilização artificial e não implantados no ventre feminino, convém destacar, embora tenha trazido elementos importantes para a discussão (a despeito de uma posição nada clara e conclusiva em matéria de titularidade de direitos fundamentais) não se presta como paradigma (ao menos exclusivo) para a discussão em torno da interrupção da gravidez, pois aqui está em causa – na visão do próprio STF – um “ser para pessoa”, que já recebe alguma proteção do direito positivo (tutela dos interesses do nascituro), cuidando-se, nesses casos, sempre de uma entidade pré-natal instalada (e

viva) no interior do corpo feminino. Com efeito, se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade daquele diploma legal com a Constituição haveria então de ser afastada, conforme o entendimento majoritário formado no STF quando do julgamento da ADI 3.510. Também o direito ao livre planejamento familiar, ancorado no artigo 226, § 7º, da CF, foi esgrimido como argumento contrário a uma obrigação de aproveitamento de todos os embriões resultantes da tentativa de engravidar por parte dos pretensos pais, o mesmo valendo para o direito à saúde (que estaria sendo promovido mediante a autorização das pesquisas com células-tronco) e o direito à livre expressão da atividade científica. Muito embora importantes aproximações, o caso da interrupção da gravidez, quando do diagnóstico de anencefalia do feto, é distinto, o que nem sempre foi devidamente considerado no julgamento do STF sobre a matéria (em geral quando da referência ao critério da morte encefálica) e também nem sempre é suficientemente sublinhado pela doutrina, como a seguir se verá.

Com efeito, na decisão do STF sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, novamente o problema da titularidade do direito à vida não foi objeto de maior referência e desenvolvimento, especialmente nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria que considerou constitucionalmente legítima a opção pela interrupção da gravidez em tais circunstâncias. Com efeito, o que se percebe, aqui em apertada síntese, é que os votos dos Ministros acabaram sendo focados, em grande parte, na afirmação da inviabilidade da vida após o nascimento do feto anencéfalo e na priorização da dignidade (e autonomia decisória) da mulher e dos pais em levar adiante a gravidez desde logo condenada a gerar uma vida “inviável”, sem enfrentar a problemática propriamente dita de uma titularidade de direitos fundamentais antes do nascimento com vida. O Ministro Gilmar Mendes, embora acompanhando a maioria quanto ao resultado final, consignou em seu voto, que a regra predominante no direito internacional é a da proteção jurídica da vida intrauterina, de tal sorte que o que está em causa são os limites da intervenção legítima no âmbito de proteção do bem jurídico tutelado. Já os dois Ministros que foram vencidos no julgamento da ADPF 54, designadamente Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, fizeram expressa referência em seus votos à proteção da vida do nascituro, tendo o Ministro Cezar Peluso agregado ser o nascituro sujeito de direitos, afirmando a plena dignidade constitucional de sua vida, embora não tenha ainda personalidade jurídica.

Assim, à vista de ambas as decisões do STF (pesquisa com células-tronco e interrupção da gravidez nos casos de anencefalia), é possível constatar, num primeiro passo, que tal como ocorre em sede doutrinária e a exemplo do que se passa no direito estrangeiro e mesmo internacional, o reconhecimento da titularidade do direito à vida (assim como de uma dimensão subjetiva da dignidade e dos direitos de personalidade em geral) antes do nascimento (com vida) segue controverso e não será aqui, dado os propósitos e limites da abordagem, que iremos ampliar a digressão.

De qualquer modo, mesmo que se parta do pressuposto de que a titularidade do direito à vida, na condição de um direito subjetivo, inicia apenas com o nascimento com vida, isso não significa ausência de proteção constitucional da vida antes do nascimento, visto que tal proteção ocorre pelo menos no âmbito de uma proteção objetiva, por meio da figura dos deveres de proteção estatais, solução que, de resto, tem sido também bastante prestigiada no âmbito da jurisprudência constitucional estrangeira (para o que basta uma leitura das referências feitas no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54), com destaque para a problemática da interrupção da gravidez e mesmo de outras formas de intervenção na vida (e mesmo dignidade) humana.

3 - LIMITES DAS INTERVENÇÕES NO DIREITO À VIDA – UMA ANÁLISE A PARTIR DO EXEMPLO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA E DA DECISÃO DO STF SOBRE A MATÉRIA

A despeito de ter sido consagrado no art. 5º, *caput*, onde lhe foi solenemente assegurada a sua inviolabilidade, não se poderá reconhecer que o direito à vida assume a condição de um direito absoluto, no sentido de absolutamente imune a intervenções legítimas sob o ponto de vista jurídico-constitucional. Diversamente do que ocorreu na Alemanha, onde a Lei Fundamental estabeleceu uma expressa reserva legal, a CF assegurou uma proteção aparentemente mais forte ao direito à vida, o que, todavia, não procede, visto que bastaria apontar para a exceção, prevista na própria CF, de que em caso de guerra declarada, nos casos regulamentados pela legislação infraconstitucional, cabível a aplicação da pena de morte, o que não se verifica no caso da Alemanha. Da mesma forma, a mera previsão, ainda que de modo limitado, de hipóteses legais admitindo a interrupção da gravidez, igualmente demonstra que a ordem jurídica reconhece situações nas quais a supressão da vida de um ser humano (sem prejuízo, no caso da interrupção da gravidez, da discussão sobre a existência de uma pessoa humana e de um direito subjetivo à vida) é tida como juridicamente tolerada, pelo menos no sentido de não implicar ato ilícito passível de sanção, o mesmo ocorrendo nos casos de legítima defesa, exercício regular de um direito, etc., onde a ilicitude do ato de matar é afastada.

O exemplo do direito à vida, diversamente da generalidade dos direitos fundamentais, revela também que a assim chamada garantia do núcleo essencial poderá coincidir, a depender da concepção adotada, com o próprio conteúdo do direito, visto que qualquer intervenção no direito à vida implica a morte de seu titular. Por outro lado, também são classificadas como intervenções no direito à vida hipóteses de grave ameaça e risco para a vida, que, no caso de efetivadas, levariam à morte, e, portanto, teriam caráter irreversível²¹. A questão, portanto, não é a de aqui discutir a legitimidade de intervenções restritivas, no sentido próprio do termo, mas sim a de verificar a consistência jurídico-constitucional de medidas

que, para a proteção de bens fundamentais individuais ou coletivos de terceiros, implicam a cessação da vida de alguém, o que, na hipótese da decisão ora comentada, se revela de alta importância.

No que se verifica substancial consenso é no sentido de que embora não se trate de um direito absoluto, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais sujeitos rigorosos, passíveis de pleno controle. Nesse contexto, a discussão sobre a descriminalização da prática do aborto, ou seja, da interrupção voluntária da gravidez, ou mesmo a controvérsia sobre a existência de um direito fundamental à interrupção da gravidez, segue polarizando as opiniões na esfera doutrinária, legislativa e jurisprudencial. No Brasil, onde para efeitos da legislação infraconstitucional (à míngua de decisão expressa do constituinte sobre a matéria), a prática voluntária do aborto, salvo nos casos em que se verifique risco de vida para a mãe ou que esta tenha sido vítima de delito sexual (estupro), segue sendo crime, o problema está longe de ser equacionado.

Muito embora o STF, independentemente de uma posição fechada (em verdade, como já se viu, muito antes pelo contrário) sobre a titularidade de um direito à vida por parte do nascituro, entenda – levando em conta o teor das manifestações de parte dos seus integrantes e o silêncio dos demais relativamente ao ponto – que a vida intrauterina encontra-se, de algum modo, protegida em razão da dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio direito à vida, ainda não houve uma tomada de posição conclusiva acerca da obrigatoriedade (resultante dessa dimensão objetiva) de determinado nível de proteção, como, por exemplo, a necessidade de que tal proteção seja efetuada mediante a criminalização de determinadas condutas, no caso, da interrupção da gravidez, muito embora, especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes, substancialmente referendado na sequência do julgamento quanto a tais aspectos, tenha proposto algumas diretrizes de matriz organizatória e procedimental para assegurar maior segurança nos casos de interrupção da gravidez, o que, aliás, foi objeto de consideração e concretização pelo Conselho Federal de Medicina na sua Resolução 1989/12, editada logo após o julgamento da matéria pelo STF.

No âmbito do direito comparado, diferentemente da solução adotada pela Suprema Corte dos EUA, que reconheceu um direito da mulher à prática do aborto nos primeiros meses de gestação²², o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que a proteção da dimensão objetiva do direito à vida não requer que o Estado efetue a salvaguarda da vida intrauterina por meio do direito penal, pois a decisão específica relativa ao “como” proteger a vida humana (e não apenas nessa fase) estaria reservada ao legislador, no âmbito de sua liberdade democrática de conformação, desde que – impende frisar – assegure alguma proteção eficaz à vida do nascituro e não a transforme em mero objeto da decisão alheia²³.

A polarização, no que toca aos casos de abortamento, entre a assim chamada “solução dos prazos” (que assegura a possibilidade da livre opção sobre a interrupção da gravidez dentro de determinado prazo) e a

“solução” ou “modelo das indicações” (de acordo com o qual apenas em determinadas hipóteses, devidamente justificadas do ponto de vista constitucional, é possível cancelar a possibilidade do aborto), evidentemente não foi como tal resolvida na decisão do STF na ADPF 54. Contudo, tendo em conta o teor de boa parte dos votos, inclusive a referência de que não se estaria, com a procedência da demanda, a ampliar automaticamente as hipóteses de interrupção da gravidez para outros casos de malformação fetal ou outras justificativas, é possível concluir que também o STF, pelo menos no âmbito de uma proteção objetiva da vida do nascituro, não se revela receptivo à introdução – pelo menos enquanto preservada sua atual composição – da “solução dos prazos” no Brasil.

Considerando o silêncio da CF a respeito e a atual opção legislativa (que permite o aborto em duas hipóteses vinculadas a determinadas circunstâncias) e agregando-se a decisão do STF na ADPF 54, é possível arriscar a afirmação de que também no Brasil a tese de que a proteção do nascituro se dá no plano objetivo, por força dos deveres de proteção do Estado, assume, ao menos por ora, caráter prevalente. Mesmo considerando que, no plano do direito internacional dos direitos humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disponha que a vida humana é protegida desde a concepção – prescrição normativa que prevalece em relação a toda e qualquer norma legal ou infralegal no ordenamento brasileiro -, disso não resulta necessariamente que tal proteção deva se dar na forma de um direito subjetivo do nascituro (ou mesmo de que tal solução seja a constitucionalmente mais adequada), podendo, portanto, ser justificada no plano da dimensão objetiva. De qualquer sorte, a dimensão objetiva não determina a maneira específica como o Estado deve realizar essa proteção e nem implica necessariamente que a vida tenha exatamente o mesmo grau de proteção em todas as suas fases, o que, como já registrado e particularmente bem pontuado por Paulo Mota Pinto, não se revela necessariamente incompatível com a adoção de um modelo de indicações (justificativas)²⁴. Aliás, entendimento diverso – por exemplo, na ótica de uma linha de argumentação que atribua caráter absoluto ao direito à vida – levaria fatalmente a um juízo de inconstitucionalidade pelo menos da hipótese legal do estupro, mas também poderia colocar em causa as demais hipóteses de exclusão da ilicitude, como é o caso da legítima defesa, do estado de necessidade, entre outras, o que por si só já revela que não se trata de um caminho razoável a ser trilhado.

Por outro lado, ainda que se possa avançar no debate em torno das diferenças substanciais (inclusive em termos de repercussão jurídica) da opção por uma proteção na perspectiva de um direito subjetivo à vida por parte do nascituro ou pela via objetiva (portanto, por força de deveres de proteção estatais) o fato é que em ambos os casos se verifica uma colisão de direitos e bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos e protegidos. Mesmo uma presunção de prioridade para a dimensão subjetiva (a liberdade de opção da mulher e/ou dos pais) não poderá, no caso, ser resolvida no sentido de uma absoluta prioridade e ausência total de proteção da vida do nascituro. Assim, tanto num, quanto noutro caso, há que avaliar

se a indicação (ou justificativa) para a interrupção da gravidez é constitucionalmente legítima e se guarda sintonia, entre outros critérios, como é o caso, com as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade (não compreendidos como categorias fungíveis!), resultando, ao fim e ao cabo, numa solução que estabeleça uma efetiva “concordância prática” (Hesse) e que seja constitucionalmente sustentável, ou adequada, se assim se preferir. É, portanto, a consistência constitucional dos argumentos que poderá legitimar determinada resposta como sendo correta. Precisamente no caso da ADPF 54, em que pese a em geral alentada e bem fundamentada argumentação dos Ministros do STF, verifica-se que a correção do resultado – que aqui vai enfatizada – não afasta e nem deve tornar inviável evidentes equívocos ou pelo menos imprecisões e inconveniências revelados por ocasião de alguns votos dos julgadores. Da mesma forma, tal como em outros julgados, percebe-se que alguns argumentos acabaram sendo reforçados mediante recurso a figuras retóricas de cunho não jurídico e que chegam a assumir, ainda que isso não corresponda à intenção de seu autor, caráter apelativo, o que não raras vezes não contribui para a solidez da decisão quanto à sua fundamentação.

A partir de tais premissas, já embutida a crítica ao uso nem sempre apropriado, mas no mínimo dispensável, de figuras argumentativas de cunho eminentemente retórico, é o caso de tecer algumas considerações em diálogo com os principais argumentos esgrimidos por ocasião do julgamento.

Uma primeira observação prende-se ao fato de que embora em geral os votos tenham, em maior ou menor medida, buscado elementos oriundos de outras áreas do saber, especialmente a biologia e a medicina, também é verdade que a seleção de tais conhecimentos quanto à sua correção nem sempre foi objeto de atenção, e, pelo contrário, ensejou até mesmo alguma confusão conceitual²⁵, como se constata no recurso ao argumento da morte cerebral como motivo para autorizar a interrupção da gravidez, pois cuida-se, no caso, de um argumento eminentemente utilitarista, pois a aplicação do critério da morte cerebral aos casos de anencefalia – como dá conta a Resolução nº 1949 de 2010 do CFM – seria inviável, já que embora os nascidos com anencefalia tenham ausência de estruturas cerebrais, eles possuem partes do cérebro funcionando. Com isso, à evidência, não se está a afirmar que a decisão final do STF teria de ser outra, caso devidamente observada tal circunstância, mas que a imagem da morte cerebral e de uma “não-vida” possivelmente simplifica a argumentação e reduz o encargo de justificar por outros fundamentos a interrupção da gravidez. Além disso, onde não há vida não se há de falar em direito à vida e dispensável mesmo uma cuidadosa ponderação.

Outra crítica, pelo menos no nosso sentir, pode ser endereçada à alegação de que nos casos de diagnóstico de anencefalia, não se trataria propriamente de um abortamento, de uma interrupção da gravidez, mas de uma antecipação terapêutica do parto. Mais uma vez, é possível afirmar, que se trata de um jogo de palavras, que seduziu também o CFM quando editou a Resolução 1989 de 2012, tendo o Ministro Gilmar Mendes, com razão, é preciso sublinhar, destoado de tal linha de argumentação, ao afirmar que também no caso é de aborto do que se trata, de tal sorte que

o que deve ser examinado é mesmo se existe uma justificação constitucionalmente sólida para, em caráter excepcional, admitir a interrupção da gravidez.

Além do mais, de acordo com a pertinente referência de Jörg Neuner, percebe-se que o STF considerou que os direitos da mulher prevalecem sobre os do feto com anencefalia e não considerou, para efeitos de tal posição preferencial da liberdade da mulher, outras graves malformações ou síndromes, pois o que se depreende da decisão é – ainda de acordo com Neuner – que as atividades cerebrais faltantes no caso de anencefalia seriam incompatíveis com o vir a ser pessoa do feto e, portanto, com um correlato direito à vida²⁶. Aliás, quanto a tal aspecto, já se fez menção a manifestações de Ministros no sentido de que não estariam antecipando sua posição favorável a outras hipóteses de interrupção da gravidez.

A consideração – também veiculada por Jörg Neuner - de que o feto com anencefalia, em percentual significativo dos casos, nasce com vida e poderá viver pelo menos alguns instantes, além de não se tratar propriamente de um ser humano desprovido completamente de cérebro e de vida cerebral, podendo mesmo apresentar reações corporais e manifestações de dor, coloca em pauta o fato de que em não ocorrendo a interrupção da gravidez, o bebê nascido com anencefalia será titular de direitos e obrigações, podendo herdar e mesmo sendo o caso de registrar o seu nascimento, adquirindo, portanto, personalidade jurídica. Por outro lado, resulta claro que também as circunstâncias narradas por Neuner não afastam, por si só, a legitimidade constitucional da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, pois, como apontado na decisão do STF, a própria legislação penal autoriza o abortamento de fetos saudáveis em determinadas hipóteses, de tal sorte que o pondo nodal da discussão se centra, convém enfatizar, na consistência constitucional da justificativa para o aborto.

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

Por derradeiro, sem que se pretenda aqui aprofundar o debate, verifica-se que nem mesmo a decisão tomada pelo STF no caso da interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal, embora não tenha tido o condão de resolver em definitivo o debate, visto que se trata de situação peculiar, que não implica a descriminalização de toda e qualquer hipótese de interrupção da gravidez voluntária no Brasil, agregou elementos adicionais e relevantes, ao debate²⁷, seja qual for a direção que venha a ser trilhada na esfera da legislação, doutrina e jurisprudência. Além disso, os problemas relacionados ao regime jurídico-constitucional do direito fundamental à vida no Brasil estão, como se verifica também em outras ordens jurídicas, em pleno processo de amadurecimento, inclusive do ponto de vista dogmático. A prática decisória do STF revela, a despeito dos julgamentos aqui referidos e discutidos, que muitos aspectos ainda pendem de manifestação da nossa Corte Constitucional, inclusive a celeuma acerca da legitimidade constitucional da eutanásia, ainda mais quando tal tema assume lugar de destaque na agenda do Conselho Federal de Medicina e foi objeto de inserção no projeto de reforma da legislação penal, ora em andamento. Mas também a relação do direito à vida com outros direitos fundamentais, a extensão dos deveres de proteção estatais nessa seara, assim como a própria titularidade do direito à vida seguem aguardando manifestação do STF, de tal sorte que não deverão faltar oportunidades para revisitar o tema.

>> NOTAS

- ¹ Cf. Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, München: C.H. Beck, 2010, p. 167.
- ² Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 1, 6ª ed., München: Verlag Franz Vahlen, 2010, p. 255.
- ³ Cf. Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, Op. Cit., p. 167.
- ⁴ Cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 223.
- ⁵ Cf. André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 543
- ⁶ Cf. BVerfGE 39, p. 42.
- ⁷ Cf. Luis Maria Diez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2005, p. 215.
- ⁸ Cf., por todos, Michael Kloepfer, "Vida e Dignidade da Pessoa Humana", *In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 171 e ss.
- ⁹ Cf. Hans-Detlef Horn, "Allgemeines Freiheitsrecht, Recht auf Leben u.a.", *In: Klaus Stern, Florian Beckerm (Coord.), Grundrechte Kommentar*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, p. 181.
- ¹⁰ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 159 e ss.
- ¹¹ Cf., por todos, Helmuth Schulze-Fielitz, "Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG)", *In: Horst Dreier (Ed.), Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 210-11.
- ¹² Sobre o tópico, v., dentre outros, a síntese de Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 141 e ss., bem como as lições (ainda que em parte divergentes do primeiro autor citado e por isso relevantes também como contraponto) de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 111 e ss.
- ¹³ Cf., em caráter ilustrativo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 151 e ss.
- ¹⁴ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 263.
- ¹⁵ Cf., dentre tantas, especialmente, a decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJU em 24.11.2000, bem como, mais recentemente, a decisão na STA nº 175/CE, julgada em março de 2010, Rel. Min. Gilmar Mendes.
- ¹⁶ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 263-64.
- ¹⁷ Para o caso brasileiro, v. o art. 91 do Estatuto do Estrangeiro, lei 6.815/80 e reiterada jurisprudência do STF nesse sentido. Na doutrina, v., por todos, Gilmar Ferreira Mendes, "Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo", *In: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo G. Branco, Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 565 e ss
- ¹⁸ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 264-65.
- ¹⁹ Cf., por todos, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 289.
- ²⁰ Sobre o tema da titularidade, seguindo uma linha inclusiva, remetemos também a Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 209 e ss. Adotando entendimento mais restritivo (embora sem deixar de criticar a fórmula adotada no texto constitucional) v. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 72 e ss.
- ²¹ Cf. Helmuth Schulze-Fielitz, cit., p. 212-13;
- ²² Cf. o famoso caso *Roe vs. Wade*, julgado em 1973, onde se entendeu que o direito à privacidade abrange a liberdade da mulher de decidir sobre a continuação da gravidez nos primeiros três meses de gestação, ao passo que no segundo trimestre, embora ainda cabível o aborto por decisão da gestante, o Estado poderia regulamentar o exercício do direito objetivando a

proteção da saúde da própria gestante. A respeito da discussão sobre o aborto nos EUA v. por todos Ronald Dworkin, *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson L. Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³ No que diz com a descriminalização do aborto na Alemanha houve três importantes momentos na esfera legislativa, submetidos ao crivo do Tribunal Constitucional Federal (destaque para as decisões Aborto I e II, de 1975 e 1993, respectivamente) e que acabaram conduzindo a uma progressiva descriminalização, muito embora a legalização generalizada e o reconhecimento de um direito fundamental ao abortamento não tenham sido chanceladas pelo Tribunal. Especialmente a decisão conhecida como Aborto II.

²⁴ Cf. Paulo Mota Pinto, “Breves considerações a propósito da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia”, p. 2 e ss. (texto disponibilizado pelo autor e aguardando publicação).

²⁵ Cf., nesse sentido, as ponderações de José Roberto Goldim, “Bioética, Anencefalia e o Início da Vida e do Viver”, p. 6 e ss. (texto disponibilizado pelo autor e aguardando publicação).

²⁶ Cf. Jörg Neuner, “Da capacidade jurídica das pessoas naturais”, *In: Direitos Fundamentais & Justiça* n. 21, set-dez. 2012.

²⁷ Sobre tal discussão, v., por todos, Daniel Sarmento, “Legalização do aborto e Constituição”, *In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (Coord.), Nos Limites da Vida. Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 23 e ss.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.2 (jul./dez. 2014) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

