XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

MARIA APARECIDA ALKIMIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Maria Aparecida Alkimin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-286-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo denominado EVOLUÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA BIOÉTICA COMO GARANTIA DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA, de Daniele Weber da Silva (E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br), mestranda da UNISINOS/RS, que face à incerteza científica sobre os efeitos da nanotecnologia sobre a saúde humana o meio ambiente, propõe, a partir dos princípios da precaução e da responsabilidade de Hans Jonas, a proteção do bem-estar humano e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A professora Doutora Maria Aparecida Alkmin (E-mail: maalkmin@terra.com.br) coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, em coautoria com o professor Doutor Lino Rampazzo (E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br), em DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (TESTAMENTO VITAL): IMPLICAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, analisa as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital) à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da bioética, invocando os aspectos éticos disciplinados pelo Código de Ética Médica, envolvendo a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Ética Médica e a Resolução1995/2012 (CFM).

O artigo O DIREITO À MORTE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS TERMINAIS, de Isadora Orbage de Brito Taquary, mestranda da UNICEUB/DF, analisa a processos de resiliência e o stress enfrentado pelos familiares dos pacientes terminais para ressaltar a autonomia de vontade do paciente em seu direito à uma morte digna.

Alexandra Clara Ferreira Faria, professora Doutora da PUC/MG, no artigo A DISPOSIÇÃO DO CORPO PARA PESQUISA CLÍNICA NO BRASIL – ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 200/2015 QUANTO AO MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO, analisa a impossibilidade de patenteamento das amostras biológicas utilizadas em pesquisas clínicas, uma vez que o material genético é um direito personalíssimo e indisponível.

Em seguida, o professor Doutor Tagore Trajano de Almeida Silva, do programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes/SE, juntamente com o mestrando Renato Carlos Cruz Meneses, apresenta o artigo O ESPECISMO COMO ARGUMENTO FILOSÓFICO DA NÃO ACEITAÇÃO DO ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITOS, que propõe a

desconstrução do paradigma utilitarista - que concebe os animais e a natureza como simples objeto destituído de dignidade - para considerá-los como sujeitos de direito.

Caroline Silva Leandrini, mestranda do Programa de Pós-Graduação da UNIMAR/ Maringá /PR, que no artigo DO BEM-ESTAR DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS: RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURIESPÉCIE E A GUARDA, analisa as possibilidade de garantir direitos aos animais domésticos em famílias pluriespécies onde ocorrem rupturas conjugais.

Em seguida, Luciana Ventura e Rubismark Saraiva Martins, mestrandos da UNICEUB/DF, em O NÃO ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL, examinam os limites da aplicação da reserva do possível para negar a implementação de políticas públicas ambientais e de proteção animal.

O professor Doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, juntamente com o professor Francisco José Garcia Figueiredo, da Universidade Federal da Paraíba, apresentam o artigo A VAQUEJADA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL, que analisa a prática da vaquejada a partir da ponderação do conflito entre os direitos fundamentais do meio ambiente e da livre manifestação cultural.

Fernanda Luiza Fontoura Medeiros professora Doutora da UNILASALLE/RS, juntamente com o mestrando Cássio Cibelli Rosa, apresentam o artigo A DIGNIDADE DA VIDA E A VEDAÇÃO DE CRUELDADE, que analisa o princípio da dignidade humana a partir da vedação constitucional de práticas cruéis contra os animais.

Em seguida, professoras doutoras Ana Stela Vieira Mendes Câmara e Gabrielle Bezerra Sales, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Christus/CE, em OS LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E OS DEVERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE PRESERVAÇÃO DA VIDA DE PESSOAS INCONSCIENTES, analisa a razoabilidade dos parâmetros que estabelecem limitações à autonomia individual tendo em vista a preservação da vida de pessoas em estado vegetativo persistente e a necessidade de heteronomia para a proteção de seus direitos.

A professora Doutora Janaína Reckziegel do PPGD da UNOESC, juntamente com a mestranda Fernanda Tofolo, em A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PESQUISAS

GENÉTICAS EM SERES HUMANOS E SUA CONSTANTE LUTA COM A DIGNIDADE HUMANA, analisa a dignidade humana como elemento fundamental no estabelecimento de limites éticos para a realização de pesquisas genéticas com seres humanos.

Vivian Martins Sgarbi, mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR, apresenta o artigo O USO DA FOSFOETALAMINA SINTÉTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO, que investiga, à luz dos princípios do biodireito, a legitimidade da Lei n. 13269/2016, que autoriza o uso da fosfoetalamina sintética por pacientes portadores de neoplasia maligna

Vivian do Carmo Bellezzia, mestranda da Faculdade de Direito da Universidade Dom Helder, em ORIGENS DA BIOÉTICA, investiga a origem histórica e científica da Bioética, ressaltando o seu marco histórico.

Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, mestranda pela UNIPE, em seu artigo A EUTANÁSIA COMO LIBERDADE INDIVIDUAL, faz um estudo comparado da eutanásia nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, mestranda em Direito pela UNIVEM, no artigo A PROTEÇAO JURÍDICA DO EMBRIÃO IN VITRO E O DIREITO À SAÚDE DOS PORTADORES DE ANOMALIAS, analisa a proteção jurídica dos embriões in vitro e o papel do Estado na regulação da utilização de embriões excedentes para a efetivação do direito à saúde através de meios políticos fraternos.

Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira, mestranda em Direito pela FUMEC, em A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO, faz um estudo sistemático sobre a legalização do aborto à luz da doutrina nacional e internacional.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Maria Aparecida Alkmin - UNISAL

A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO

LA CONTROVERSIA ANÁLISIS DE LEGALIZACIÓN DEL ABORTO Y DERECHOS DE LA MUJER EN EL ESTADO BRASILEÑO

Michele Rocha Cortes Hazar [1]
Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira [2]

Resumo

O presente trabalho, diante da polêmica discussão que envolve a legalização do aborto no Brasil quanto no mundo, analisou, ainda que brevemente, a proteção do direito à vida no ordenamento jurídico pátrio, bem como as exceções admitidas. Tratou-se dos impactos da legislação proibitiva do aborto sobre direitos constitucionais e legais das mulheres. Analisou-se, também, legislação permissiva do aborto em alguns países, e a prevalência da proteção da mulher como indivíduo já formado em detrimento do nascituro. A pesquisa concluiu pela necessidade de revisão legislativa sobre a temática, e pela transferência da questão do âmbito penal para o da saúde pública.

Palavras-chave: : direito à vida, Aborto, Legalização, Direito das mulheres, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo sobre el debate sobre el aborto en Brasil y en el mundo, analizado, aunque sea brevemente, la protección del derecho a la vida en el Brasil, así como las excepciones permitidas. También el impacto de la legislación prohibitiva en los de las mujeres. El examen fue también la ley permisiva en algunos países, y la prevalencia de la protección de la mujer como persona ya formada a expensas del niño por nacer. Llegó a la conclusión de la necesidad de revisión de la legislación sobre el tema, y la transferencia del derecho penal para la salud pública.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho a la vida, Aborto, Legalización, Derechos de la mujer, Estado democrático de derecho

---

[1] Mestranda em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Especialista em Direito Público pela PUC MINAS. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogada

[2] Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC, Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal. Professora na. Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete e Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente a tratativa da questão do aborto é analisada em âmbito nacional e internacional como sendo problemática que orbita o campo não apenas da discussão sobre o direito à vida, mas também o das políticas sociais especificamente no âmbito da saúde pública, bem como o direito à liberdade sexual e reprodutiva da mulher.

No ordenamento jurídico pátrio o aborto é criminalizado por determinação disposta no Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, dos artigos 124 ao 128, admitindo-se, tanto na lei quanto na jurisprudência, exceções pontuais de descriminalização de tal prática em algumas situações especificas.

Entretanto, mesmo diante da proibição abortiva, por meio do Decreto-Lei mencionado, que foi recepcionado como lei federal pela Constituição Federal de 1988, verifica-se cada vez mais a ocorrência clandestina de tal prática em escalas alarmantes, ocasionando a morte ou lesão permanente em número expressivo de mulheres, principalmente aquelas de classes mais desfavorecidas da sociedade, como será suscintamente explicitado.

A presente pesquisa apresenta como tema problema, diante desse contexto, a realização de breve análise sobre a polêmica temática que gravita em torno da legalização das práticas abortivas, de maneira geral e objetiva, para além das hipóteses já permitidas pela lei e resguardadas pelo posicionamento do Supremo Tribunal.

No desenvolvimento deste trabalho serão apresentados principalmente argumentos jurídicos e técnicos favoráveis e desfavoráveis a legalização/descriminalização do aborto, envolvendo tanto os direitos resguardados ao nascituro, quanto os direitos da mulher, e ainda as possíveis teorias referentes ao início da vida, em consonância com o ordenamento brasileiro vigente.

Destaca-se que dentre todo bojo argumentativo que envolve a temática são apresentadas justificativas de cunho jurídico, biológico, moral, religioso e cultural. Entretanto, sob os ideais democráticos determinados pela Constituição Federal de 1988, a normatização do Estado laico, dentre outros direitos e garantias, os argumentos religiosos, morais e quaisquer outros de cunho valorativo subjetivo não merecem ser acolhidos no que diz respeito a tomada de decisões e elaboração de leis que sejam o mais democráticas possível.

O presente trabalho é de significativa relevância e justifica-se pela necessidade de destacar, diante de todo este cenário, urgente revisão legislativa objetiva sobre o tema, tendo-se em vista que a violenta legislação restritiva é datada de 1940 e pouco se coaduna com os ideais de um Estado que se pretende se afirmar como democrático de direito, já que foi construída sob o viés paradigmático de uma sociedade patriarcal, conservadora, na qual os direitos femininos eram pouco contemplados.

A produção do trabalho desenvolvido foi embasada no modelo argumentativo[1], já o tipo de raciocínio escolhido para análise do material foi o indutivo-dedutivo[2]. A pesquisa foi desenvolvida mediante estudo da bibliográfica nacional e internacional pertinentes, bem como exame de dados e análise da legislação vigente.

2 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à vida em qualquer ordenamento jurídico é sempre questão de muitos embates, principalmente no que diz respeito ao marco inicial de proteção jurídica. Existem diversas teorias jurídicas, filosóficas, religiosas e biológicas que tratam da temática sem que haja, em absoluto, qualquer consenso, principalmente quando a temática questiona a natureza da vida intrauterina, definindo-a por vezes como vida desde a concepção, por outras como expectativa de vida, como será abordado na presente pesquisa.

Em breve apontamento, quando vislumbrada a história do cristianismo, principalmente em sua vertente católica, verifica-se, a contrário do que comumente se espera, que a proteção à vida, principalmente da vida em formação, foi objeto sempre de grande divergência, conforme demonstra Maria José Rosado-Nunes (2006a).

Entretanto, sem desmerecer a importância da tratativa nos diversos ramos da ciência, a pesquisa tratará da temática principalmente no âmbito jurídico, demonstrando as teorias adotadas no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[1] GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 12.
[2] GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22-23

A proteção à vida, seja ela em formação ou do ser humano já nascido, é de sumo destaque no ordenamento jurídico pátrio constitucional e infraconstitucional, entretanto não de maneira absoluta.

José Afonso da Silva (2014, p. 200) aponta, no que tange ao direito à vida, que os direitos fundamentais para que consigam atingir seu fim precípuo é necessário que estejam atrelados a outras garantias como a dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, de forma especial ao direito à existência. Este ultimo consistindo em um direito de "estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável."

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) o constituinte destacou tal proteção no art. 5º, *caput*[3], destacando-o como direito fundamental. Porém, na mesma Carta Magna verifica-se a limitação a tal proteção, no inciso XLVII, alínea a[4], do mesmo dispositivo.

A excepcionalidade do direito à vida, por opção do legislador, e em consonância com a constituinte, verifica-se também em âmbito infraconstitucional. Diante da temática, merece destaque os casos permissivos de aborto, em hipóteses excepcionais. O Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), no artigo 128 despenaliza a prática do aborto praticada por médico nos casos em que a vida da gestante é colocada em risco quando da manutenção da gravidez, ou quando se trata de gestação resultante de estupro, além de outras pontuais hipóteses aceitas pela jurisprudência.

Diante da vigência da norma penal de 1940, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cunhada sob a égide de um ordenamento totalitário e em desconformidade com ideais de Estado Democrático, verifica-se a inflamação dos debates referentes ao marco inicial de proteção do direito à vida, trazendo à tona a necessidade do discurso referente à alterações legislativas nesse aspecto, principalmente no que diz respeito a total descriminalização das práticas abortivas de maneira objetiva.

---

[3] Art. 5º, caput. 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, nos termos seguintes:

[4] Art. 5º, XLVII Não haverá penas: a. de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Hodiernamente, prevalece no âmbito da legislação civilista a adoção da teoria concepcionista, determinando-se que desde a concepção são reconhecidos os direitos do nascituro à vida, à imagem, dentre outras proteções, conforme explicitado por Flávio Tartuce (2014). Porém, a aceitação de tal teoria não é pacifica, tendo-se em vista que ainda existem autores que defendem aspectos referentes à teoria natalista, no qual o nascituro não seria detentor de direitos sim de mera expectativa de direitos. Esta ultima teoria tem como ponto nevrálgico a desconsideração de alguns direitos fundamentais inerentes ao nascituro, como o direito à vida, aos alimentos provisionais e até mesmo à investigação de paternidade, explicita Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 184). Por fim, há doutrinadores, como Washington de Barros Monteiro, que se filiam à teoria da personalidade condicional que considera o inicio da personalidade civil no momento do nascimento com vida, mas que resguarda os direitos do nascituro, porém sob condição suspensiva (MONTEIRO *apud* TARTUCE, 2014).

Importante frisar que é intenso o debate em torno do tema especialmente frente à dicotomia do direito público e privado, frente à defesa dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e não menos relevante na concepção patrimonial.

Tendo em vista a concepção de pessoa humana e a dignidade que lhe deve ser garantida, é imprescindível que consideremos a vida humana em todas as suas fases, seja ela adulta, ou não.

A perspectiva de relevância ao indivíduo deve demonstrar eficácia em todos os seus aspectos. E neste interim é forçoso considerar: quem está sendo privado de sua dignidade?

Sob a ótica da Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 196[5], é garantido a todos os brasileiros a observância e acesso ao que tange o direito à saúde. Sendo assim, é direito de todos e dever do Estado garantir a redução dos riscos de doenças ou outras situações graves, prestando a todos os brasileiros acesso universal e igualitário aos serviços de promoção, proteção e recuperação, por meio de políticas sociais e econômicas (MORAES, 2014). Trata-se, portanto, de condição essencial ao individuo, principalmente, neste trabalho, à mulher, que tenha garantia de acesso à saúde, principalmente não se expondo aos riscos de um procedimento de saúde sem a assistência necessária e que exerça seus direitos à liberdade,

[5]Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas eu visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

intimidade, segurança pessoal, de maneira a viver livre, despida de qualquer discriminação e violência (PIOVESAN, 2016).

3 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O ideal de Estado Democrático de Direito tem como principal precedente a proteção dos indivíduos, garantindo-lhes a efetivação dos direitos humanos em face dos arbítrios do poder, bem como a sua participação na vida pública. Em âmbito constitucional verifica-se, dentre outros direitos, a estrutura jurídica tendente à defesa da vida.

Neste sentido, em âmbito legal, o direito penal e o direito civil são o condão de proteção e defesa, evitando por meio de repressão e políticas preventivas que crimes e atos atentatórios ao patrimônio e à vida aconteçam.

Nas ultimas décadas, houve grande mudança no que se refere à liberdade sexual ou reprodutiva da mulher, e neste lento caminhar inúmeras políticas foram implementadas, os temas de combate à violência e discriminação foram colocados em pauta e levados à discussão, gerando a criação de leis protetivas como, por exemplo, a Lei 11.340 de 2006 (BRASIL, 2006), também conhecida como Lei Maria da Penha. Mesmo com todas as conquistas ocorridas neste tempo, ainda há muito por fazer, inclusive no âmbito legislativo.

O Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), nos artigos 124 a 127 tratam de preservar a vida humana intrauterina tipificando o crime de aborto, seja ele praticado pela gestante, com ou sem o seu consentimento, e quando provocado por terceiro.

Grande celeuma é trazida no âmbito criminal por falta de informações do próprio legislador que simplesmente utiliza-se da expressão provocar aborto, sendo omisso em descrever em que momento se considera o início da proteção em questão, conforme aduz Rogério Greco (2014). Nesta toada o Código Civil vai além, e em seu artigo 2º[6] protege o nascituro desde a sua concepção.

Neste sentido, o crime de aborto tem o seu inicio no momento em que há violação à vida intrauterina. Conforme sustenta Fernando Capez (2015) a origem da vida humana, ainda

[6] Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

dentro do organismo materno, dá-se com a fecundação, ou seja, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Dentre vários métodos contraceptivos existentes para evitar uma gravidez indesejada ou não planejada, como os anticoncepcionais, a camisinha, entre outros que não tem o condão de violar a vida intrauterina, destaca-se, dentre eles, o Dispositivo Intrauterino, DIU, no qual em um dos sistemas o óvulo já fecundado, é impedido de fixar-se no útero. Neste caso poderia se falar em interrupção da vida intrauterina, porém há um permissivo legal, amparado pelo exercício regular de direito, não sendo, nem mesmo, considerado crime a realização de tal prática contraceptiva (CAPEZ, 2015).

A legislação pátria mesmo prevendo a criminalização do aborto, excepciona a ilicitude nos casos previstos no artigo 128[7], quais sejam, quando a gestante corre risco de morte e nos casos de gestação fruto de estupro. Ainda de forma excepcional, amparado pela decisão do STF na ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde e votada em 2012 (STF) tem-se admitido a antecipação terapêutica do parto anencefálico, não configurando, assim, crime de aborto.

Ainda no âmbito da legislação pátria acerca do tema em comento, em 1º de agosto de 2013, foi editada a Lei 12.845, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, em todos os hospitais integrantes da rede do SUS.

No tocante à previsão legislativa e a criminalização do crime de aborto, é forçoso dizer que se comete grave discriminação, uma vez que ao tratarmos do direito à vida tratamo-lo de forma isonômica, mas o que se depreende é que as mulheres têm seus direitos violados segundo seus recursos econômicos, de vivencia, de instrução, portanto, muitas são submetidas a procedimentos inseguros, o que lhes causa grave sofrimento e até mesmo a morte, conforme ensina Flávia Piovesan, Silvia Pimentel e Valéria Pandjiarjian.

4 OS DIREITOS DAS MULHERES SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

[7] Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Como já demonstrando em tópico anterior a proibição do aborto no ordenamento jurídico brasileiro é determinada pelo Decreto-Lei 2.848 (Código Penal) de 07 de dezembro de 1940, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária. Entretanto como é possível notar, principalmente pelo contexto histórico-temporal, a lei penal foi instituída ainda ao reflexo de uma sociedade regida pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937[8], bem como sob os reflexos do Código Civil de 1916, que dispunha, dentre suas normas, no art. 6, inciso II[9], a mulher casada como ser relativamente incapaz, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, infantilizando-a perante o Estado e ao próprio homem.

Como é possível notar o paradigma sobre o qual foi instituída a normatização penal pátria, ainda vigente, é moldado sob um governo autoritário, centralizador e desigual, conforme demonstra Ingo Wolfgang Sarlet (2013).

Ocorre que a Carta Magna de 1988 foi elaborada em cenário de redemocratização do país, expansão de direitos e garantias individuais, dentro de vieses de igualdade e liberdade, inclusive de gênero, que são contempladas pelo art. 5º do mesmo diploma, dentre outras normas que têm por objetivo implementar ideais mais democráticos, por sua vez menos autoritários e discriminatórios. Diante do cenário apresentado é possível vislumbrar a necessidade urgente da reforma no âmbito penal, para muito além das leis extravagantes posteriores a 1988.

No que diz respeito a problemática trazida pela presente pesquisa, qual seja a da legalização a da interrupção da gravidez, de maneira objetiva, em quaisquer hipóteses, se faz ainda mais urgente a reforma legislativa devido a observância dos argumentos que serão apresentados.

4.1 Problematização do Direito à Vida na Perspectiva da Legalização do Aborto

Como já mencionado em tópico anterior, o direito à vida está disposto como fundamental no texto da Constituição Federal de 1988(BRASIL, 1988), e é preservado

[8] A Constituição brasileira de 1937 foi apelidada de "Polaca" por ser outorgada à semelhança da Constituição da Polônia de autoria de Jozsef Pilsudsk, líder do golpe militar. Silva, Paulo Sérgio da. A "polaca. Disponível em: < http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/a-polaca>. Acesso em 05 agosto de 2016.

[9] Art. 6º, Código Civil de 1916. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

também por diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos[10] (1969).

O primeiro questionamento, dentre os que serão abordados, é o que se refere ao marco inicial da vida intrauterina, destacando-se que tal problemática não é recente. Existe vasta divergência conceitual sobre como deve-se determinar o início da vida e não apenas no âmbito da ciência jurídica, conforme já explicitado.

Nesta toada, na tratativa da discussão sobre a legalização do aborto a legislação civil adota a teoria concepcionista, destacando-se que existem autores adeptos da teoria natalista, como também já foi demonstrado.

Entretanto, a despeito da análise de qual teoria deve ser a mais adequada e de se reconhecer que o nascituro é portador de alguns direitos resguardados pelo ordenamento jurídico, a presente pesquisa considera razoável o que expõe Daniel Sarmento (2006b, p. 04), referente às fundamentação dos Tribunais Constitucionais, em âmbito mundial, sobre a tutela do direito à vida.

Conforme determina o autor supramencionado as Cortes Constitucionais, em países que se permite a prática abortiva, não ignoram o direito constitucional à vida do nascituro, porém entendem que o grau de proteção deve ser diferenciado quando comparados aos direitos das pessoas humanas já nascidas com vida. Desta forma, vislumbra-se a maior proteção do direito à vida da mulher.

O ordenamento penal pátrio (BRASIL, 1940) relativiza o direito à vida do feto, preferindo a proteção ao direito à vida da mulher, de maneira excepcional, quando não existir outro meio de salvar a vida da gestante, ou quando da ocorrência de estupro.

Embora o direito à vida do feto seja resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro e o aborto criminalizado, se faz necessária a reflexão sobre o direito à vida da mulher, que se perfaz prejudicado, principalmente em sua concepção de vida digna. A mulher deve ser reconhecida como sujeito pleno de capacidade jurídica e portadora de todos os direitos conferidos pelo ordenamento.

---

[10] Artigo 4, 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A proposta da presente pesquisa é incitar a necessidade urgente do discurso entre sociedade civil, que é extremamente plural, e o poder legislativo, como sustenta Maria José Rosado-Nunes (2006a, p.38). Vale ressaltar que o debate deve ser feito de maneira desvinculada de quaisquer argumentos religiosos, tendo-se em vista a laicidade do Estado[11] brasileiro, que pretende se firmar como democrático de direito.

4.2 Direito à Saúde e a Liberdade Reprodutiva

Conforme afirma Miriam Ventura (2004, p. 19), o conceito que envolve os direitos reprodutivos não é limitado apenas à proteção da reprodução, mas sim a interação entre de conjunto de direitos sociais e individuais visando a garantia da sexualidade e da reprodução humana, bem como destaca o status de direitos fundamentais de tais direitos reprodutivos.

Ainda de acordo com a autora supramencionada verifica-se a tratativa mundial sobre a questão, quando da referência ao documento de Pequim da IV Conferência Mundial da Mulher que realça a importância de se preservar a autodeterminação, igualdade e segurança sexual e reprodutiva das mulheres.

O mesmo documento da referida Conferência também prevê como orientação aos países que ainda proíbem a prática abortiva que revisem suas normas, tendo-se em vista que a proibição acaba por incentivar abortos ilegais e prejudiciais à saúde sexual e reprodutiva das mulheres.

Em consonância com o raciocínio demonstrado, é possível visualizar que imposição proibitiva da legislação penal brasileira, no que tange a prática do aborto, destaca a flagrante violação à liberdade individual da mulher, o desrespeito à sua dignidade e autonomia, bem como o desrespeito aos seus direitos reprodutivos, que são garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Conforme afirma Daniel Sarmento (2006b, p. 118) a sexualidade feminina e a autonomia reprodutiva da mulher devem ser abordadas e resguardadas de maneira condizente

[11] Sobre a temática referente a laicidade do Estado. GONÇALVES, Antônio Baptista. O Estado democrático de Direito laico e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa. Revista Direito Mackenzie. V. 6. 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5794/4210>. Acesso em: 10 set 2016.

com o viés democrático das normas constitucionais, devido ao fato do cenário axiológico e o paradigma normativo atual ser diverso daquele em face do qual foi criada a legislação repressiva, que mais uma vez destaca-se, necessita de urgente revisão.

4.3 Uma questão de saúde pública

Consoante a polêmica que envolve a temática é possível notar que a proibição normativa não inibe a ocorrência do aborto, apenas faz com que a prática ocorra de maneira clandestina e insegura principalmente para as mulheres que não têm condições financeiras de arcar com procedimentos que envolvam métodos adequados, como elucida Reinaldo Guimarães, Debora Diniz e Marilena Corrêa (2009).

Verifica-se que no Brasil a legislação referente ao aborto é extremamente rigorosa, levando a incriminação das mulheres que realizam a prática sem estarem sob o amparo da lei ou da jurisprudência. Entretanto, a mesma norma não leva em consideração o risco à morte e a saúde em geral dessas mesmas mulheres, tampouco as questões sociais que envolvem a questão, como por exemplo a desigualdade de gênero, dentre outras, conforme afirma Benedito Gonçalves Eugênio e outros (2011).

Neste mesmo sentido Lorena Ribeiro de Morais também informa que a penalização decorrente do aborto não protege a vida da mulher, ao contrário, destaca-se como a quarta causa de morte materna no cenário brasileiro e é reconhecido como grave problema de saúde pública.

Destaca-se que o alarmante cenário decorre, muitas vezes, em razão de métodos caseiros, ou clínicas clandestinas inseguras, não especializadas, às quais as mulheres recorrem, ocasionando hemorragias, infecções que levam à morte ou acarretam sequelas físicas e mentais permanentes. É possível vislumbrar, portanto, diante da polêmica apresentada, que existe grande violação do direito à vida, à saúde pública, e principalmente à dignidade das mulheres.

Passando-se à análise de custos estatais, em termos de saúde pública que envolve a problemática do aborto ilegal, conforme aduz Benedito Gonçalves Eugênio e outros (2011), constata-se que tal prática onera em demasia o sistema de saúde.

De acordo com os autores, mais de 50% das mulheres que recorrem ao aborto ilegal são internadas no sistema único de saúde em decorrência de complicações. Ainda se afirma que parte de tal recorrência poderia ser evitada, desde que a prática não fosse criminalizada e os medicamentos corretos e seguros fossem disponibilizados normalmente.

Diante do contexto é possível notar a necessidade de se tratar a ocorrência das práticas abortivas como questão de saúde pública, descriminalizando a prática. Tal deslocamento seria de todo mais benéfico para a população como um todo. Para as mulheres, que teriam seus direitos resguardados, e também para o Estado, principalmente no que diz respeito a economia de recursos públicos.

4.4 Violência do Estado: manutenção da gravidez indesejada

Outro ponto que se pretende trazer à reflexão refere-se a violência expressa mantida pelo poder estatal ao insistir na criminalização do aborto, que como já mencionado, decorre de norma cunhada sob a égide de uma Constituição não democrática.

Dentre a tipificação criminal do aborto trazida dentre os artigos 24 e 28 do Código Penal (BRASIL, 1940), a própria lei admite exceções, como já mencionado, permitindo que a mulher interrompa a gravidez sem que seja cometida conduta típica. Tomando como exemplo, a exceção da não tipificação do aborto como delito quando este decorrer de estupro, como determina o art.128, II do Código Penal de 1940.

Na exceção mencionada a justificativa para que a mulher possa cometer o ato abortivo, inclusive, em clínicas de saúde pública ou particular, de maneira regular e autorizada pela lei, é a de que a gravidez advém de um crime violento que acarretará impactos psíquicos e por muitas vezes físicos durante toda sua vida.

Desta forma, quando da leitura de passagens do inteiro teor da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54 do Distrito Federal (BRASIL, 2012) , de relatoria do ministro Marco Aurélio, nota-se que alguns argumentos esboçados no julgamento firmaram-se no sentido de que legislador pretendeu preservar a dignidade e a liberdade sexual da mulher, retirando a ilicitude do aborto quando decorrente de crime de

estupro, ainda que a vida do feto seja totalmente viável, embora não fosse esse o centro da discussão da referida ADPF.

Nesta mesma linha de pensamento é possível o seguinte questionamento, guardadas as devidas proporções: não estaria o Estado, ao criminalizar o aborto, impondo violentamente à mulher uma gravidez indesejada, que poderá também lhe causar danos psíquicos e físicos por toda a vida? A presente pesquisa entende que tal equiparação, em termos de violência seja possível, levando-se em consideração a força cogente das normas proibitivas, e a invasão do Estado face a dignidade e a liberdade da mulher no que diz respeito a manutenção de gravidez indesejada.

5 BREVE ANÁLISE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM CONTEXTOS INTERNACIONAIS

A normatização proibitiva da prática do aborto já não mais é realidade em alguns países ao redor do mundo. Será realizada breve análise desses contextos para demonstrar que os possíveis benefícios de tal contexto.

Como afirma Daniel Sarmento (2006b, p.120) “A partir da década de 60, o processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, dentre outros fatores, desencadearam uma forte tendência à liberalização da legislação sobre o aborto...”.

Neste sentido é possível notar que em alguns países como, por exemplo, Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Canadá, dentre outros, cada um adotando a dinâmica de legalização que melhor se adequa a sua estrutura normativa interna. Alguns dos países acima serão brevemente tratados a seguir, sem a pretensão de esgotar o tema.

Na Itália, o aborto passou a ser descriminalizado a partir de 1975, quando a Corte Constitucional do país declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do diploma penal, mas apenas nos casos em que acarretasse risco para a mulher, conforme aduz o autor supramencionado.

Foi apenas em 1978 que o legislador normatizou a legalização do aborto, determinando que a prática é possível até os primeiros noventa dias de gestação, quando a mulher tiver comprometida suas condições econômicas, sociais ou familiares, quando colocar em risco sua saúde física ou psíquica, dentre outras hipóteses (SARMENTO, 2006b). Verifica-se na legislação italiana a preservação dos direitos e garantias da mulher como pessoa, como sujeito de direitos.

Outro país que merece destaque para a questão da legalização do aborto é os Estados Unidos. Em 1973, ainda segundo Daniel Sarmento (2006b), a Suprema Corte Americana julgou o caso *Roe x Wade*.

Nesse cenário, por maioria entendeu a Suprema Corte que é direito da mulher decidir pela manutenção ou não de sua gestação, afirmando que a intervenção do Estado neste âmbito acarretaria danos à pessoa. Destaca-se ainda a passagem da decisão que afirma que continuidade de uma gravidez indesejada pode impor à mulher uma vida ou futuro infeliz.

Ainda sobre a questão, vislumbra-se que os ministros ainda determinaram os parâmetros a serem seguidos para realização do aborto, veja-se:

> No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício desse direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida 123 fetal extra-uterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe. (SARMENTO, 2006b, p. 122-123).

Outro destaque interessante refere-se a uma situação peculiar do aborto em auto mar. Países como dispõem de embarcações próprias que realizam tal prática de maneira legal, realizando a vontade de inúmeras mulheres, fora dos mares territoriais, sem invadirem a soberania de Estados em que tal ocorrência é criminalizada, conforme reportagem no sítio eletrônico de um dos navios, www.womenonweb.org.

Toda essa exposição sobre legislação permissiva e preservação dos direitos humanos e fundamentais das mulheres, demonstra, ainda mais, a urgência da revisão legislativa que deve se operar no Brasil.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho, diante da questão da proteção do direito à vida no ordenamento brasileiro e da polêmica sobre qual deve ser considerado o marco inicial de tal bem jurídico demonstrou que a tratativa não é harmônica, e ocupa várias áreas do conhecimento como religião, filosofia, biológica e jurídica.

Sem desprezar a relevância das outras ciências a pesquisa se atentou para a temática especificamente no âmbito dos estudos jurídicos e verificou que a legislação adota a teoria concepcionista, de proteção do nascituro desde a concepção, mas que também tal questão não é unânime, tendo-se em vista que renomados autores adotam teoria diversa, afirmando que o feto possui apenas expectativas de direitos, e só os terá quando de seu nascimento com vida.

Não obstante o direito à vida seja constitucional e internacionalmente garantido, com status de direito fundamental, a legislação brasileira o excepciona em determinados momentos.

Restou verificado, ainda que brevemente, que, a exemplo da excepcional previsão da pena de morte, o Estado prioriza a sua soberania em detrimento do direito à vida da pessoa humana, quando da ocorrência e guerra declarada. Também verificou-se a excepcionalidade de tal direito fundamental quando das hipóteses de permissão do aborto em caso de estupro, em caso de risco de vida para a mulher, e em âmbito jurisprudencial nos casos de fetos anencefálicos.

O presente estudo, partindo da consideração de que nenhum direito é absoluto, e de que o próprio Estado relativiza o direito à vida, realizou breve análise sobre a possível questão da legalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante da pesquisa realizada demonstrou-se que ao impor a manutenção de uma gravidez indesejada a legislação proibitiva, cunhada sob a égide de paradigmas não democráticos, acaba por violar direitos fundamentais das mulheres, como o próprio direito à vida, à liberdade, e a dignidade da pessoa humana.

Também foi possível verifica que a proibição normativa não impede a realização da prática abortiva, apenas fazendo com que ocorra de maneira clandestina e insegura, afetando, precipuamente, as mulheres de baixa renda, que não têm condições de arcar com os custos de procedimentos adequados.

Analisou-se ainda a legislação permissiva referente ao aborto em países como Itália, Estados Unidos e Portugal, e a opção pela garantia dos direitos das mulheres, em detrimento de imposições arbitrárias do Estado.

Finalmente, diante dos argumentos expostos o presente trabalho concluiu que existe urgente necessidade de revisão legislativa, de maneira democrática, sem influencias religiosas ou machistas, para que as mulheres tenham seus direitos constitucionais e legais efetivamente preservados, bem como a necessidade de a temática deixar o âmbito das ciências criminais para ser tratada como política de saúde pública, que deve ser prestada de maneira adequada pelo próprio Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2016.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.3040, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 2. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aborto: um problema ético da saúde pública. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aborto-um-problema-%C3%A9tico-da-sa%C3%BAde-p%C3%BAblica>. Acesso em: 10 set. 2016.

GONÇALVES, Antônio Baptista. O Estado democrático de Direito laico e a "neutralidade" ante a intolerância religiosa. Revista Direito Mackenzie. V. 6. 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5794/4210>. Acesso em: 10 set. 2016.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. Vol. II. 11. ed. Niteroi: Impetus, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIOVESAN, Flávia. PIMENTEL, Silvia. PANDJIARJIAN, Valéria. Aborto: Descriminar para não discriminar. Disponível em: <http://www.redemulher.org.br/aborto.html>. Acesso em: 20 de set. 2016.

ROSADO-NUNES, Maria José. Aborto, maternidade e dignidade da vida das mulheres. *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo, p. 23-42. 2006a. Disponível em: <http://catolicas.org.br/biblioteca/publicacoes/em-defesa-da-vida-aborto-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. atual. 2013.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo, p. 117-180. 2006b. Disponível em: <http://catolicas.org.br/biblioteca/publicacoes/em-defesa-da-vida-aborto-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Paulo Sérgio da. A “polaca. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/a-polaca>. Acesso em 05 ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 2009. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/publicacoes/populacao/40-direitos-reprodutivos-no-brasil>. Acesso em: 06 de ago. 2016.