

O INÍCIO DA VIDA: UMA ANÁLISE ÉTICA E JURÍDICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE BEGINNING OF LIFE: AN ETHICAL AND JURIDICAL ANALYSIS ON THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

EL COMIENZO DE LA VIDA: UN ANÁLISIS ÉTICO Y LEGAL BASADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CORTE SUPREMA FEDERAL

Clara Cardoso Machado Jaborandy*
Brisa Larissa Andrade Viana**

* Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Docente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (UNIT/SE) na linha Direitos Humanos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento Sustentável da Graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT/SE); e de cursos de pós-graduação da EJUPE; Aracaju (SE), Brasil.

** Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE) e Advogada, Aracaju (SE), Brasil.

Autor correspondente:

Brisa Larissa Andrade Viana
E-mail: brissalarissaviana@gmail.com

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O direito à vida; 3 Bioética e Biodireito; 4 O Supremo Tribunal Federal, a proteção jurídica da vida e as decisões na ADI nº 3.510, na ADPF nº 54 e no HC nº 124.306; 4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510; 4.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54; 4.3. Habeas Corpus nº 124.306; 5 Da análise acerca do posicionamento da Suprema Corte na jurisprudência relativa ao direito à vida; 6 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise ética e jurídica quanto à proteção do direito à vida no Brasil, abordando a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, especificamente quanto aos fundamentos jurídicos utilizados nas decisões decorrentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e do *Habeas Corpus* nº 124.306. Para tanto, fora utilizada a pesquisa qualitativa, tendo essa se desenvolvido por meio de levantamento bibliográfico e documental, em livros e artigos científicos que versam sobre o tema, bem como por pesquisa jurisprudencial. Dessa forma, constatou-se que não há um consenso, no que diz respeito ao termo inicial da vida, de modo que se faz fundamental dialogar com a nova realidade decorrente dos avanços biotecnológicos, no processo de construção de preceitos éticos e jurídicos de proteção do embrião e da natureza humana, tendo como referencial a dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética; Direito à vida; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: An ethical and juridical analysis on the protection of the right of life in Brazil is provided foregrounded on the jurisprudential construction of the Supreme Federal Court, especially on the juridical bases used in decisions following the Unconstitutional Act 3510, Argument of Non-Compliance of the Fundamental Precept n. 54 and of the *Habeas Corpus* n. 124,306. Qualitative research has been developed through a bibliographical and documental survey in books and scientific articles on the theme and through jurisprudential research. No agreement occurs on the beginning of life and it is important to have a dialogue with advances in biotechnology for the process of the construction of ethical and juridical precepts on the protection of the embryo and human nature, with special reference to human dignity.

KEY WORDS: Bioethics; Right to life; Supreme Federal Court.

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo es realizar un análisis ético y legal sobre la protección del derecho a la vida en Brasil, abordando la construcción jurisprudencial de la Suprema Corte Federal, específicamente en lo que respecta a los fundamentos jurídicos utilizados en las decisiones resultantes de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510, por Incumplimiento del Precepto Fundamental nº 54 y Habeas Corpus nº 124.306. Se ha utilizado la investigación cualitativa, desarrollada mediante levantamiento bibliográfico y documental, en libros y artículos científicos que abordan el tema, así como mediante investigaciones jurisprudenciales. Así, se constató que no existe consenso, en cuanto al inicio de la vida, y es fundamental dialogar con la nueva realidad resultante de los avances biotecnológicos, en el proceso de construcción de preceptos éticos y legales para la protección del embrión y naturaleza humana, basado en la dignidad humana.

PALABRAS-CLAVE: Bioética; Corte Suprema Federal; Derecho a la vida.

INTRODUÇÃO

O debate acerca do direito à vida existe desde os primórdios, havendo uma pluralidade de concepções com relação a esse direito, uma vez que a discussão passa pelos mais diversos âmbitos, sendo, assim, um tema cercado de incompreensões e inúmeras aberturas para interpretações distintas.

Com o passar do tempo, e o conseqüente avanço da ciência, as discussões se potencializaram, haja vista os conflitos entre o direito positivo e as normas provindas da ética, da moral e das diferentes religiões, especialmente porquanto, embora não se tenham dúvidas quanto à existência do direito à vida, o ordenamento brasileiro não dispõe expressamente qual o marco inicial de sua proteção e, em especial, se esta abarca o nascituro, suscitando diversas questões relevantes, sobre as quais não existe um denominador comum, principalmente na ordem jurídica interna.

É nesse contexto que se questiona no presente artigo: em que momento tem início a proteção da vida, sob a ótica da jurisprudência brasileira, mais precisamente a partir dos três casos mais representativos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, quais sejam a ADI nº 3.510, a ADPF nº 54 e o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* nº 124.306?

Partindo dessa problemática norteadora, tem-se como objetivo principal fazer uma análise ética e jurídica quanto à proteção do direito à vida no Brasil, abordando a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o trabalho se propõe a analisar os principais conceitos doutrinários no que diz respeito ao início da vida e à bioética, bem como a relação direta desses institutos com a jurisprudência brasileira, com destaque para o comportamento argumentativo da Suprema Corte em suas principais decisões envolvendo o tema.

Para o desenvolvimento do artigo, o trabalho foi dividido em quatro partes. Inicialmente, foram abordadas as diversas concepções relativas à vida, bem como quando seria o marco inicial de proteção jurídica. Em seguida, o artigo discorreu sobre os pressupostos da bioética e do biodireito, tendo em vista a importância desse estudo para a compreensão das questões éticas e jurídicas relevantes. E, por fim, foram analisados os fundamentos jurídicos utilizados pelo STF sobre quando se inicia a proteção jurídica do direito à vida, especificamente nas supracitadas decisões.

Em relação à metodologia, fora utilizada a pesquisa qualitativa, tendo essa se desenvolvido por meio de levantamento bibliográfico e documental, em livros e artigos científicos que versam sobre o tema, além de pesquisa jurisprudencial.

O tema proposto justifica-se com base na relevância do direito à vida, uma vez que se trata do mais básico dos direitos, por configurar uma condição natural inerente à própria existência do ser humano; de modo que se faz necessário o debate, visto que, embora se mostre de suma importância, no âmbito constitucional, em especial do Supremo Tribunal Federal, o tema ainda é objeto de muita discussão e contradição.

2 O DIREITO À VIDA

O direito à vida já possuía relevância nas mais antigas legislações, como o Código de Hamurabi e o Livro de Deuteronômio, estando presente também, posteriormente, em textos legais da Grécia Antiga e dos períodos da República e do Império Romano, nos quais a vida era vista tanto como um bem jurídico a ser tutelado, quanto como um bem alvo da aplicação de penalizações, quando do cometimento de ilícitos.¹

Contudo, foi somente no final do século XVIII, no ano de 1776, que o direito à vida começou a ganhar contornos do que se aproxima da noção moderna de direitos humanos e fundamentais, tendo sido consagrado na Declaração de Direitos da Virgínia.

¹ RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. *Revista Brasileira Direito Civil*, v. 10, 2016, p. 109.

Conforme menciona o art. 1º da referida Declaração², no rol dos direitos inerentes da pessoa humana:

I. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. (Grifou-se)

Em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, surgem, na França, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, classificados, assim, de forma didática pela doutrina moderna. Esses direitos compreendem os direitos de liberdade, quais sejam os direitos civis e políticos, trazendo a ideia de resistência e autonomia individual perante o Estado, limitando o poder deste, a fim de garantir a liberdade do cidadão. São direitos de cunho negativo, que fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a separação entre a Sociedade e o Estado. São exemplos o direito à vida, liberdade, segurança, privacidade e propriedade.³ Destarte, foi nesse momento que o tratamento da vida passou a ser compreendido, formal e materialmente, como um direito básico de todo cidadão.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi de extrema importância, tendo em vista que declarou o caráter universalista dos direitos humanos, dando-lhes uma conotação supraestatal. Entretanto, a tentativa concreta de universalização de tais direitos veio apenas no contexto do pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, como uma necessidade de autoafirmação dos povos e uma forma de repulsa às barbáries praticadas durante a Segunda Guerra, tendo estabelecido em seu art. 3º que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”⁴, evidenciando, dessa forma, a importância e a necessidade de proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, a despeito de não se ter dúvidas quanto à existência do direito à vida, nos dias de hoje, ainda não há um denominador comum acerca da definição do que é vida e da determinação do seu início, de modo que existem diversas teorias sobre o assunto que se relacionam com os mais diversos âmbitos, variando conforme o objeto de estudo, sendo este um dos temas mais controversos da atualidade.

No âmbito da filosofia, tem-se que o conceito de vida estaria relacionado com a ideia de matéria e espírito. Filósofos como Platão e Aristóteles citam a existência de uma alma e de uma forma (o corpo) quando se fala em vida. Há ainda os conceitos trazidos pela filosofia religiosa, na qual Tomás de Aquino, um de seus representantes, ao aprimorar a teoria analítica de Aristóteles, menciona também a existência de uma alma, que seria uma força externa essencial para que se explique a existência da vida.⁵

Já para a biologia, a definição de vida está presente em diversas teorias, tais como a Teoria Evolutiva de Darwin, Teoria da Autopoiesi, Teoria Biossemiótica *Sebeok*, entre outras, e a existência de tantas teorias justifica-se porquanto o conceito da vida, nesse âmbito, não possa ser visto “como um fenômeno único e sim como características que nos permitem classificar os seres como vivos, minerais etc.”, assim, “a vida seria relativa a cada critério escolhido pelo pesquisador”.⁶

No que diz respeito ao âmbito jurídico, no Brasil, o direito à vida está presente na Constituição Federal de 1988, sendo classificado; não só como um direito fundamental, mas também como cláusula pétrea (art. 60, § 4º,

² DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA. Estados Unidos da América, 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562-564.

⁴ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁵ DE LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes; FERREIRA, Fernando Castagna. Tutela da vida no ordenamento jurídico: início da vida, o direito de nascer, os direitos humanos e as questões bioéticas. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). Livros do Conibdh: bioética. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 257-258.

⁶ Ibidem, p. 255.

III, CF). Assim, o art. 5º da Carta Magna; estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁷. Ademais, o referido direito também se encontra relacionado com o preâmbulo constitucional, bem como com diversos dispositivos, tais como o direito à saúde (artigos 194 e 196, CF), a inadmissibilidade da pena de morte (art. 5º, XLVII, CF), entre outros.

Na esfera infraconstitucional, o Código Civil de 2002, em seu art. 2º, resguarda a vida do nascituro, ao estabelecer que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁸. Contudo, não há uma conformidade de entendimento no que diz respeito à natureza jurídica do nascituro e ao momento a partir do qual lhe é atribuída personalidade civil.

No âmbito penal, denota-se que o Código Penal, quando aborda os crimes contra a pessoa, cuida apenas da condição física da pessoa, tipificando no Capítulo I, intitulado “Crimes contra a Vida”, condutas como as de homicídio e aborto (artigos 121 a 128 CF).

Na seara internacional, o Brasil é signatário de diversos tratados que promovem a proteção do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, firmando pactos tanto em nível global como regional, entre os quais se pode destacar a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos para a Abolição de Pena de Morte, e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.⁹ Insta destacar, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto San José da Costa Rica, que prevê em seu art. 4º, I, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”.¹⁰

Logo, denota-se que nem a Constituição Federal nem a legislação infraconstitucional dispuseram expressamente sobre o conceito de vida e o marco para o seu início (e se este abarca o nascituro) ou seu fim, lidando de forma ambígua com tais extremos e fazendo com que esse questionamento seja objeto de incerteza, polêmica e incompreensões, das quais decorre uma série de correntes para tratar do assunto, haja vista a existência de uma pluralidade de concepções sobre o tema.

No debate, em específico acerca da personalidade civil do nascituro, deve-se mencionar as tradicionais teorias que tratam sobre o chamado processo de personificação do ser humano, dentre as quais se destacam as teorias natalista, concepcionista, da nidificação e do sistema nervoso central, sendo importante examiná-las no presente trabalho, mesmo que de forma breve.

A teoria natalista defende que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, ou seja, o nascituro possui mera expectativa de direito, não se considerando este como pessoa humana, mesmo sendo tutelado juridicamente, uma vez que o Código Civil exige o nascimento com vida.¹¹

A teoria concepcionista, por sua vez, adotada pelo Pacto de San José da Costa Rica, propõe que o início da personalidade se dá no momento em que ocorre a concepção, defendendo outro viés de proteção jurídica do nascituro, visto que considera este como pessoa humana. Também chamada de teoria da fecundação, esta estabelece que a vida humana tem seu início a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, no qual ocorre a constituição do zigoto, que faz surgir um ser humano com código genético distinto do que possuem os pais, passando a existir um novo ser individualizado.¹²

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

⁹ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. Aspectos históricos e filosóficos da consolidação da tutela do direito à vida humana. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). Livros do Conibdh: bioética. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 277.

¹⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. San José de Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.derechopenalnlared.com/legislacion/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 67.

¹² VARALLI, Janaina Thais Daniel. A morte digna, direito fundamental. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 21.

A teoria da nidação, defendida, em regra, pelo direito penal, sustenta que a vida humana se inicia com a fixação do embrião na parede do útero, e somente a partir daí é que o embrião se desenvolveria.¹³

Já a teoria do sistema nervoso central afirma que o início da vida se dá a partir do primeiro impulso elétrico no sistema nervoso do embrião, motivo pelo qual também é conhecida como teoria do impulso elétrico.¹⁴

Nesse cenário, a vida humana, enquanto objeto de proteção jurídica, é tema de discussão na doutrina e na jurisprudência brasileira. No Supremo Tribunal Federal, a discussão relativa ao início da vida resultou na propositura de três importantes ações, quais sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que apreciou a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, na qual a discussão se pautou na interrupção da gravidez em casos de anencefalia; e o *Habeas Corpus* nº 124.306, que tratou da possibilidade do aborto no primeiro trimestre de gestação; as quais terão seus fundamentos jurídicos analisados no capítulo 4 deste artigo.

Desse modo, no que diz respeito ao marco inicial da vida, constatou-se que não há, e ainda está longe de ser alcançado, um consenso, não obstante a pluralidade de critérios para defini-lo, nos mais diversos âmbitos. Ademais, a falta de uma conceituação sólida sobre o assunto leva a infundáveis debates ético-filosóficos, de forma que tal controvérsia reúne pontos sensíveis da bioética, sendo essencial dialogar com os pressupostos dessa realidade.

3 BIOÉTICA E BIODIREITO

Quando se fala em questões que dizem respeito à vida, é imprescindível o estudo dos pressupostos da bioética e do biodireito, na medida em que estes se mostram fundamentais para a formação da legislação, dos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência. Assim, os conceitos tratados neste capítulo são essenciais para que se tenha uma melhor compreensão acerca do tema e dos conflitos éticos e morais que dele decorrem.

O termo bioética surgiu com Fritz Jahr, teólogo alemão, em 1927, com a publicação do artigo intitulado “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”, publicado na revista *Kosmos*.¹⁵

Contudo, foi após a Segunda Guerra Mundial, com os movimentos sociais e reivindicatórios dos direitos civis que explodiram nos Estados Unidos, que o termo se difundiu, mais precisamente em 1970, quando Van Rensselaer Potter, oncologista norte-americano, utilizou a palavra em sua obra “Bioética, ciência da sobrevivência” e, posteriormente, em 1971, em “Bioética: ponte para o futuro”. O autor ressaltou nas obras a característica primordial dessa área de estudos, qual seja a de se configurar como uma “ciência da sobrevivência humana”¹⁶, voltada para a preservação da vida em geral, face às inovações tecnológicas experimentadas em nossa era, associada aos valores humanos.

O estudo da bioética trata-se de um estudo acerca da vida e de como esta deve ser conduzida, quando se está diante de inovações tecnológicas que permitem manipular o ser humano, e as interações e consequências daí advindas para a humanidade e o meio ambiente, bem como dos limites que devem ser impostos a esses avanços.

Nesse contexto, tem-se que o estudo bioético é multidisciplinar, uma vez que passa pelos mais variados âmbitos, seja na seara da medicina, da biomedicina, do direito, da filosofia, da teologia, da sociologia etc., abrangendo as mais diversas questões morais e éticas, tudo isso buscando respostas para os problemas trazidos pelo progresso da

¹³ DOS SANTOS JÚNIOR, Sirval Martins; PAZÓ, Cristina Grobério. Entre o aborto e o direito à vida: os direitos da personalidade em jogo. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). Livros do Conibdh: bioética. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 297.

¹⁴ VARALLI, Janaina Thais Daniel. A morte digna, direito fundamental. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 21.

¹⁵ ARAUJO, Thaianne Fernandes de. Aspectos controvertidos da eutanásia e da ortotanásia pensados sob a ótica da bioética e do biodireito. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). Livros do Conibdh: bioética. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 344.

¹⁶ CAZAROTTO, Caio de Souza. O direito à vida do Nascituro: em busca da efetividade do direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 30.

sociedade e avanço da tecnologia, de modo que os estudos “deveriam ser conduzidos de tal forma que não levassem em conta somente o avanço científico, mas também protegessem os direitos e o bem-estar das pessoas”.¹⁷ Logo, a essência da bioética se traduz numa preocupação primordial em ter sempre como centro o ser humano em sua dignidade.

No entanto, não obstante a bioética seja uma disciplina autônoma, que tem conteúdo para lidar com as principais questões aduzidas, fez-se necessária a chegada de uma disciplina que estudasse a regulação e a proteção da vida e do meio ambiente, nesse novo âmbito da existência humana, enquanto objetos jurídicos, no sentido de apreciar a imposição de limites jurídicos ao progresso técnico-científico e suas possíveis intervenções. Dessa forma, conjugando a bioética e o direito, surgiu o biodireito, ramo direcionado ao estudo das ocorrências decorrentes do desenvolvimento tecnológico relacionado à medicina e à biotecnologia.

Portanto, bioética e biodireito estão estritamente relacionados, de modo que aquela irá atuar na reflexão a respeito da vida e da saúde humana, contribuindo para que o direito absorva determinadas posturas e crie normas jurídicas.

A bioética - e, portanto, o biodireito - ao atuar na proteção da dignidade humana e da qualidade de vida, frente aos avanços tecnológicos e possíveis complicações causadas aos seres humanos por estes, é norteada por diversos princípios, sendo classificados como primordiais para orientar tais dilemas morais os princípios da beneficência, da autonomia e da justiça.

Conforme o princípio da beneficência, as condutas devem ser pautadas na moralidade e, como o próprio nome diz, no benefício ao próximo, sendo uma obrigação não causar danos, bem como reduzir eventuais riscos decorrentes do tratamento da vida humana. O princípio atua na promoção do bem-estar, de forma que “a beneficência é um dever profissional que o médico tem de tratar o seu paciente da melhor forma possível, fazendo-lhe sempre o bem”.¹⁸

Desse princípio decorre o princípio da não maleficência, que consiste no dever de não provocar nenhum prejuízo intencional ou desnecessariamente ao paciente, traduzindo-se, assim, em algo benéfico.¹⁹

Para o princípio da autonomia, o sujeito tem o direito de se autogovernar e decidir de maneira independente e informada, livre de qualquer tipo de intimidação. Também chamado de princípio do respeito pela pessoa, tal princípio aduz que, com base no respeito à liberdade de cada um para decidir sobre si, deve-se respeitar a vontade da parte que se submete a determinada conduta médica. Nas situações em que o sujeito não possa decidir por si mesmo, poderá fazê-lo o seu representante legal. Outrossim, o paciente deve ter conhecimento de todos os procedimentos a que será submetido, devendo expressamente concordar com todos eles.²⁰

O princípio da justiça, por seu turno, afirma que todas as pessoas devem receber tratamento isonômico, de forma digna e proporcional “em relação aos benefícios e malefícios causados pelo tratamento, bem como ter acesso a bons aparelhos e novas tecnologias voltadas à prática médica”.²¹ Esse princípio está relacionado à ideia de equidade, uma vez que a referida isonomia diz respeito à isonomia material, de forma que a diferenciação se justifica quando se trata de pessoas que se encontram em condições desiguais, assim, o tratamento deve se dar na medida e proporção de suas desigualdades, ou seja, deve-se atribuir a cada um o que lhe é devido segundo suas necessidades.

Além dos princípios básicos da bioética, existem também os princípios que norteiam o biodireito, entre os quais se pode destacar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, que estão presentes

¹⁷ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2014, p. 30.

¹⁸ ARAUJO, Thaiane Fernandes de. Aspectos controversos da eutanásia e da ortotanásia pensados sob a ótica da bioética e do biodireito. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). *Livros do Conibdh: bioética*. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 345.

¹⁹ VARALLI, Janaina Thais Daniel. *A morte digna, direito fundamental*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 60.

²⁰ *Ibidem*, p. 54.

²¹ ARAUJO, Thaiane Fernandes de. Aspectos controversos da eutanásia e da ortotanásia pensados sob a ótica da bioética e do biodireito. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). *Livros do Conibdh: bioética*. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 346.

na Constituição Federal, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre outros dispositivos, e estão diretamente ligados aos princípios bioéticos da beneficência, da autonomia e da justiça.

Essa abordagem principialista teve como base a teoria de Beauchamp e Childress, utilizada a partir do Relatório Belmont, publicado em 1978 nos Estados Unidos, que citou os já mencionados três princípios básicos fundamentais da bioética, sendo este o modelo teórico mais influente na área bioética, a fim de guiar as questões éticas relativas à pesquisa científica no âmbito da biomedicina e das ciências da saúde.²²

Posteriormente, cresceu a consciência de que esta é somente uma entre muitas abordagens teóricas, passando-se a ter o estágio situado para além da abordagem principialista tradicional, em que a bioética também faz uso, na busca de soluções para as questões éticas, do chamado paradigma casuístico, que estabelece que deve ser aplicado qualquer tipo de princípio moral, quando se estiver diante de uma situação-problema nova que fuja das soluções pré-estabelecidas. Ou seja, a aplicação deve se dar de acordo com o caso concreto.

Contudo, a forma como se lida com as grandes questões éticas, como a vida humana, ainda é cheia de lacunas e incertezas, visto que o empecilho se encontra na própria dificuldade em se determinar o que é vida propriamente dita, de maneira que a bioética necessita de formulações jurídicas mais claras e concretas.

Portanto, toda essa elucidação, antes de tratar propriamente sobre o questionamento a respeito do início da vida, fundamenta-se quando se une os conceitos de bioética, biodireito, dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida; haja vista que falar de temas como a utilização de células embrionárias para pesquisa ou a possibilidade de interrupção da gestação de feto anencefálico, por exemplo, significa abordar problemas éticos, morais, sociais, religiosos e também políticos, de modo que a bioética e o biodireito relacionam-se ao buscar a proteção à vida e aos direitos do homem frente às inovações científicas.

136

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA E AS DECISÕES NA ADI Nº 3.510, NA ADPF Nº 54 E NO HC Nº 124.306

O avanço científico, decorrente do progresso social, intensificou a discussão relativa à vida humana, surgindo fenômenos que demandaram o auxílio da bioética em sua resolução, conforme explanado anteriormente. Essa situação refletiu no âmbito jurídico, em especial na doutrina e jurisprudência, tendo em vista a insuficiência da legislação para lidar com o tema, eis que se está diante de uma sociedade plural e complexa na qual o ordenamento jurídico não consegue prever todas as situações possíveis, demandando, diante de tais lacunas, uma postura jurisdicional mais ativa.

Nesse toar, uma vez que cabe ao Supremo Tribunal Federal o exercício ativo da função jurisdicional constitucional, faz-se pertinente a análise a respeito da jurisprudência, no que tange ao referido âmbito, abordando os fundamentos utilizados nas decisões, sob o enfoque da bioética e do biodireito.

Para tanto, optou-se por examinar, no presente artigo, três dos casos mais representativos da Suprema Corte acerca da proteção à vida, quais sejam a ADI nº 3.510, a ADPF nº 54 e o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* nº 124.306; visto que as referidas decisões, além de contarem com discussões substantivas sobre o tema, são amplamente reconhecidas pela comunidade jurídica e pelo próprio STF como especialmente relevantes. A título de exemplo, o ministro Celso de Mello afirmou em seu voto, no julgamento da ADI nº 3.510, que nunca havia participado, em quase 40 anos de atuação na área jurídica, de um processo com tal magnitude.²³

²² GOMES, Delci. Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas. Bioetikos. Centro Univesitário São Camilo, v. 1, n. 2, 2007, p. 83.

²³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.510 DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgada em: 29 mai. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 out. 2019.

4.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.510

Em março de 2005, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, tendo por objeto o art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa e terapia com células-tronco obtidas a partir de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento, quais sejam embriões excedentários.

O art. 5º da referida Lei²⁴, promulgada em 2005, regulamentou o art. 225, § 1º, da Constituição Federal, estabelecendo requisitos necessários à utilização das células-tronco embrionárias produzidas para fins de pesquisa, *in verbis*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I - sejam embriões inviáveis; ou
II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Conseqüentemente, passou-se a exigir, em síntese, que os embriões utilizados nestas pesquisas fossem considerados inviáveis ou estivessem congelados há três anos ou mais, além do consentimento dos pais. Entretanto, não há na norma o significado do termo “inviáveis” nem o porquê de ter determinado o prazo de três anos para que os embriões congelados pudessem ser utilizados para fins de pesquisa e terapia. Não se baseou em qualquer certeza científica de que, após esse prazo, os embriões se tornem necessariamente inviáveis.

Dessa forma, a tese central da parte autora aduzia que o mencionado artigo violaria o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, uma vez que a vida, sob a ótica da teoria concepcionista, começaria a partir da fecundação, sendo o embrião humano, portanto, vida humana, que deveria ser preservada desde esse momento.²⁵

Após o ajuizamento da ação, o debate se potencializou, de modo que movimentos das mais variadas áreas do conhecimento, tais como religiosos, científicos e populares, passaram a defender seus pontos de vista. Por conta disso, foi realizada pela primeira vez no Direito Brasileiro uma audiência pública, para que a questão fosse debatida por diversos especialistas. Outrossim, a figura do *amicus curiae* teve intensa participação no caso.

Como resultado, em maio de 2008, após o parecer de diversos ramos do conhecimento, o STF, em sentido contrário ao do PGR, considerou as pesquisas com células-tronco embrionárias válidas, julgando a ação improcedente, nos termos da Lei de Biossegurança. A ADI teve como relator o então ministro Carlos Ayres Britto, que votou pela total improcedência, sendo acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello.

Em seu voto, o ministro relator identificou que não é possível extrair do texto constitucional uma opção do constituinte por um marco temporal a partir do qual seria possível determinar quando passa a existir vida. Contudo, reconheceu a corrente concepcionista, ao afirmar que “não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino”.²⁶ Afirmou, ainda,

²⁴ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁵ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.510 DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgada em: 29 mai. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 out. 2019.

²⁶ *Ibidem*, *idem*.

que a questão não é quando se inicia a vida humana, mas quando ela passa a receber proteção jurídica, não sendo esse momento o da fecundação.

Desse modo, estabeleceu que a tutela constitucional sobre o direito à vida e à dignidade, consagrada na Constituição, nos artigos 5º, *caput* e 1º, III, confere proteção apenas às pessoas civis, ou seja, aquelas pessoas que nascem com vida, e, portanto, dotadas de personalidade, o que não é o caso do embrião excedentário, não havendo que se falar em afronta a esta proteção por parte da lei, uma vez que não haveria titularidade de um direito à vida antes do nascimento com vida.

Nesse sentido, pontua o ministro que quando se fala nesta proteção, se fala em “direitos e garantias do indivíduo-pessoa do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido”.²⁷

Logo, o embrião, nas circunstâncias em que o diploma normativo autoriza seu uso, não pode ser considerado potencialidade de vida, daí não haver conflito entre aquilo que prescreve a lei e a necessária proteção dos estágios pré-natais da vida humana. Numa seara constitucional, concluiu, também, que as garantias e direitos *magnum* estariam se referindo ao indivíduo-pessoa, não sendo o embrião detentor de dignidade humana, por exemplo.

Em síntese, a Corte entendeu que o embrião criado com fertilização *in vitro* não deve ser considerado como uma vida humana e que sua proteção frente ao direito do nascituro só pode começar a contar no momento em que estiver implantado no útero materno.

4.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

138

Em junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), formalizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso, que apreciou a legitimidade constitucional da possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos com anencefalia.

A parte autora alegou, em sede de exordial, o não enquadramento da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo às hipóteses previstas nos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro, uma vez que a conduta não constituiria aborto, considerada a inviabilidade do feto e a equivalência ao morto, presente a similitude com o conceito versado na Lei nº 9.434/97, relativa à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Defendeu, ainda, a interpretação evolutiva do direito penal quanto à matéria, a qual estaria alcançada na excludente de ilicitude contida no inciso I do art. 128 do Código Penal, tendo em conta o estágio atual da ciência, capaz de diagnosticar a gestação de risco. Ademais, mencionou a dignidade da pessoa humana, a assegurar a integridade física e moral, e o direito fundamental da mulher à saúde, a afastar, na hipótese de anencefalia, a incidência dos tipos penais.

Após a realização de audiência pública, com a participação de entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, a ação foi julgada procedente, em 2012, nos termos do voto do relator, o ministro Marco Aurélio de Mello, por maioria de 9 votos a 2, em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso.

Foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

No caso ora analisado, tem-se que o foco do debate não era a tipificação do aborto em si, mas a subsunção do caso da gravidez de feto anencefálico ao tipo penal. Ou seja, questionou-se se a perspectiva que vinha sendo dada à norma seria uma forma de restringir os direitos fundamentais da mulher e, se sim, se tinha fundamento constitucional.

Nas manifestações que formaram a maioria dos votos, os ministros consideraram que o feto anencéfalo não

²⁷ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.510 DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgada em: 29 mai. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 out. 2019.

seria sujeito tutelado pela norma penal, de modo que a interrupção desse tipo de gestação deveria ser considerada atípica. Nesse contexto, a argumentação se deu no sentido de que a criminalização do aborto representa medida estatal que objetiva promover a proteção do direito à vida, ou seja, apenas o feto com capacidade potencial de vida fora do útero materno poderia ser objeto desse crime. Assim, o aborto do feto anencefálico não se encaixaria nessa hipótese, uma vez que não há potencialidade de vida extrauterina por parte do nascituro, sendo este, portanto, um natimorto cerebral.

Há, no caso, aquilo que o ministro Marco Aurélio chamou de “conflito aparente” de direitos fundamentais. Ou seja, a restrição aos direitos da mulher não está fundada numa proteção real ao direito à vida, mas numa tipificação equivocada.²⁸

Outrossim, a Corte ressaltou o direito de escolha da mulher, que deve ser pautado nos princípios da autonomia, liberdade e intimidade desta. O fato de obrigar a gestante a manter uma gravidez contra sua vontade representaria uma restrição injustificada aos seus direitos, uma vez que tal tutela não teria a contrapartida representada pela proteção ou promoção de outro direito. Daí a inconstitucionalidade da interpretação que identifica a hipótese como compreendida pelo tipo de aborto. Haveria uma restrição aos direitos da gestante que não se justifica em termos de proteger outro bem jurídico, uma vez que este inexistente na situação. Não se tem como invocar o direito à vida do anencefalo, haja vista que este não possui potencialidade de vida, tratando-se, portanto, de um natimorto cerebral.²⁹

Em apertada síntese, na decisão ora analisada, entendeu-se pela inviabilidade da vida após o nascimento do feto anencefalo 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, de forma que o problema da titularidade do direito à vida não foi objeto de maior referência e desenvolvimento.

4.3 HABEAS CORPUS Nº 124.306

Trata-se o caso de *Habeas Corpus* impetrado por pacientes, que mantinham clínica de aborto, acusados da prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). Em 2013, após prisão em flagrante, os acusados conseguiram o deferimento da liberdade provisória, sob o argumento de que os delitos seriam de médio potencial ofensivo.

O Ministério Público do Rio de Janeiro interpôs recurso, que fora acolhido pelo Tribunal de Justiça, tendo sido decretada, dessa forma, a prisão preventiva dos réus, que fora mantida pelo Superior Tribunal de Justiça. Por conta disso, foi impetrado o *Habeas Corpus* em questão, perante o Supremo Tribunal Federal, que teve cautelar deferida, pelo ministro Marco Aurélio, para a revogação da prisão.

Posteriormente, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou seu voto-vista no sentido do não conhecimento do HC, por se tratar de substitutivo de recurso ordinário constitucional, mas pela concessão da ordem de ofício, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria. Os ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam esse entendimento e o ministro Luiz Fux concedeu o HC de ofício, restringindo-se a revogar a prisão preventiva.

A argumentação do ministro Luís Roberto Barroso se deu no sentido de a tipificação violar os direitos fundamentais das mulheres. Conforme o julgador, a criminalização em questão viola a autonomia da mulher, qual seja de poder controlar seu próprio corpo e de tomar as decisões que dizem respeito a ele, bem como viola o seu direito à integridade física e psíquica, porquanto o corpo da mulher tenha que sofrer as transformações, riscos e consequências da gestação. Alegou, ainda, a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, uma vez que é direito desta

²⁸ STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADF nº 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgada em: 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁹ *Ibidem*, *idem*.

decidir sobre se - e quando - deseja ter filhos; além da violação à igualdade de gênero, visto 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 não.

Sobre a tutela jurídica do feto, o ministro pontuou a respeito do *status* jurídico do embrião durante o estágio inicial da gravidez. Para o julgador, embora seja esta uma situação controversa em que não há solução jurídica, deve-se considerar que não há chances de que o embrião, nesta fase, sobreviva fora do útero, dependendo inteiramente do corpo da genitora, sendo esta uma premissa incontroversa.³⁰

Portanto, consoante o voto do ministro Barroso, acompanhado pela maioria, é necessário que se confira interpretação conforme a Constituição aos artigos que tipificam a conduta do aborto (artigos 124 a 126 do Código Penal), no sentido de afastar do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez realizada no primeiro trimestre, uma vez que tal criminalização vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher.

5 DA ANÁLISE ACERCA DO POSICIONAMENTO DA SUPREMA CORTE NA JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AO DIREITO À VIDA

São diversas as ideias presentes na sociedade, quando se discute o marco inicial da vida humana e sua tutela jurídica, ainda que as pessoas pertençam a uma mesma cultura ou uma mesma posição; de forma que estas, normalmente, tomam lados opostos, haja vista divergências relativas a critérios biológicos, filosóficos, jurídicos etc., que legitimam ou não a proteção do feto, de acordo com o exposto ao longo deste artigo.

140

Contudo, conforme menciona Ronald Dworkin, embora os cientistas discordem sobre quando, exatamente, a vida biológica de qualquer animal se inicia, é certo que um embrião humano é um organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero, o que ocorre mais ou menos catorze dias depois da concepção.³¹ Logo, a questão sobre o embrião recém-fertilizado já ser uma criatura humana com direitos e interesses próprios, uma pessoa, não é uma questão meramente biológica, mas, sim, moral.

Destarte, à vista das decisões apresentadas no capítulo anterior, o que se percebe, no que diz respeito ao julgamento do Supremo Tribunal Federal é que, apesar da ampla discussão, não há uma coerência, uma vez que nem mesmo o plenário da Corte chegou a um denominador comum acerca do marco inicial de proteção jurídica do direito à vida.

Depreende-se dos posicionamentos dos membros da Suprema Corte que há uma tendência no sentido da não absoluteidade do direito à vida, em virtude da valorização de outros direitos fundamentais também já consagrados no ordenamento jurídico nacional, entretanto, há também uma ausência de clareza em relação aos fundamentos que se utiliza no sentido dessa relativização.

Por exemplo, no julgamento da ADI nº 3.510, a Corte argumentou no sentido de que, até o décimo quarto dia, o produto da concepção não possuiria atributos para a identidade humana e poderia ser manipulado em experiências científicas, visto que a linha primitiva, ou sulco primitivo que induz a formação do tubo neural, só tem início após transcorridos esses dias³², embora o próprio ministro relator tenha reconhecido o caráter de vida humana do embrião já partir da fecundação.

Na ADPF nº 54, a definição do marco inicial da vida não teve sua discussão aprofundada, sob o argumento de que se tratava de um caso peculiar, que não implicaria a descriminalização de toda e qualquer hipótese.

³⁰ STF. Habeas Corpus: HC nº 124.306 RJ. Voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado em: 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

³¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

³² MINAHIM, Maria Auxiliadora; DA ROCHA, Alexandre Sergio. Aborto: entre autonomia e empatia. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 12, n. 03, 2017, p. 30.

Na decisão do HC nº 124.306, por sua vez, o tribunal considerou, para a tutela jurídica do feto, o marco temporal dos três meses de gestação, quando da formação do sistema nervoso central.

Logo, é possível constatar uma inconsistência na fundamentação das decisões ora mencionadas, principalmente quando se observa a diversidade de marcos temporais aduzidos, bem como a ausência de critérios para a adoção de cada um desses limites. Não fica claro de que forma se verifica, por exemplo, o peso do princípio de proteção à vida em relação ao da autonomia da gestante.

De mais a mais, insta salientar que não é a finalidade deste artigo resolver tal desacordo, mas mostrar a complexidade que envolve a bioética do começo da vida e os valores contidos neste processo, que exige uma atuação efetiva dos tribunais, circunstância que reforça, sobretudo, o “caráter hermenêutico do direito”.³³

Contudo, embora o Judiciário não possa manter uma postura passiva diante das lacunas da legislação no caso concreto, esse julgamento deve acontecer sem o uso de subjetividades, para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito, uma vez que isso não pode comprometer os alicerces da democracia representativa.

O intérprete é um agente de transformação social que precisa buscar a harmonia entre o social e o ordenamento jurídico, ao passo em que deve também demonstrar as razões de sua interpretação, bem como que esta se encontra “fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe àquilo que deveria ser interpretado: o direito - e sua história institucional - e o contexto circunstancial dos fatos que define o caso concreto”.³⁴

Portanto, o fato de o debate sobre o início da vida ser, antes de qualquer coisa, um debate moral, não significa que o direito possa ser tomado por moralismos pessoalistas. Nesse cenário, haja vista a complexidade que o direito à vida envolve e a discussão intensa acerca desse tema, que está em pleno processo de amadurecimento, é certo que se passe a ter uma postura cada vez mais ativa do STF, de modo que se espera que a atuação da Corte seja pautada na coerência e clareza, em defesa dos direitos fundamentais consagrados. Além disso, espera-se, ainda, um debate franco sobre o rumo que precisa ser tomado na condução de várias realidades que envolvem a vida humana, porquanto existam inúmeros questionamentos ainda sem solução.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que, ao perquirir sobre questões éticas e jurídicas no tocante ao marco inicial da vida humana, constata-se que existem muitos critérios científicos para defini-lo que apontam, para tanto, diferentes fases do desenvolvimento humano. Do mesmo modo, há inúmeras denominações religiosas, culturais, filosóficas e jurídicas, que utilizam diferentes fundamentos e manifestam divergentes posicionamentos com relação ao assunto.

Destarte, no contexto da sociedade tecnocientífica contemporânea, na qual surgem diversas questões decorrentes da controvérsia acerca da proteção jurídica do referido direito, o estudo dos pressupostos da bioética e do biodireito se fazem necessários não apenas acompanhar a evolução da biotecnologia, mas para refletir a respeito do que esse desenvolvimento pode trazer de bom e útil para o homem, bem como sobre os limites que devem ser impostos no contexto aduzido.

Nesse toar, ao analisar as questões decorrentes da vida humana, sob a ótica da jurisprudência brasileira, mais precisamente a partir dos três casos mais representativos da Suprema Corte, sobre a proteção à vida, quais sejam a ADI nº 3.510, a ADPF nº 54 e o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* nº 124.306, constatou-

³³ RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. Aspectos históricos e filosóficos da consolidação da tutela do direito à vida humana. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). Livros do Conibdh: bioética. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 279.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 242.

se que, em que pese as decisões tenham contato com um debate substantivo sobre o tema, está longe de ser um consenso.

Logo, embora se tenha entendido que a vida humana intra-uterina é sujeito de tutela jurídica, esse reconhecimento da titularidade do direito à vida antes do nascimento (com vida) segue controverso. Em verdade, percebeu-se, na fundamentação das decisões ora mencionadas, uma ausência de coerência, uma vez que foram adotados diversos marcos temporais para a definição do marco inicial da vida, e da sua consequente proteção jurídica, ao mesmo tempo em que não se deixou claro os critérios para a adoção de cada um desses limites.

Assim, os questionamentos sobre a vida humana, principalmente seu começo e a partir de quando deveria obter guarida, refletem a complexidade do progresso social, em que novos fenômenos bioéticos, difíceis de serem resolvidos, aparecem demandando um alto grau de aperfeiçoamento jurídico que o Poder Legislativo não consegue dar conta, precisando de uma atuação jurisdicional mais ativa e coerente do Poder Judiciário. Ademais, é fundamental dialogar com a nova realidade decorrente dos avanços biotecnológicos, no processo de construção de preceitos éticos e jurídicos de proteção do embrião e da natureza humana, bem como uma complementação interdisciplinar para a elaboração de um conjunto de diretrizes e limites, tendo como referencial a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 13, n. 1, 2018.

ARAUJO, Thaiane Fernandes de. Aspectos controvertidos da eutanásia e da ortotanásia pensados sob a ótica da bioética e do biodireito. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). **Livros do Conibdh: bioética**. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 342-359.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.510 DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgada em: 29 mai. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgada em: 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus: HC nº 124.306 RJ. Voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado em: 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAZAROTTO, Caio de Souza. **O direito à vida do Nascituro: em busca da efetividade do direito**. Dissertação

(Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/19743>. Acesso em: 07 out. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. San José de Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.derechopenalened.com/legislacion/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA. Estados Unidos da América, 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

DOS SANTOS JÚNIOR, Sirval Martins; PAZÓ, Cristina Grobério. Entre o aborto e o direito à vida: os direitos da personalidade em jogo. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). **Livros do Conibdh: bioética**. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 289-302.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Delci. Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas. **Bioetikos**. Centro Univesitário São Camilo, v. 1, n. 2, p. 78-87, 2007. Disponível em: http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/57/celulas_tronco_embrionarias.pdf. Acesso em: 03 nov. 2019.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERREIRA, Fernando Castagna. Tutela da vida no ordenamento jurídico: início da vida, o direito de nascer, os direitos humanos e as questões bioéticas. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (coord.). **Livros do Conibdh: bioética**. Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 257-258.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; DA ROCHA, Alexandre Sergio. Aborto: entre autonomia e empatia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 12, n. 3, 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Assembléia Geral das Nações Unidas em Paris**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 20 out. 2019.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

RECKZIEGEL, Janaína; WENDRAMIN, Cassiane. Os fundamentos da autonomia para o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 54 e do HC 124.306. **Revista Videre**, v. 10, n. 20, p. 187-204, 2018.

RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. **Revista Brasileira Direito Civil**, v. 10, 2016. Disponível em: https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/rvbsdirec10§ion=9. Acesso em: 20 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

VARALLI, Janaina Thais Daniel. **A morte digna, direito fundamental**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/20718>. Acesso em: 19 out. 2019.

Recebido em: 06/05/2020

Aceito em: 22/03/2021