

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

ISLAN ALVES GONÇALVES

**ABORTO: A PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA SOBRE O DIREITO DA
MULHER**

**NATAL – RN
2014**

BIBLIOTECA UNI-RN

343.621 G635a - RB: 37623 (M002165)

Título: Aborto : a primazia do direito à vida

Autoria: Gonçalves, Islan Alves

2014, ex. 1

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

ISLAN ALVES GONÇALVES

ABORTO: A PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA SOBRE O DIREITO DA MULHER

**NATAL – RN
2014**

ISLAN ALVES GONÇALVES

ABORTO: A PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA SOBRE O DIREITO DA MULHER

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de **Bacharel em Direito**
da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento
do Rio Grande do Norte – FARN

Orientador: Professor Paulo Renato Bezerra

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Gonçalves, Islan Alves.

Aborto : a primazia do direito à vida sobre o direito da mulher. / Islan Alves Gonçalves. – Natal, 2014.
42 f.

Orientador: Prof^o. Paulo Renato Bezerra.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito - Monografia. 2. Direito da Mulher - Monografia. 3. Aborto - Monografia. 4. Direito a Vida – Monografia. I. Bezerra, Paulo Renato. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 34(81)

Não é possível construir o bem comum sem reconhecer e tutelar o direito à vida, sobre o qual se fundamentam e desenvolvem todos os restantes direitos inalienáveis do ser humano (São João Paulo II).

RESUMO

Este estudo tem como objetivo geral analisar o aborto como violação ao princípio do direito à vida frente aos direitos da mulher. Para alcançar este objetivo, através da metodologia científica, construiu-se uma base teórica através de livros e artigos de autores de renome na área, mostrando inicialmente como se contextualiza o aborto na atualidade, na legislação brasileira e estrangeira. Em seguida analisa-se como o aborto é definido na legislação brasileira, assim como suas características e sua tipologia. Em continuação ao contexto formado para responder a problemática que surge com o objetivo proposto, analisam-se os projetos e formulações que tentam defender o aborto, em contrapartida com a necessidade urgente de defesa à vida. Conclui-se, então, que a vida deve ser preservada acima de tudo e, para isso, os indivíduos contam com a lei e o seu efetivo cumprimento, onde o aborto é considerado uma violação à vida e assim deverá ser punido, levando-se em consideração a legislação brasileira vigente.

Palavras chaves: Direito à Vida. Aborto. Direito.

ABSTRACT

This study aims at analyzing abortion as a violation of the principle of the right to life in relation to women's rights. To achieve this goal through scientific methodology, we constructed a theoretical basis through books and articles by renowned authors in the area, initially showing as contextualizes abortion today, in Brazilian and foreign laws. Then we look at how abortion is defined in Brazilian law as well as its characteristics and typology. In continuation to the context formed to address issues that arise with the proposed objective analyzes the designs and formulations trying ro abortion advocates, in contrast with the urgent need to defend life. It was concluded that life must be preserved above all and for that individuals rely on the law and its fulfillment above all, where abortion is rather a violation of life and so should be punished properly taking into account the Brazilian legislation.

Keywords: Right to Life. Abortion. Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
2.1 A concepção dos direitos fundamentais na constituição cidadã de 1988	9
2.2 Direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais procedimentais	11
2.3 A situação topográfica dos direitos fundamentais	12
3 DO DIREITO À VIDA	14
3.1 O início e o fim da vida	14
3.2 A proteção constitucional	18
3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana	20
3.4 Direito à vida como direito da personalidade	22
4 ABORTO: A PRIMAZIA DO DIREITO A VIDA SOBRE O DIREITO DA MULHER ...	29
4.1 Uma Visão Geral do Aborto no Brasil	29
4.2 Direito a Vida e Direito da Mulher	32
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o aborto, considerando-se o debate sobre a primazia do direito à vida sobre o direito da mulher, enfatizando a recente decisão do STF sobre o aborto de fetos anencéfalos, através da ADPF nº 54. Não se propõe aqui apresentar respostas prontas e acabadas, mas suscitar novas discussões sobre este tema tão polêmico, onde ocorre uma nítida colisão de direitos fundamentais.

O enfoque se baseia na necessidade de perceber que a simples criminalização da conduta não é capaz de coibir a prática do aborto, que se dissemina de forma avassaladora na clandestinidade. A norma serve como fio condutor das atitudes humanas. Ela oferece possibilidade de ações, dentro dos limites da legalidade e da razoabilidade, evitando abusos e distorções que possam vir a comprometer a coesão social.

Para cumprir o objetivo, o presente estudo foi dividido em três tópicos, quais sejam, direitos fundamentais, direito à vida e, por fim, a primazia do direito à vida sobre o direito da mulher.

Em primeiro lugar, uma visão geral sobre os direitos fundamentais, consubstanciados na nossa Magna Carta, em especial em seu art. 5º, para depois tratar especificamente de um destes direitos, o maior de todos, o direito à vida, pois é dele que surgem todos os demais direitos.

No último tópico, será apresentada a discussão do objeto principal deste estudo: a primazia do direito à vida sobre o direito da mulher. Nele, serão expostas as opiniões das diversas correntes, que defendem ora a prevalência do direito à vida, ora o direito da mulher em fazer um procedimento considerado por muitos não abortivo e, conseqüentemente, não caracterizado como conduta tipificada criminalmente, já que para estes os fetos anencéfalos, por exemplo, não possuem vida, ou seja, não se poderia matar o que não existe.

Para enriquecer esta discussão, o presente trabalho traz à baila trechos dos votos manifestados pelos ministros da Suprema Corte, quando da apreciação da ADPF 54, onde foi julgado procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

O eixo da discussão centra-se na indagação de quando se inicia a vida. Mesmo diante das decisões dos tribunais, no sentido de mitigar a tutela deste bem jurídico, não se

pode esquecer o enfoque moral deste tema e as diversas influências religiosas e culturais que acabam perpassando estas mesmas decisões.

Em relação à contribuição do estudo, espera-se que este ajude a ampliar a discussão do tema, tanto no sentido de disseminação do conhecimento para aqueles que tiverem a oportunidade de acessar este trabalho, quanto em função do próprio engrandecimento acadêmico e pessoal, resultado da pesquisa científica realizada.

Este estudo define-se pelo método de abordagem dedutiva, pois se procura debater um tema conflitante, sem encerrar o assunto, e sim instigando a busca de alternativas para responder as questões divergentes.

A pesquisa se limitará à busca bibliográfica mais recente, priorizando textos que tratem do tema de forma dinâmica e flexível.

Serão levantados os materiais necessários, compondo um conjunto de informações a serem selecionadas e classificadas de acordo com os subtemas que já estão pré-definidos e direcionam o estudo.

O método de procedimento se define, portanto, como monográfico, por tratar de tema específico, atual e baseado na literatura existente, que será a base para todas as discussões durante o estudo.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constituem ao lado da definição da forma de estado, do sistema de governo e da organização do poder a base do Estado constitucional, pois faz parte não apenas da Constituição formal, mas também o cerne da constituição material.

Com a positivação de princípios de direitos fundamentais, como expressões de valores e necessidades de uma determinada comunidade histórica, o poder constituinte e a própria constituição transformam-se, como assevera Canotilho (1993) em autêntica “reserva de justiça”, sempre numa legitimidade formal e material da ordem jurídica estatal.

Nessa esteira, o ilustre Sarlet (2007, p.71) citando também o mestre lusitano assevera que “o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca”. Trata-se aqui de demonstrar a íntima união que deve existir entre a legitimidade de uma norma jurídica, a sua plausível aplicabilidade e a sua aceitação por parte da sociedade.

2.1 A concepção dos direitos fundamentais na constituição cidadã de 1988

No processo de elaboração da Constituição de 1988, o catálogo dos direitos fundamentais foi fruto de um amplo processo de discussão do cenário da passagem para a redemocratização do País, após mais de vinte anos de ditadura militar.

Há três características atribuídas à constituição de 1988 e que são consideradas, pelo menos em parte, como extensão ao título dos direitos fundamentais, como seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.

Assim, em face do grande número de dispositivos normativos compreendidos entre os artigos e os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição de 1988 é tida como analítica, ao lado da Constituição Portuguesa e da Índia, o que evidencia a desconfiança do constituinte com o legislador infraconstitucional, além de salvaguardar direitos e garantias que outrora foram suprimidos.

Já o pluralismo, que advém da forte marca compromissária da Constituição, foi acolhida pelo constituinte, conciliando posições que nem sempre se coadunam. E outro aspecto desse pluralismo é visto no título dos direitos fundamentais que reúne os direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diferentes novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.

Não se deve olvidar também do cunho programático e dirigente da Constituição, culminando com inúmeras disposições a serem implementadas e que são dependentes de regulamentação legislativa. Embora, consoante ao artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal - que prevê a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais - não se pode negar a existência de elementos programáticos e de uma parte diretiva também nessa seara, ainda que de forma mitigada.

Para que um Estado possa ser considerado um Estado Democrático de Direito deve promover e respeitar os direitos humanos e fundamentais, bem como considerar a dignidade humana como seu fundamento maior.

Todavia, faz-se necessária ter a resposta sobre quais são os direitos fundamentais? Pergunta esta que permeia todo o campo doutrinário, assim como a distinção do conceito entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Garcia (2002) ao enfrentar a questão de quais são os direitos fundamentais, considera que o art. 5º, caput, da Constituição Federal especifica cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos sequenciais, do mesmo título II, bem como de toda a Constituição, dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, em especial, o ser humano.

Em seguida a autora indaga e responde: "Dentre todos os demais direitos e garantias consagrados pela Constituição e, ainda, os direitos não expressos, mas previstos pela abrangência do § 2º do art. 5º, quais deles seriam também direitos fundamentais? Todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, caput, ou seja, aqueles que decorrem do regime e dos princípios assumidos pela constituição, sem esquecer os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (BRASIL, 1988).

Sabe-se que o homem busca ser feliz, mas para que isso seja realidade não lhe basta somente a vida, mas também os bens materiais básicos que garantam o seu desenvolvimento pleno, isto é, a propriedade, alimentos, vestuário, remédios, moradia, transporte e informação, pois na falta de alguns desses itens não lhe será possível viver com autonomia e dignidade.

Assim, resta claro que não basta apenas a vida, mas todos os meios que busquem preservá-la e promovê-la, como os citados acima, em sua recíproca complementaridade, interdependência e indivisibilidade. E para isso lhe servem os direitos fundamentais. Em

outras palavras, direitos de várias dimensões, porque múltiplas são também as necessidades humanas a serem reconhecidas, desenvolvidas e respeitadas. Isso só é possível no âmbito do Estado Democrático de Direito. E possibilitar tal compreensão é papel da hermenêutica constitucional.

2.2 Direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais procedimentais

A dimensão procedimental dos direitos fundamentais é uma visão moderna, pois há uma necessidade de compreensão dos direitos fundamentais não apenas estaticamente, e do seu conteúdo, mas também dinamicamente, por meio dos caminhos que eles percorrem até serem efetivados. Não importa apenas ter os direitos declarados, mas que haja também a instituição de meios que viabilizem o seu procedimento.

Os direitos fundamentais podem ser contrapostos pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos, por um lado, e garantias por outro.

Os direitos simbolizam certos bens, já as garantias disponibilizam meios para que se possa gozar desses bens, sendo os direitos considerados principais e as garantias, os seus acessórios. Como exemplo, o direito à vida, sendo as garantias expressas na proibição da pena de morte e da prática do aborto, sendo, neste caso específico, excetuado nos casos de estupro e de risco de vida da mãe, assim como no caso de fetos anencéfalos, conforme recente decisão do STF, que será discutido mais adiante.

As garantias são vistas mais comumente nos ramos de direito Penal, assim como Processo criminal e administrativo, enquanto objetos de preceitos constitucionais, já que a sua função precípua é a de proteger as pessoas. A distinção feita pelos civilistas entre direitos fundamentais relativos e absolutos não tem relevo no campo Internacional público, como assevera Jorge Miranda (2008), pois direitos fundamentais próximos ao direito privado, são os direitos de liberdade sindical, bem como o direito de retribuição ao trabalho.

Sendo que, alguns direitos fundamentais coincidem com direitos de personalidade, como se sabe, e estes são, umbilicalmente, absolutos. No entanto, resta salientar uma diferença, pois enquanto direito fundamental, o direito à vida consiste em não ser privado da vida, o direito à integridade pessoal.

Para Schmitt (apud Bonavides, 2003, p.561):

[...] corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou

“dentro dos limites legais”. De tal modo que - prossegue noutra lugar da Teoria da Constituição- as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecidos unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

Há no campo teórico a tentativa de conferir uma fundamentação aos direitos do homem e de forma categórica assevera Bobbio (apud Miranda, 2008, p.55) que não se pode assegurar um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos e estruturalmente tão diversificados, pois tanto a pluralidade religiosa quanto a moral constituem um insuperável relativismo.

E tratá-lo de forma absoluta é ao ver do renomado jurista uma ilusão, e o problema de fundo dos direitos do homem consiste na busca de sua proteção, não importando tanto justificá-los, mas sim enfrentá-los, sobretudo como problema político.

Para a continuidade do processo de efetivação dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Nessa esteira, consoante a paradigmática afirmação de Hesse (1991, p.32), para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”, ou seja, que toda a sociedade civil esteja empenhada em garantir as condições para o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, emanados da nossa constituição pátria.

2.3 A situação topográfica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais estão no início da Constituição, logo após o Preâmbulo e os princípios fundamentais, servindo os direitos fundamentais de parâmetro hermenêutico, bem como, possuem valores superiores não só da ordem constitucional, como de todo o ordenamento jurídico.

Uma das inovações mais significativas talvez seja a do art.5º, § 1º, da Constituição Federal. Nele, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais estão previstas para serem aplicadas de forma imediata. Assim, ficou consagrado o status diferenciado encorpado dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

E este maior cuidado para com os direitos fundamentais é explicitado na inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, impedindo

qualquer ação do Poder Constituinte Derivado tendente a suprimir preceitos relativos a direitos fundamentais.

O leque extenso dos direitos fundamentais é uma característica positiva e também digna de destaque, já que o art. 5º possui 78 incisos, sem se olvidar do art. 7º que traz consagrado em seu bojo mais 34 incisos referentes a direitos sociais dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

O catálogo de direitos fundamentais contido no título II da Constituição Federal contempla os direitos fundamentais de diversas gerações, o que é louvável e vem ao encontro do que consagra a Declaração Universal de 1948, o que também se deduz do título I (BRASIL, 1988).

Assim, no que concerne aos direitos das duas primeiras gerações, não há dificuldade em identificá-los numa simples leitura, pois resta claro o direito da primeira geração (vida, liberdade e propriedade), bem como o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando, assim, os direitos sociais da segunda dimensão. Contudo, há uma crítica também a ser feita da disposição de tais direitos, senão vejamos, no que aduz ao direito de terceira e quarta dimensões.

É certo que o art. 225, ao expressar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz parte dos direitos da terceira dimensão, muito embora seu texto esteja fora do título dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Pelo exposto, os direitos das últimas dimensões reclamam uma maior atenção e que poderia ser concretizado pela abertura contida no disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, mas sem se olvidar de outras vias (BRASIL, 1988).

É por isso que a proteção dos direitos fundamentais jamais se pode bastar com a sua mera existência, por mais numeroso e rico que seja o seu elenco constitucional (GOUVEIA, 1995), pois novas demandas sociais vão surgindo, exigindo, por sua vez, respostas concretas, manifestadas e refletidas em conjunto de normas e princípios novos.

3 DO DIREITO À VIDA

3.1 O início e o fim da vida

Em 2008 entrou na pauta de discussão do STF uma questão de alcance histórico que abrange ética, religião, filosofia e direito: quando começa a vida? A Justiça pode decidir quando ela começa?

O caso pontual que chegou à barra da mais alta corte brasileira a ADPF N° 54¹ de 12 abril de 2012, é a possibilidade de se interromper uma gravidez em caso de anencefalia (quando o feto não tem cérebro, nem caixa craniana), pois, o tubo neural se fecha por volta da quarta semana de gravidez e as causas mais corriqueiras são mutação genética ou falta de ácido fólico no organismo. E, apenas 8% dos bebês sobrevivem mais de uma semana e uma em cada cem vive de um até três meses.

Nessa esteira, cabe ressaltar que o Código Penal criminaliza o aborto, com exceção aos casos de estupro e de risco à vida da mãe, e não cita a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. No entanto, desde meados da década de oitenta, os juízes brasileiros têm autorizado a interrupção da gravidez quando não há chance do feto sobreviver fora do útero.

¹A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°. 54 garantiu no Brasil, a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo. A ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), foi julgada apenas oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 e aprovado com placar de 8 votos a favor, e 2 votos contra. A decisão do STF não descriminaliza o aborto, bem como não cria nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal Brasileiro, a ADPF 54 decidiu, porém, que não deve ser considerado como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo. A decisão do STF muda, ou põe em oficial, a interpretação que a Justiça deve ter sobre tais casos. Antes da sua aprovação, o Estado não tinha uma interpretação definida sobre o tema, fazendo com que a decisão final ficasse para cada Juiz. Na maioria das vezes, a prática era aceita, mas ficaram conhecidos casos em que a paciente teve de completar a gestação de um natimorto sem ter direito a abortar ou em que a sentença foi dada num estágio muito avançado da gravidez. A ADPF 54 é considerada por alguns juristas como uma lei de suma importância para o modo como o debate sobre o aborto é tratado no Brasil. O ministro Carlos Ayres Britto disse antes da votação que o projeto é um "divisor de águas no plano da opinião pública". Durante a votação, o projeto recebeu ampla cobertura midiática, sendo destaque em jornais impressos, pela televisão e rádio. Também teve grande espaço na Internet, sendo um dos assuntos mais comentados entre os brasileiros. Gerou protestos e críticas por parte, principalmente, de grupos religiosos, entre eles católicos, espíritas e evangélicos, que condenaram a decisão do STF e defenderam a sua posição de que, mesmo sem cérebro, a vida do feto deve ser protegida. Médicos que não concordam com os preceitos destas crenças, em geral, aclamaram o resultado da votação, destacando os riscos à saúde da mulher; feministas defenderam o direito de escolha da gestante.

Para a maioria do plenário do STF, obrigar a mulher a manter a gravidez diante do diagnóstico de anencefalia implica em risco à sua saúde física e psicológica. Aliado ao sofrimento da gestante, o principal argumento para permitir a interrupção da gestação, nesses casos, foi a impossibilidade de sobrevivência do feto fora do útero.

Assim, nos últimos quinze anos, estima-se que cinco mil gestações de anencéfalos tenham sido interrompidas legalmente. O problema consiste na demora em se decidir sobre essas questões e muitas vezes só saem quando a mãe já deu a luz ao bebê. Por isso, a ação no Supremo Tribunal Federal é mais uma tentativa de encurtar o sofrimento de tantas mães.

“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”, afirmou o relator da ação, ministro Marco Aurélio Mello (SANTOS, 2012, p. 01).

Celso de Melo, por sua vez, destacou que a gravidez de anencéfalo “não pode ser taxada de aborto”, pois segundo ele, “O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e que o feto esteja vivo. E mais, a morte do feto vivo tem que ser resultado direto e imediato das manobras abortivas. [...] A interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não satisfaz esses elementos” (SANTOS, 2012, p. 01).

Por fim, a ministra Carmem Lúcia pondera: “Faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal não está decidindo permitir o aborto. [...] Não se cuida aqui de obrigar. Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de um médico ajudar uma pessoa que esteja grávida de feto anencéfalo de ter a liberdade de seguir o que achar o melhor caminho” (SANTOS, 2012, p. 01).

No entanto, cumpre ressaltar, que dois ministros manifestaram-se contrários à permissão para a gestante interromper a sua gravidez. Destaca-se, de modo especial, um dos argumentos utilizados por um deles, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto: “retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas” (SANTOS, 2012, p. 01).

Segundo a sua linha de raciocínio, não poderia haver discriminação, privilegiando os seres humanos perfeitamente formados, em detrimento dos que não puderam, infelizmente, gozar de tal atributo. Neste sentido, a nota da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) afirma:

Os princípios da “inviolabilidade do direito à vida”, da “dignidade da pessoa humana” e da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (cf. art. 5º, caput; 1º, III e 3º, IV, Constituição Federal), referem-se tanto à mulher quanto aos fetos anencefálicos. Quando a vida não é respeitada, todos os outros direitos são menosprezados, e rompem-se as relações mais profundas. Legalizar o aborto de fetos com anencefalia, erroneamente diagnosticados como mortos cerebrais, é descartar um ser humano frágil e indefeso. A ética que proíbe a eliminação de um ser humano inocente não aceita exceções. Os fetos anencefálicos, como todos os seres inocentes e frágeis, não podem ser descartados e nem ter seus direitos fundamentais vilipendiados! (PAES, 2012, p. 01)

Sobre o assunto, afirma também Sirvinskas (2008, p. 01) “[...] a mãe não tem o direito de decidir sobre a vida e a morte de seu filho, pois ele não lhe pertence”. E o douto membro do “Parquet” chama a atenção para a possível consequência de tal precedente vir a se arrastar para outros casos, como no caso de um acidente de automóvel em que um homem se torna paraplégico.

Já para aqueles que defendem a liberdade de escolha, como Diniz e Pettersen (2009), não se pode falar em aborto quando não há chance de vida, pois se não há o que fazer para contribuir para a saúde do filho, há de se pensar, contudo, na saúde da mãe.

Os estudiosos na área da Bioética afirmam que quase todos os países democráticos autorizam a retirada do feto em casos de anencefalia e o Brasil é uma exceção entre os países de medicina desenvolvida.

Esse constitui o ponto crucial, pois o que está como pano de fundo, no entanto, é o próprio conceito de vida e as indagações que dele procedem. Pode-se falar em vida quando o feto está condenado? Se a resposta for sim, quando essa vida tem início? Quem primeiramente cuidou dessas perquirições foram os filósofos.

Segundo Platão citado por Diniz e Pettersen (2009), a alma só entrava no corpo no momento do nascimento. Já Aristóteles citado por Diniz e Pettersen (2009) acreditava que a vida começa no primeiro movimento do feto no útero. Isso se dava no 40º dia de gestação, no caso de meninos, e no 90º dia no caso de meninas - acreditava-se então que as mulheres eram inferiores e se desenvolviam mais lentamente. Vale lembrar, que cabia ao pai grego decidir se queria ou não o filho e podia livrar-se dele, depois de nascido, sem constrangimento moral.

O pensamento aristotélico foi absorvido, na Idade Média, por Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, os primeiros teólogos do cristianismo. De modo geral essa teoria do início da vida foi aceita pelo Vaticano, por sucessivos pontífices, desde 1869 com o Papa Pio IX, sendo referendado, de modo especial, pela Encíclica “*Evangelium Vitae*” do Papa João Paulo II, publicada em 25 de março de 1995, onde se afirma, de forma categórica, que a

vida começa com a fecundação, ou seja, na união do óvulo com o espermatozoide (DINIZ; PETTERSEN, 2009).

[...] a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é a do pai nem a da mãe, mas sim a de um novo ser humano que se desenvolve por conta própria. Nunca mais se tornaria humana, se não o fosse já desde então. A esta evidência de sempre (...) a ciência genética moderna fornece preciosas confirmações. Demonstrou que, desde o primeiro instante, se encontra fixado o programa daquilo que será este ser vivo: uma pessoa, esta pessoa individual, com as suas notas características já bem determinadas. Desde a fecundação, tem início a aventura de uma vida humana, cujas grandes capacidades, já presentes cada uma delas, apenas exigem tempo para se organizar e encontrar prontas a agir (PAPA JOÃO PAULO II, 2009).

As outras grandes religiões apresentam conceitos mais flexíveis e algumas correntes permitem o aborto no caso de risco para a mãe. Para o judaísmo, até o 40º dia o que está se formando no útero é água, sendo que a vida começa a partir de então, quando o embrião adquire feições humanas. Já para o islamismo, o homem recebe a alma por volta da décima sexta semana. E a ciência o que diz? Também não há consenso. Há cinco correntes principais:

1. Metabólica. Não há um marco, já que tanto o óvulo como o espermatozoide são organismos vivos. A vida é um processo contínuo.
2. Genética. A vida começa no encontro do óvulo com o espermatozoide.
3. Embriológica. Na terceira semana de gestação, quando o embrião não pode mais se dividir e dar origem a gêmeos ou trigêmeos.
4. Neurológica. Entre a oitava e a vigésima semana de gestação, quando o feto apresenta atividade cerebral.
5. Ecológica. Entre a vigésima e a vigésima quarta semana de gestação, quando o feto é capaz de sobreviver fora do útero.

Enfim, a ciência, a filosofia e a religião não conseguem chegar a uma conclusão isenta de erro. Cabe então ao direito encontrar uma resposta. Tanto no caso de aborto de bebês anencéfalos, como no uso de células-tronco embrionárias para pesquisa, o pano de fundo é um só: o início da vida. Nessa esteira, Garcia (2002) vem corroborar esta afirmação, pois também comunga da ideia de que cabe ao direito estabelecer os limites da ciência. E trouxe à baila entendimentos equivocados tanto do ministro Carlos Ayres Britto, quando aludiu à falta de cérebro no embrião para concluir pelo seu uso em pesquisas; como também a ministra Ellen

Gracie, quando se referiu à falta de nidação como elemento de convicção, no mesmo diapasão.

E, para refutar tais argumentos, a autora conclui que tudo está no próprio embrião (cérebro, coração, estrutura óssea), nele mesmo, durante o processo vital a que alude o jurista José Afonso da Silva (apud Garcia, 2002), pois tudo já está contido no óvulo fecundado ou no embrião. E, no mesmo diapasão afirma o italiano Franco Bartolomei (apud Garcia, 2002, p. 114): “O óvulo fecundado não é coisa, criatura inferior, mas homem, pessoa - *Tertium non datur*. A antecipação da tutela da vida e da dignidade humana a esta primeiríssima forma de vida é imposta pela Constituição”.

O ser humano, portanto, segunda essa concepção, começa no momento em que se forma a primeira célula pessoal (zigoto) - uma célula toti-potencial, que dará lugar a todas as células futuras da pessoa. Uma célula organizada, possuidora de toda a informação genética, que será capaz de reger a vida da pessoa durante toda a sua existência.

3.2 A proteção constitucional

Consoante o entendimento do artigo 5º, caput da Constituição Federal, vida², no certo conceito de Silva (2003), “é um processo vital, que se instaura com a concepção, transforma-se, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte”. Aduz que tudo o que venha interromper esse processo espontâneo e incessante é contrário à vida e o Direito à existência é uma extensão, um corolário do direito à vida, pois consiste na luta, na defesa em permanecer vivo.

Esse processo somente cessará quando interrompido de forma espontânea e inevitável. Ao se assegurar o direito à vida, a legislação penal busca punir toda e qualquer forma de ação que interrompa esse processo natural.

Os conflitos normativos que farão uso da ponderação são os que refletem tensões entre valores e/ou outras opções político-ideológicas e com muita frequência tais enunciados têm a roupagem de princípios. Cabe também ilustrar a observação de Dworkin (2003), de que mesmo quando se tratar de um aparente conflito normativo de valores, num nível mais abstrato, torna-se imprescindível saber o seu contorno e aparar as suas possíveis arestas.

² Dicionário Completo da Língua Portuguesa; Melhoramentos. VIDA; S.f.(1.vita). 1. Atividade interna substancial, por meio da qual atua o ser onde ela existe; estado de atividade imanente dos seres organizados. 2. Duração desse estado; existência. 3. Tempo decorrido entre o nascimento e a morte. 4. Modo de viver. 5. Existência de além-túmulo. 6. Animação em composições literárias ou artísticas. 7. Animação-entusiasmo. 8. Causa, origem.

Nessa esteira, todo ser que é provido de vida é tido como indivíduo, isto é, algo que não pode ser fracionado, sob pena de deixar de existir. Por derradeiro, o homem é um indivíduo, mas muito mais que isso é também uma pessoa, pois não é provido apenas de características biológicas.

O Direito ao ser positivado dá ensejo à norma que traz embutido em si uma proibição, todavia, sem nenhum questionamento moral. Assim, o positivismo trouxe o que parecia ser a solução, mas também vem cercado de males que parecem, até então, irremediáveis.

Vale ressaltar, que o direito à vida e a dignidade da pessoa humana constituem o núcleo duro dos direitos humanos, ou seja, afetados pela intangibilidade.

Tudo o que venha obstaculizar esse processo vital contraria a Constituição, que expressamente determina no artigo 5º: “garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida” (BRASIL, 1988). Garcia (2002, p. 115) lança a pergunta “[...] a quem se refere à expressão ‘garantindo-se’? À Constituição, ela mesma, e com ela (e por causa dela) os Poderes Públicos, os cidadãos brasileiros e todas as pessoas no território nacional”. Por esta razão, a Magna Carta se constitui o principal instrumento capaz de conferir ao cidadão as garantias para a efetiva proteção à sua dignidade humana.

Então, se o embrião é humano e se está vivo, estende-se aos mesmos o direito à vida, como aduz a Constituição. E o que fora discutido no STF não era sobre a essência (vivo, humano) e sim acerca da natureza do processo vital (fase, nidação). Habermas (2004, p. 80), por sua vez, refere-se a aspectos significativos de uma mesma questão “[...] quando o presidente da Alemanha advertiu, em discurso de 2001 ‘[...] quem começa a fazer da vida humana um instrumento e a distinguir entre o que é digno ou não de viver, perde o freio’”.

Assim, o sopesamento de vidas humanas, no olhar de Piovesan (2002, p.132):

[...] em diferentes fases de um mesmo processo vital revela uma falta de harmonização, bem como evidencia uma forma utilitarista para tratar de um tema tão complexo, ao considerar os embriões como instrumentos, sem respeitar a sua essência e sem ao menos reconhecer a sua característica de humano. E, ao serem colocados numa balança que avalia o valor da vida humana, corre-se o risco de se abrir precedentes, bem como uma tabela de valores; maior para um ser humano em relação a um embrião.

O que deve evitar é justamente isto: uma tabela de valores para a vida, já que a mesma constitui um processo e como tal deve ser considerado, tanto na sua essência, como

em suas fases, mas sem se olvidar de que se trata de um mesmo ser em estágios de vida diferentes, ou seja, numa evolução contínua.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3510-0/600, cujo relator fora o ministro Carlos Britto, asseverou não haver enfoques contraditórios, pois enquanto o direito constitucional considera a vida em si, para protegê-la desde a fecundação, na seara civil o nascimento com vida é que enseja acontecerem as relações interpessoais (BRASIL, 2005).

3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Para Canotilho (1993, p.130), a densificação dos direitos, das liberdades e das garantias seria mais simples do que a determinação do específico sentido do enunciado “Dignidade da Pessoa Humana”. Afirma, além disso, que a raiz antropológica reconduz o homem como cidadão, pessoa, trabalhador e administrado.

O princípio pode, conforme o mencionado doutrinador, unificar uma teoria de cinco componentes, a saber:

- 1- Afirmativa da integridade física e espiritual do indivíduo como dimensão irrenunciável da individualidade responsável autonomamente;
- 2- Segurança da identidade e integridade do indivíduo, através do livre desenvolvimento da personalidade;
- 3- Liberação da “angústia da existência” do indivíduo mediante mecanismos de socialidade, entre os quais se inclui uma possibilidade de trabalho e;
- 4- A garantia da autonomia individual por meio da vinculação dos poderes públicos a formas, conteúdos e procedimentos do Estado de Direito.
- 5- Igualdade dos indivíduos expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, ou seja, igualdade perante a Lei (CANOTILHO, 1993, p. 130).

Dada a sua seriedade, o princípio da dignidade da pessoa humana está presente em múltiplos ordenamentos, asseverando sempre e reconhecendo a sua aplicabilidade no meio social, especialmente porque se alicerça na autodeterminação ou ainda na autonomia, cujo valor é superior a vontade de dominação ou manipulação.

A dignidade da pessoa humana, nas doutrinas de Portugal, Alemanha e Espanha, segundo Barbieri (2014), está disciplinada da seguinte forma:

- I. Portugal - Princípios Fundamentais: “Artigo 1º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

II. Alemanha: Art.1º. 1- A dignidade do homem é sagrada e constitui dever de todas as autoridades do Estado seu respeito e proteção. 2-O povo alemão reconhece, conseqüentemente, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça do mundo. 3- Os direitos fundamentais que se enunciam a seguir vinculam o poder legislativo e os tribunais a título de direito diretamente aplicável.

III. Espanha: “Artículo 10.1 - La dignidad de la persona, los derechos inviolables que lo son inherentes el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”.

Em todos os dispositivos das constituições referidas acima, observa-se a seriedade do princípio em comento como tendo valor absoluto e, assim sendo, como assegura Nunes (2004, p.84) deve ser compreendido, porque: “É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais (...)”.

E acentua, além disso, que “[...] dignidade é um conceito que foi elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica (...). A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência” (NUNES, 2004, p.85).

Para Kant (2003), o respeito à dignidade humana poderia ser manifestada segundo a ideia de que devemos agir tratando a humanidade, em sua própria pessoa e na pessoa de outro ser humano, jamais como um meio, mas como um fim em si mesmo.

A dignidade da pessoa humana serve de esteio para a temática desenvolvida nesse trabalho, acrescenta em si os valores da autonomia, autodeterminação, e liberdade, por ser o comando fundamental do sistema jurídico, preocupado com as questões sociais e diminuição das desigualdades.

Barbieri (2014) ensina que a dignidade humana, como princípio maior acumulador dos demais, de maneira especial liberdade, igualdade e autonomia, deve expressar a segurança e a concretização de condições da igualização dos indivíduos em sociedade, de maneira harmônica e sem discriminação de qualquer ordem.

Nessa linha é a lição de Moraes (2003, p.61):

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um

mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Em resumo, como acentua o citado constitucionalista, sem o respeito à dignidade da pessoa humana não há Estado de Direito, devendo haver a observância do preceito constitucional, indicativo da dignidade da pessoa humana, em pesquisas de células-tronco, pois, o princípio da dignidade humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica.

“*Data maxima venia*” é a transcrição de Moraes (2003), que aprova a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, se ela é, como diz o professor “um valor espiritual e moral inerente a pessoa”, a inerência é ínsita à existência e não à personalidade civil para fins de relações de interpessoalidade.

Contudo, quanto ao embrião usado em pesquisa, não se deve olvidar que o artigo 5º da Lei de Biossegurança fala em embriões inviáveis de serem implantados num útero, bem como, fala-se num período de três anos sem uso do mesmo, ou seja, quando ele fosse realmente descartável poder-se-ia utilizá-lo para pesquisa (BRASIL, 2005b).

Portanto, não se trata de ofensa à dignidade da pessoa humana e sim na utilização de um material que fatalmente seria descartável.

3.4 Direito à vida como direito da personalidade

O direito à vida e à integridade física ocupa posição capital no sistema dos direitos da personalidade. Urge tentar definir o significado da palavra vida para que se possa emoldurar a abrangência e atuação desta inquirição.

O vocábulo vida possui inúmeros significados, por trata-se de assunto cuja conceituação é tida como de difícil compreensão por muitos autores. Um de seus principais significados refere-se ao período de tempo que vai do nascimento à morte, não sendo este um conceito fechado. Todavia, necessário se faz iniciar seu estudo.

Segundo Ferreira (2000, p.710), a definição de vida (*do latim vita*) é,

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, à

reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

De acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), em seu artigo 4º, I: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esses direitos devem ser protegidos pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Esse preceito se integrou ao sistema constitucional brasileiro, segundo o artigo 5º, § 2º da CF (BRASIL, 1988) “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O elaborador da norma constituinte, segundo Nalini (1999, p. 270) deve contemplar os dados tanto na esfera sociológica quanto cultural, tudo aquilo que é chamado supraconstitucionalidade autogerativa.

Embora não constitua uma ordem de valores ou uma ordem natural suprajurídica, transporta, pelo menos, uma reserva de juridicidade e de justiça – relativa, contingente, histórica, não arbitrária – que o poder constituinte deve mediar e densificar de forma a tornar a própria Constituição uma reserva de justiça. Essa reserva de justiça não pode ignorar a construção científica a respeito do surgimento da vida.

A biologia, como ciência, possui princípios e leis que não podem ser modificados. No que diz respeito ao momento em que se tem o início da vida humana, alguns fatos biológicos são incontestáveis, como: o ser humano passa a existir biologicamente do momento da fecundação, ou seja, na fusão de duas células altamente especializadas, chamadas de zigoto ou embrião celular (são células especializadas, formadas por um conjunto genético), absolutamente único. Portanto, é a partir dessa combinação, espermatozoide e óvulo, que deriva um novo ser, uma nova vida.

É por esse motivo, conforme apontado por Nalini (1999, p.272-273), que se considerou o abortamento um crime contra a vida: “é antecipado homicídio impedir o nascimento. Não há diferença entre matar o que nasceu, e destruir o que se prepara para nascer; homem é também o que há-de-sê-lo, (sic) tal como o fruto está na semente”.

Para Silva (2003, p.196), todo ser dotado de vida é indivíduo, “[...] algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é indivíduo, mas é mais do que isto é uma pessoa. Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais”.

Pertinente é a explanação de Amaral (2002, p.254-255), com relação à vida do ser humano:

[...] a vida humana é o estado em que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam as suas condições físicas e psíquicas. Mais do que um estado é o processo pelo qual um indivíduo nasce, cresce e morre. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição. [...] A vida humana é fenômeno unitário e complexo, uma totalidade unificada de tríplice aspecto, o biológico, o psíquico e o espiritual. Biologicamente, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.

Ademais, o mesmo autor expõe que a vida está em intimidade com o ser humano e afirma um tomar posição de si mesmo.

O respeito à vida humana é há um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, “a fortior” (pela mais forte razão) da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como ser humano (AMARAL, 2002, p. 255).

O termo vida despertou interesse na indagação de alguns aspectos e de suas características, os problemas relativos à sua positivação, inerentes aos chamados direitos da personalidade.

No Brasil, o direito à vida está assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (BRASIL, 1988), sob o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º Caput, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos. Por conseguinte, eles são invioláveis, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, ou seja, o direito à vida não pode ser desrespeitado, sob pena de responsabilização criminal e por danos morais.

Constitucionalmente, o homem tem direito à vida e não sobre a vida. De acordo com Nalini (1999, p. 268), o “[...] Estado Brasileiro não garante apenas a vida digna, mas qualquer vida humana. Ainda que imperfeita, ainda que submetida a limitações, a vida de qualquer criatura humana [...]”.

Nos dizeres de Silva (2003, p.197), de nada adiantaria ter direitos fundamentais assegurados pela CRFB/88 como à igualdade, à intimidade, à liberdade e ao bem-estar, se não existir a vida, em seu tomo maior, o direito à vida.

Assim, a vida é o instituto mais importante, nas palavras de Moraes (2003, p.63-64):

[...] é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. [...] Cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Tanto na esfera natural, como na jurídica, o direito à vida precede como bem maior do ser humano.

No plano ordinário, o direito à vida encontra-se disciplinado no âmbito penal, pela Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em que se pugna o delito de homicídio sob diferentes graduações, disposto na parte especial do Código Penal no Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I – Dos Crimes Contra a Vida.

O novo Código Civil Brasileiro (CC/2002), Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, sob o Livro I – Das Pessoas, Título I - Das pessoas Naturais, Capítulo I - Da Personalidade e da Capacidade, consagra, no seu conteúdo, o direito à vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), Lei nº. 8069, de 13 de junho de 1990, Livro I – Parte Geral, Título II – Dos Direitos Fundamentais, Capítulo I – Do Direito à vida e à Saúde, caminha na mesma direção.

O que se procura demonstrar dentro do contexto do direito à vida são algumas divergências entre doutrinadores, com polêmicas intermináveis principalmente no que diz respeito ao tema desde o aborto à eutanásia. Temas que, fora dos casos legais e morais, ferem o direito fundamental à vida.

Aos critérios fundamentais da personalidade, cabe verificação do direito à vida, em face de todo ordenamento jurídico como:

- À Proteção da Criança e do Adolescente (pela família e sociedade), conforme afirma Cury; Garrido; Marçura (2002, p.25):

[...] a criança e o adolescente têm assegurados, conforme exposto no artigo 227, da CRFB/88 e artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o direito à vida, à assistência social, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

- Ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, métodos anticoncepcionais): para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos os métodos e as técnicas de concepção cientificamente aceitas, as quais não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, estando garantida a liberdade de opção. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas, conforme parágrafo 7º, do artigo 227, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

- À alimentação; ao aleitamento materno: cabe ao Estado assegurar o direito à vida, e este não consiste apenas em manter-se vivo, mas se ter vida digna quanto à subsistência, incluindo a alimentação.

- Ao trabalho: São direitos sociais assegurados a todos pelo Estado, conforme exposto Título II - dos Direitos e garantias Fundamentais, capítulo II - Dos Direitos Sociais, da CRFB/88. De acordo com a Declaração Universal dos direitos do Homem, Anexo D, em seu art.22 (UNICRIO, 2000, p.10) “[...] todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

- À habitação: A condição de habitação adequada é fundamental para o homem exercer plenamente a sua cidadania, estando inserido na concepção de um padrão de vida adequado.

- Ao transporte adequado: O transporte digno para o povo também é de fundamental importância para rendimento intelectual e da saúde. Previsto na CRFB/88, artigo 7º, IV, com o título “Dos Direitos Sociais” (BRASIL, 1988).

- Ao lazer: O lazer é de fundamental importância para o bem-estar das pessoas. Os especialistas afirmam que a prática de lazer traz um grande benefício, como a redução dos

problemas causados pelo estresse do dia-a-dia. Está contido CBFB/88, no artigo 7º, IV, no rol "Dos Direito Sociais" (BRASIL, 1988).

- À Segurança individual: Os temas da segurança, sejam públicos ou privados, despertam interesses em todas as classes sociais, uma vez que são as pessoas as maiores interessadas, pois lhes afetam diretamente. Afinal, todo cidadão tem direito a uma vida coletiva tranquila, segura e em paz.

- À proteção médica e hospitalar: O Estado deve garantir a vida através de tratamentos médicos. Segundo está disposto na CRFB/88, artigo 197. É dever do Estado fornecer assistência através de políticas públicas igualitárias, que visem à redução de risco de doenças e outros agravos (BRASIL, 1988).

- Ao meio ambiente ecológico: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme artigo 225, CRFB/88 (BRASIL, 1988).

- Ao desenvolvimento vocacional profissional e artístico: Na implantação da ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social (artigo 193, CRFB/88), cumpre ao Estado garantir o exercício dos direitos culturais e apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais (artigo 215, CRFB/88). A produção e o conhecimento de bens e valores culturais serão objeto de incentivos governamentais (artigo 216, §3º, CRFB/88) (BRASIL, 1988).

- À liberdade: Direito de liberdade de locomoção. Liberdade de ir e vir, sem ser preso, senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade judiciária, em virtude de condenação ou como medida preventiva. Estão, também, ressalvados na CRFB/88, em seu artigo 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

- À velhice digna: O artigo 230 da CRFB/88.

- Relativo à eutanásia: o prolongamento artificial da vida, segundo Acquaviva (2002, p.344):

Do Grego euthanasia, de eu (bom) + thanasia (morte), morte boa, suave. Expressão supostamente criada por Francis Bacon para designar a ciência que visa tornar a morte suave. Em nosso Estado Democrático de Direito, não é reconhecido a eutanásia. [...] Nosso direito não reconhece a eutanásia, apenando-a como homicídio privilegiado. CP, art.121, §1º.

- À concepção e à descendência: o direito à vida estende-se a qualquer ente trazido à luz pela espécie humana, seja concebido ou nascido natural ou artificialmente (in

vitro, ou in vivo), independente da forma de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou psíquico, basta que se trate de forma humana.

- Ao abortamento, nas palavras de Acquaviva (2002), expressão derivada “do latim abortu, abortare: ab = privação + ortus = nascimento, vale dizer, impedir o nascimento”. Não se pode confundir abortamento com aborto. Este significa expulsão do feto do ventre materno, voluntariamente, e aquele, expulsão forçada. O abortamento é definido como ação destruidora da concepção humana e constitui crime segundo o ordenamento jurídico (artigos 124 a 128 CP), salvo casos previstos em lei.

Posto isso, em conformidade com Bittar (2001, p.67) “é um direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as propriedades atinentes à pessoa humana”. Por conseguinte, tem-se um direito à vida e não um direito sobre a vida, estabelecendo-se um direito negativo, impondo-se um respeito para com a coletividade.

Portanto, o direito de personalidade, em sendo direito inerente a toda pessoa humana se constitui, em sua acepção maior, como direito à vida.

4 ABORTO: A PRIMAZIA DO DIREITO A VIDA SOBRE O DIREITO DA MULHER

4.1 Uma Visão Geral do Aborto no Brasil

Historicamente, no Brasil, segundo Verardo (1987), a penalidade para o aborto sofreu um processo inverso do que vem acontecendo com grande parte das normas que regem as condutas humanas. Verificou-se um crescente abrandamento de penas e descriminalização de condutas, visando à adaptação a novos padrões e comportamentos. No entanto, no que tange ao aborto houve uma crescente rigidez das legislações, restringindo cada vez mais a sua prática.

A mesma autora afirma ainda que em 1830 não se punia o aborto praticado pela própria gestante. E que o Código Penal da República, de 1890, somente punia o aborto praticado por terceiros, se, com ou sem a aprovação da gestante, dele resultasse sua morte. Para a gestante que praticasse o aborto era prevista redução de pena. Há muito tempo que o aborto deveria ser considerado uma questão de saúde pública no Brasil. As questões do aborto legal e do aborto por anomalia fetal estão no topo da agenda de saúde pública, contudo, infelizmente, raramente constituem objetos de estudos sistemáticos com evidências (VERARDO, 1987).

De acordo com o Ministério da Saúde (Brasil, 2008, p.07):

O aborto se manteve na pauta de pesquisas brasileiras nos últimos 20 anos [...]. Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre o aborto no Brasil comprovam que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

Ainda para o mesmo Ministério (Brasil, 2008, p. 07):

O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública”. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas. E para essa redefinição política há algumas tendências que se mantêm nos estudos à beira do leito com mulheres que abortaram e buscaram o serviço público de saúde: a maioria é jovem, pobre e católica e já possui filhos.

Essa descrição não representa apenas as mulheres que abortam, mas as mulheres brasileiras em geral. Por isso, a compreensão do aborto como uma questão de saúde pública em um Estado laico e plural inaugura um novo caminho argumentativo, no qual o campo da saúde pública traz sérias e importantes evidências para o debate.

Sobre a questão, Dias (2004, p.60) afirma que “é mister que se repense a postura do Estado diante dessa realidade e se enfrente a questão como de saúde pública”.

Trata-se de um tema que não se situa só no campo legal e médico. Tem contornos na Ética, na Filosofia, bem como na Religião e na Política, e nunca é enfrentado sem uma carga de emotividade. Porém, é de se atentar em uma realidade: o aborto existe e é praticado aos milhares. A clandestinidade em que é realizado não permite chegar-se a números, mas é possível afirmar que a cada nascimento corresponde um aborto.

A mesma pesquisa do Ministério da Saúde (Brasil, 2008) indica que, predominantemente, as mulheres que abortam estão entre os 20 e 29 anos, vivem em união estável, têm em média até oito anos de estudo, são trabalhadoras, católicas, com ao menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos. O principal método abortivo é a utilização de Misoprostol. Os Estados com maior incidência estão localizados nas regiões Nordeste e Sudeste do país.

Essa pesquisa, realizada pela Universidade de Brasília (2010) e pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS (2010), trouxe à tona novamente a discussão quanto à necessidade de mudanças urgentes em nossa legislação no que se refere à descriminalização do aborto.

Foram ouvidas mulheres alfabetizadas, entre 18 e 39 anos, em todo o território nacional. Destas, 15% (quinze por cento) já haviam realizado ao menos um aborto. No grupo de mulheres entre 35 e 39 anos, este percentual sobe para 20. A pesquisa mostra ainda que 48% destas mulheres utilizaram de remédios para realizar o aborto e que 55% tiveram que ser internadas após o procedimento.

Dados conservadores falam em cerca de quatro milhões de abortos realizados nos últimos 20 anos, contudo, pesquisa realizada em 2005 pelo Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ, 2007) aponta para mais de um milhão por ano. No mesmo norte, informações de um estudo do Ministério da Saúde realizado sobre os dados referentes às internações por abortamento, registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde, no ano de 2007, indicam que neste ano mais de 1.050.000 abortos foram induzidos.

Outro dado que impressiona é o do número de internações por complicações após a realização do aborto clandestino, obtido pela Federação Internacional de Planejamento Familiar (IPPH, 2007). Entre 2002 e 2012, tiveram um milhão e duzentas mil mulheres internadas somente no SUS, número que representa mais de duzentas e trinta mil mulheres internadas por ano, isso sem considerarmos as internações em clínicas ou hospitais particulares, as quais compõem a inimaginável cifra negra.

Ainda segundo o estudo da Federação, o número de procedimentos inseguros em adolescentes e mulheres muito jovens também está crescendo. Quase 3.000 meninas de 10 a 14 anos foram hospitalizadas com complicações pós-aborto em 2005. Entre as mulheres de 15 a 19 anos, mais de 46 mil precisaram de atendimento.

Sobre o assunto, Singer (2002, p.153) destaca:

Em geral, as mulheres que pretendem abortar estão desesperadas e procurarão um abortador de fundo de quintal ou usarão remédios populares. O aborto feito por um médico qualificado é uma operação tão segura quanto qualquer outra, mas as tentativas de procurar fazer aborto com profissionais desqualificados geralmente resulta em graves complicações médicas e, às vezes, até mesmo a morte. Portanto, o resultado da proibição do aborto não é tanto a redução do número de abortos realizados, mas, sim, o aumento das dificuldades e dos perigos para as mulheres com uma gravidez indesejada.

De acordo com o entendimento de Dias (2004, p. 91):

O Estado precisa cumprir sua função de controlar a sociedade e assegurar a vida de todos. Dizer a lei singelamente que determinado ato é um crime não coíbe sua prática. Optar pela preservação da vida de um embrião deixa de garantir a vida das mulheres; ignora-se que a interrupção da gravidez é realizada clandestinamente. Portanto, a criminalização do aborto não basta para impedir que continue a ser levado a efeito, mas em condições adversas, face à falta de controle estatal.

Segundo Singer (2002): “Uma lei que tem efeitos mais nocivos do que benéficos não é uma boa lei [...]. Enquanto existir em sua forma atual, milhares de mulheres irão transgredi-la”.

Conforme o mesmo autor, poucas questões éticas são, hoje, objeto de uma discussão tão acirrada quanto a do aborto e, enquanto os pêndulos oscilam para lá e para cá, nenhum dos lados tem sido muito bem sucedido em modificar as opiniões de seus adversários e em se tratando de aborto - o momento do início da vida, o momento de aquisição de direitos e os sujeitos de direitos, dentre outras variáveis - as opiniões são muito divergentes, bem

como seus motivos, os quais podem ser de ordem científica, moral, ética, filosófica ou religiosa.

4.2 Direito a Vida e Direito da Mulher

A vida é um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, porém não é um direito absoluto, assim como qualquer outro, e exemplos disso são as excludentes de ilicitude previstas nos artigos 23 e 128 do Código Penal.

A lei “escolhe uma vida”, no caso do artigo 128, I, literalmente faz opção pela gestante (pessoa já nascida), e confirma isto também nos artigos 124 ao 127 quando aplica penas inferiores as do homicídio, isto, segundo Emmerick (2008, p.61) “[...] demonstra que a intenção do legislador foi conferir maior importância ao bem jurídico tutelado (pessoa nascida), do que o feto (pessoa em potencial)”.

No entanto, no aborto resultante de estupro não há risco de vida em jogo, e sem dúvida nenhuma o feto decorrente deste caso é tão inocente quanto os demais. Assim, é preciso considerar o entendimento de Tavares (2008, p. 30):

A lei parece defender a honra da mulher, porém na verdade, a conotação é da ideia de família, de não permitir a introdução de um filho bastardo no lar. [...] a lei presume que o filho da mulher seja do marido, seja legítimo – e, se uma mulher estuprada tivesse um filho fora do casamento, esse não seria reconhecido. A preservação é da família e, em nenhum momento, se pensou no sentimento da mulher.

Karam (2009, p.51-52) ainda explica:

A criação dessa permissão, pouco importando as reais motivações do legislador, só pode se explicar pela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado, a fazer assim lícita a interrupção voluntária da gravidez. [...] A permissão, que, por coerência com a hipótese legislada, a de ser reconhecida em todos os casos de aborto com consentimento da gestante em que o nascimento se mostre indesejado, se mostra sim legal, na medida em que se remete ao conteúdo do exercício do direito expresso no texto da lei. [...] Onde se faz presente o mesmo conteúdo, naturalmente, há de ser afirmado o mesmo direito.

Sendo pela tentativa de preservar a família conservadora ou a própria mulher, conforme afirma o direito penal na função oficial/declarada, o estado criou a excludente para

evitar o fruto da concepção que é indesejado. Ora, o estado não é capaz de medir o quão indesejada é uma gravidez, dizer que neste caso é mais indesejado que naquele outro, tanto é que mães acabam por tomar atitudes esdrúxulas como colocar suas crianças no lixo, ou seja, o Estado não é capaz de escolher pela mulher, e apontar qual a gravidez que é indesejada.

As publicidades enganosas passam a ideia de que sem criminalização viraria um caos, e que a única maneira de enfrentar indesejadas condutas seria por meio do direito penal.

Os proibicionistas baseados em crenças, afirmam a criminalização por se dizerem os únicos defensores da vida, mas não se incomodam com as mortes das mulheres que se submetem a estas práticas. Estas crenças morais e religiosas confirmam a criminalização do aborto.

No entanto, embora não possua referência expressa no texto constitucional, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. Não obstante, o problema surge quando a manutenção de uma gravidez não desejada viola os direitos fundamentais da gestante, resultando num conflito entre seus direitos e os interesses do embrião/feto.

Particularmente, em relação a qualquer discussão na qual envolva, ainda que indiretamente, os conceitos de início e fim da vida, as opiniões além de serem divergentes, buscam sua fundamentação na ciência, religião ou filosofia, embora persista a falta de consenso e um conceito unívoco sobre este tema.

No entanto, é inquestionável que a investigação do conceito de vida constitui um pressuposto lógico nos debates que envolvem o tema do aborto. Ao mesmo tempo, não se pode isolar e eleger determinada etapa do processo biológico como se esta correspondesse ao início da vida.

Em verdade, vida corresponde a um fenômeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos, próprios de todo processo biológico conforme Franco (2006), cujas valorações das mutações e desses saltos qualitativos possuem fundamento mais em dados culturais e religiosos do que científicos, impedindo a formação de um unívoco suporte conceitual.

Assim, em razão de subordinar-se a um contínuo processo cultural de construção e de desconstrução, não se pode falar em conceito de vida, o que só seria evitável mediante manifestação explícita do legislador constituinte, a respeito dessa matéria.

A proteção constitucional da vida humana em formação não implica na necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente.

Defender que a vida humana pré-natal possui valoração idêntica a pós-natal constitui “um exagero indefensável”.

Analisando esta tese seja do ponto vista da história, religião ou direito, observa-se que a valoração diferenciada da vida humana em formação e da vida dos nascidos foi uma constante durante muitos séculos.

Outrossim, ao atribuir-se à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido, como faz o Código Penal vigente, não o torna incompatível com a interpretação constitucional que garante a todos o direito à vida.

Nesse sentido, Roxin (apud Sarmento, 2006, p.147) acrescenta que “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção”.

Entretanto, como ressalva o autor, isso não importa em igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações.

Partindo desta premissa, Canotilho e Vital Moreira (apud Minahim, 2005, p.192) afirmam que apesar da vida pré-natal ser um bem constitucionalmente protegido, ainda que não investida numa pessoa, não se pode atribuir idêntico regime de proteção ao nascituro, porquanto se trata de simples bem constitucionalmente protegido, o que não significa possuir o mesmo direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente).

Disso resulta que a proteção da vida intrauterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento. Entretanto, no tocante aos meios de garantia desse direito, os instrumentos penais podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se tratar de proteção da vida intrauterina.

Por conseguinte, a proteção constitucional da vida em formação não garante ao nascituro o status de pessoa, uma vez que não é sujeito de direitos e deveres, possuindo tão somente interesses patrimoniais salvaguardados pela lei civil. Assim, pode-se afirmar que é pessoa em potência, que só será sujeito de direito a partir de seu nascimento com vida.

Dworkin (2003) assinala que a questão crucial do aborto não está em saber se o nascituro é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição. Ao contrário, o cerne da controvérsia consiste em saber se os estados possuem um poder legítimo para ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida.

Para o referido autor, se as convicções das pessoas sobre o que o valor inerente da vida humana requer são convicções religiosas, a exigência de conformidade por parte de um governo estaria impondo uma religião coletiva.

Agindo assim, qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras.

Outrossim, importa destacar que num Estado Democrático de Direito, as políticas e decisões judiciais devem ser laicas, visando ao máximo resguardar os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, é imprescindível que os argumentos que fundamentam esses atos estatais possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia.

Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica.

Cada um e todos esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro.

Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, que, em determinadas situações, tem sua proteção afastada face aos homicídios justificados, ou seja, nas situações de legítima defesa e guerra.

Essa é uma das razões que justifica a constitucionalidade de um sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente.

Assim, pode-se afirmar que a proteção da vida intrauterina constitui um mandado de otimização, ou seja, um princípio que pode ser cumprido em diferentes graus e na medida necessária para sua efetivação, de forma que seu cumprimento depende tanto das possibilidades reais quanto jurídicas - estas últimas, determinadas por princípios e regras opostas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade em se debater a questão do aborto reside no fato de que a discussão sobre o tipo penal remete necessariamente seu enfoque para o conceito de início da vida, debate este que além de envolver opiniões divergentes, fundamentadas seja na ciência, religião ou filosofia, caracteriza-se pela falta de consenso e ausência de um conceito unívoco sobre o tema. E disso não há como escapar, pois o pressuposto lógico para saber quando se atentaria contra a vida intrauterina é estabelecer quando começaria esta vida.

Vale assinalar que, em se tratando o aborto de uma ideia essencialmente moral, de fato não existe possibilidade de acordo ou consenso, mas apenas de tolerância recíproca. Em outras palavras, essa tolerância implica no reconhecimento de que cada concepção é legítima por si mesma, de acordo com a posição moral que a justifica. Na prática isso significa o compromisso de abster-se de desqualificar qualquer dessas opiniões como imoral, pela simples razão de não compartilhar com os seus fundamentos.

No entanto, é inquestionável que a investigação do conceito de vida constitui um pressuposto lógico nos debates que envolvem o tema do aborto. Ao mesmo tempo, não se pode isolar e eleger determinada etapa do processo biológico como se esta correspondesse ao início da vida. Nesse sentido, a busca por um conceito de vida implica necessariamente numa reflexão sobre o ser humano, sobre a pessoa e os momentos anteriores ao seu nascimento. A vida, por assim dizer, consistiria num processo biológico em constante evolução, qualificado por mutações e saltos qualitativos. E a valoração das etapas deste processo é feita muito mais com base em dados culturais do que científicos. Assim, em razão de subordinar-se a um processo cultural de construção e de desconstrução, não se pode falar em conceito de vida, o que só seria evitável mediante manifestação explícita do legislador constituinte, a respeito dessa matéria.

Todavia, embora não possua referência expressa no texto constitucional, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. Não obstante, a proteção da vida intrauterina ocorre de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Isso justifica que, em situações particulares, esta proteção seja afastada mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida do nascituro. Ademais, por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal fator ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal, a partir da concepção. Ao lado disso, a objetividade jurídica do delito de aborto está representada na tutela da vida humana em formação, que corresponde à vida fetal ou intrauterina. Nesse diapasão, embora represente doutrina com pouca aceitação dentre os penalistas, entende-se que pertence à coletividade a titularidade do bem jurídico, vida em formação, porquanto para o Direito, o nascituro não é pessoa, possuindo tão somente expectativa de direitos. Em consequência, representa o objeto material do crime, sobre o qual recai a ação delitiva, sendo o Estado ou a coletividade o sujeito passivo do delito.

Por se tratar de um tema permeado por valores de ordem moral e religiosa, não basta que essa discussão fique restrita ao âmbito acadêmico ou legislativo. Ademais, existe uma carência de informações de fácil acesso e compreensão, capaz de ajudar a desmistificar os mal-entendidos que prevalecem em torno do aborto. Faz-se necessário que a população tenha um mínimo conhecimento sobre o tema e, principalmente, acerca das implicações sociais do aborto clandestino, demonstrando a legitimidade de uma legislação que descriminalize e regule sua prática. Em consequência, na medida em que a maioria 'silenciosa' esteja mais bem informada sobre o tema, melhor será a aceitação da proposta de revisão na legislação punitiva do aborto.

Ademais, uma discussão séria e ampla da questão do aborto poderá servir também aos líderes de opinião, além dos próprios legisladores. Em virtude de que grande parte da informação que recebem sobre o aborto é derivada dos argumentos apaixonados e carregados de ideologia, difundidos pelos dois grupos que se opõem em um debate público e polarizado, a conscientização deste grupo abre espaço para um debate democrático e qualificado sobre o assunto.

De outra parte, deve ser descartada a ideia de realizar uma consulta popular sobre a revisão da legislação punitiva do aborto. Isso porque, em se tratando de um debate que remete a uma questão essencialmente moral, de foro íntimo, não há como fundamentar a sua legalização pelo voto popular, porquanto um plebiscito analisará a questão sempre sob a perspectiva e valores do outro.

A decisão de ter filhos deve ser uma escolha de compromisso, que dá azo ao evento de suma importância para afirmar o começo da vida humana, qual seja o acolhimento do nascituro pela mulher que deseja e decide ser mãe. Esta decisão inaugura um processo de

consolidação e proteção desta vida intrauterina, porquanto reconhece no nascituro um ser humano enquanto tal.

Por outro lado, é certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve e nem será tratada como método anticoncepcional, porquanto, além de ser uma providência muito mais grave, constitui motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam, sendo impreterivelmente uma violação do direito à vida.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11ª ed. ampl., e atual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4ª ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBIERI, Samia Rogers Jordy. **Princípio da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas**. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos. Acesso em 15/01/14.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, **Diário Oficial da União**, 1940. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, **Diário Oficial da União**, 1992. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 14 fev. 2014.

_____. Ministério da Saúde. **Aborto e Saúde Pública: 20 anos de pesquisa no Brasil**. Brasília, 2008.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. Procuradoria Geral da República: Centro de Direito Humanos CDH. Ementa: CONCEITO JURÍDICO DO INÍCIO DA VIDA NÃO SE ESGOTA NO CAMPO DO DIREITO CIVIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/600. Rel. Exmo. Sr. Ministro CARLOS BRITTO. Roteiro de pleitos como posto no item 1, fls.13. Brasília: **Diário da Justiça**, 14 de novembro de 2005. Disponível em:

<http://multiversojuridico.com.br/liz/Bio_adi%203510.pdf> Acesso em: 15 abr. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em Disponível em: <www.unicrio.org.br> Acesso em 13 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Débora; PETTERSEN, Heverton. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 15 de fevereiro de 2009. Suplemento Aliás, p.03.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMMERICK, Rulian. **Aborto**: Descriminalização, Direitos Humanos, Democracia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE PLANEJAMENTO FAMILIAR – **IPPH**, 2007. Disponível em: <www.g1.globo.com> Acesso em: 20 mar. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Algumas questões sobre o aborto**. Revista ICP – Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v.1. 2006.

GARCIA, Maria. **Mas, quais são os direitos fundamentais?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.39. 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Lisboa: ED Lisboa. 1995.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da humanidade**. São Paulo: Ed. Martins Fontes. Coleção tópicos. 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Ed. Fabris: Porto Alegre, 1991.

INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL DA UERJ. **A Magnitude do Aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais**. 2007. Disponível em: <www.aads.org.br> Acesso em: 19 mar. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003

NALINI, José Renato. **Aplicação da Lei Penal: Debates e Tendências Atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAES, Marcelo. Direitos Fundamentais vilipendiados. **Blog post: Cônego Marcelo Paes**. Disponível em: <www.conegomarcelpaes.blogspot.com.br> Acesso em: 15 abr. 2014.

PAPA JOÃO PAULO II. Carta Encíclica Caritas in Veritate do Sumo Pontífice Bento XVI aos Bispos, aos Presbíteros e Diáconos, às pessoas consagradas, aos fiéis leigos, e a todos os homens de boa vontade sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. **Vaticano on-lin**. 2009. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_po.html> Acesso em: 14 abr. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Ed Saraiva. 5.ed.2002.

SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime: com a decisão, STF libera a interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Lei criminaliza aborto, com exceção dos casos de estupro e risco para mãe. **Portal G1 Brasil**, abr. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>> Acesso em: 14 abr. 2014.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Temos o direito de interromper a gestação? **Caderno Opinião – Folha de São Paulo**. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br> Acesso em: 24 fev. 2014.

TAVARES, Silvana Beline. **A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil**. 2008. 195f. Dissertação (Tese doutorado em Sociologia). Araraquara: UNESP.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?** São Paulo: Moderna, 1987.