



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULA SALES COUTINHO

**A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER E A DISPONIBILIDADE
RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO: A DECISÃO ACERCA DA
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO
CONTEÚDO DO CONCEITO “VIDA”**

Salvador
2016

PAULA SALES COUTINHO

**A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER E A
DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO:
A DECISÃO ACERCA DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ A
PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO CONCEITO
“VIDA”**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA SALES COUTINHO

**A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER E A
DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO:
A DECISÃO ACERCA DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ A
PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO CONCEITO
“VIDA”**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

A toda mulher que luta diariamente pelo direito de ser autora de sua própria história.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe e meu pai, que me apoiaram durante os momentos mais difíceis do curso de graduação, não me deixando desistir.

A meu irmão, pelo amor e amizade.

A meu namorado, pela paciência.

A meus colegas de faculdade, por me acompanharem durante esta árdua trajetória.

Aos funcionários da biblioteca, pelo zelo e disposição.

A professora Ana Thereza Meirelles, pela orientação atenciosa e dedicada.

Ao professor Roberto Gomes, pelo estímulo e atenção.

Ao professor Técio Spínola, pelo apoio e disponibilidade.

“Querer ser livre é também querer livres os outros”.
Simone de Beauvoir

RESUMO

Este trabalho possui como objetivo analisar a legislação que criminaliza a interrupção da gravidez, estudando-a a partir de uma visão ampla de todo o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente da Constituição Federal Brasileira de 1988. Para isso, realiza-se uma análise de princípios e preceitos constitucionais, contrapondo-os com a própria lei que trata o aborto como tipo penal. Primeiramente, analisa-se o conceito “vida”, tratando acerca da controvérsia no que diz respeito ao seu início, seja na medicina ou nas religiões, bem como acerca do seu caráter relativo quando analisado o ordenamento jurídico como um todo. Em seguida, com o intuito de viabilizar o estudo da autonomia reprodutiva da mulher, trata sobre a autonomia da vontade, o livre planejamento familiar, a disponibilidade relativa sobre o corpo e a dignidade da pessoa humana, princípio máximo do estado democrático de direito. Ao final, realiza-se uma análise acerca da construção do conteúdo do conceito “vida” e do seu automático preenchimento, pelo Estado, a partir do momento em que se criminaliza o aborto em qualquer fase da gestação. Por conseguinte, é abordada a laicidade do Estado brasileiro, criticando a utilização da teoria da concepção, pelo legislador, para reconhecer o início da vida humana. Para concluir, versa sobre a importância do preenchimento do conteúdo do conceito “vida” a partir de preceitos morais individuais e ideais religiosos próprios, oriundos, unicamente, da esfera privada da mulher, dispondo sobre a necessidade de reconhecimento da legitimidade da decisão da gestante no que diz respeito à continuidade ou interrupção da gravidez.

Palavras-chave: vida; autonomia reprodutiva; moralidade; descriminalização; aborto.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CF/88	Constituição Federal da República
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
HC	Habeas Corpus
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	15
2.1 O INÍCIO DA VIDA	17
2.1.1 A incidência dos argumentos médicos	19
2.1.2 A fundamentação religiosa	22
2.1.3 A proteção ao nascituro	24
2.1.4 A proteção ao embrião extracorpóreo	28
2.2 O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO À VIDA	33
2.2.1 O caráter relativo do direito à vida no âmbito constitucional	34
2.2.2 O caráter relativo do direito à vida no âmbito penal	35
3 AUTONOMIA E DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	40
3.1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA	44
3.2 A DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE	47
3.2.1 Autonomia reprodutiva e livre planejamento familiar	52
3.2.2 A interrupção da gravidez motivada por fundamentos pessoais e sociais	58
3.3 AUTONOMIA COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE	62
4 A DECISÃO ACERCA DA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO CONCEITO “VIDA”	67
4.1 A NECESSÁRIA GARANTIA DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ A PARTIR DA INFLUÊNCIA DE FUNDAMENTOS MORAIS INDIVIDUAIS.	73
4.1.1 A proteção ao exercício da liberdade religiosa	80
4.2 ABORTO INSEGURO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	83

5	CONCLUSÃO	93
6	REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho versa acerca da autonomia reprodutiva da mulher no que diz respeito à possibilidade de interrupção da gravidez a partir do preenchimento do conteúdo do conceito “vida”. O problema de pesquisa gira entorno da ilegitimidade, por parte do Estado, em punir a interrupção da gestação em qualquer que seja a sua fase, cerceando a liberdade das mulheres. Será tratada, portanto, a importância e necessidade de que a interrupção da gestação pressuponha conceitos morais individuais, oriundos unicamente da esfera privada da gestante.

O aborto e sua legalização sempre foram temas polêmicos, sobretudo em países como o Brasil, majoritariamente religiosos. Diante de sua controvérsia, o debate acerca da descriminalização do aborto perpassa por diversas esferas: ética, moral, bioética, jurídica. É o fundamento religioso, porém, o que traz mais óbices à possibilidade de escolha da mulher no que diz respeito à interrupção de sua gestação, apresentando como parâmetro para tanto, a ideia da vida como um dom divino e sagrado.

A Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 5º, a liberdade de crença religiosa, além de proteção e respeito às suas manifestações, qualificando o Brasil, portanto, como um estado laico. É notório, porém, o fato de que a laicidade do Estado brasileiro subsiste apenas no âmbito teórico, não garantindo, com efetividade, a proteção ao exercício da liberdade religiosa de cada indivíduo. A tipificação do aborto como crime sob o fundamento latente de sacralidade do dom da vida considera-se uma afronta aos direitos inerentes à democracia, mascarando, dessa forma, a imposição de dogmas religiosos à esfera privada da mulher.

O desrespeito à garantia constitucional da liberdade religiosa não é o único parâmetro de fundamentação utilizado em discursos favoráveis à descriminalização da prática do aborto. Deveras, é inadmissível que as leis de um estado laico sofram influência de determinada religião, sendo essa, porém, somente uma das diversas violações ao Ordenamento Brasileiro decorrentes da tipificação do aborto como crime.

A reprovação moral do aborto é um direito pessoal diretamente ligado à liberdade de pensamento e convicção. Tornar a conduta criminosa, entretanto, é interferir na esfera privada de outrem, promovendo a imposição de conceitos e valores, prática que não

se coaduna com a própria existência do ser humano como um indivíduo livre e autônomo. A autonomia da vontade traduz o reconhecimento de um direito individual de agir de acordo com os próprios interesses, limitando-se, todavia, à liberdade de terceiros. Em verdade, todo ser humano que se encontre em pleno gozo de suas faculdades mentais tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo do modo que julgue conveniente, ressalvados os direitos de outrem, não cabendo ao Estado, salvo em raras exceções, a interferência no exercício desse direito.

Todavia, imprescindível para a validade do ato é verificar se o exercício da liberdade de escolha configura-se como uma ação autêntica. Em se tratando de um ato desprovido de vícios e inteiramente espontâneo e genuíno, a intervenção do Estado deve ser limitada ao desenvolvimento de mecanismos capazes de proporcionar ao indivíduo a perfeita consciência das consequências dos atos por si praticados, mas jamais interferir em sua escolha, sobretudo quando a decisão não possui o condão de afetar a esfera de terceiros.

Ademais, a discussão acerca da descriminalização do aborto perpassa por questões que vão além do direito material em si, sendo a sua tipificação como crime um indício de ineficácia da legislação penal. Ora, se o efeito jurídico pretendido pela norma for inalcançável, não há efetividade possível, e é exatamente o que ocorre quando analisado o aborto como conduta criminosa. A norma penal que criminaliza o aborto não implica em concretização do comando normativo no mundo dos fatos, acarretando em um grave problema de saúde pública.

Não se classifica um problema como sendo de saúde pública se ele não tiver ao menos dois indicadores. Primeiramente, não pode se tratar de fatos que aconteçam de forma rara, sendo necessário, ainda, que cause impacto para a saúde da população. Esses dois critérios são preenchidos na questão do aborto no Brasil. Faz-se mister salientar, ainda, a diferença existente entre aborto clandestino e inseguro. O aborto clandestino não é necessariamente inseguro, podendo ser realizado em clínicas clandestinas com totais condições de higiene e médicos treinados. Logicamente, apenas quando a gestante possui condição financeira para tanto. Não obstante a prática do aborto por mulheres de diferentes classes sociais, as diferenças, mais uma vez, encontram-se no fato de que, quanto mais pobre a mulher, mais riscos ela corre por conta dos métodos aos quais tem acesso. Diante disso, o sistema captura apenas algumas mulheres, quais sejam as que necessitam se submeter à

saúde pública após um procedimento inseguro, refletindo um nítido retrato do recorte socioeconômico.

Outrossim, necessária apenas uma análise superficial do ordenamento jurídico brasileiro para verificar a existência de contradições oriundas do próprio sistema legal. Ao tipificar o aborto como crime, a legislação penal passa a deslocar o nascituro do Código Civil, que somente será dotado de personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, para a condição de pessoa no Código Penal, concedendo a esse tal status em detrimento dos interesses e discernimento da mulher.

Isto posto, pode-se afirmar que tratar a respeito da descriminalização do aborto é tratar da mulher como titular de direitos diversos. O aborto como tipo penal mascara um fundamento eminentemente religioso, violando a garantia constitucional ao exercício de liberdade religiosa em um Estado Laico e demais preceitos oriundos de um Estado Democrático de Direito. Ademais, permitir que o Estado interfira de modo tão drástico na esfera individual da gestante é ignorar a existência do princípio da autonomia da vontade e a possibilidade de dispor sobre o próprio corpo. A tipificação do aborto também vai de encontro à princípios gerais dos direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a exemplo do direito à dignidade e à saúde. Portanto, discutir acerca da legalização do aborto é garantir a eficácia dos direitos da mulher.

A relevância do tema se torna ainda mais contundente quando se passa a reconhecer o aborto como uma questão de saúde pública, sendo o abortamento clandestino uma das maiores causas da morte materna no país. Tipificar um ato como crime não coíbe a sua prática, não podendo o Estado deixar de cumprir sua função de controle social, principalmente no que diz respeito à adoção de medidas capazes de reduzir a taxa de mortalidade feminina. Como se trata de prática clandestina, difícil sua exata quantificação. Não obstante esse fato, a Organização Mundial de Saúde (OMS) aponta o Brasil como recordista mundial em abortos provocados, ratificando a ideia de que a sua criminalização não importa em efetividade. Ademais, as consequências práticas de um aborto clandestino atingem, sobretudo, as mulheres de baixa renda, trazendo à baila o debate acerca da eficácia dos direitos e sua relação direta com a capacidade financeira de seus titulares.

2 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Direito à vida consiste em uma garantia constitucional prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo compreendido, majoritariamente, como o mais importante direito fundamental, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.

A existência humana é o pressuposto primordial de todos os direitos proclamados pelo constituinte. Não faria sentido consagrar quaisquer outros direitos, se, previamente, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-los.¹

Segundo a Constituição², “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[...]”

De acordo com Paulo Roberto de Figueiredo Dantas³, por estar inserido no caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, trata-se o direito à vida não apenas de uma garantia individual, mas de uma cláusula pétrea, sendo protegido pelo artigo 60, §4º, inciso IV, não havendo que se falar, portanto, em qualquer tipo de emenda tendente a suprimi-lo. Dito isso, veda-se qualquer emenda à Constituição que objetive restringir, ainda que minimamente, o direito à vida humana, não sendo legítima, portanto, a permissão constitucional ao aborto ou a instituição de pena de morte.

Maria Helena Diniz⁴ preleciona que o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, configura-se como uma condição ao exercício dos demais direitos da personalidade, estando acima de qualquer lei, sendo, ainda, inatingível a atos do Poder Público e devendo ser protegido até mesmo contra o seu titular, por se tratar de um direito irrenunciável e inviolável.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental de natureza individual, diretamente ligado ao exercício da autonomia pessoal de cada indivíduo, no âmbito da qual esse

¹ SEGADO, Francisco Fernandez. **EL sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1997, p. 210

² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45

possa desenvolver suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferências oriundas do Estado ou de um particular.

Segundo Dirley da Cunha Jr⁵, “o direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante.”

A discussão acerca desta garantia é de extrema importância para o presente estudo, precipuamente no que diz respeito ao seu significado e conseqüente alcance. Não obstante o reconhecimento majoritário da primazia do direito à vida, ratificado pela própria Constituição Federal, ao explicitá-lo, no caput do art. 5º, em primeiro lugar, e, portanto, anteriormente ao direito à liberdade, igualdade, segurança, e propriedade, necessário que se discuta a extensão desse direito.

O preceito constitucional não apenas enfatiza a importância do direito à vida, mas o dever do Estado de agir para preservá-la, em si mesma, e com determinado grau de qualidade.⁶

Nesse sentido, o direito à vida encontra-se diretamente vinculado aos direitos à integridade física, ao descanso, à saúde, moradia, alimentação adequada, dentre outros serviços sociais indispensáveis.

Como já explicitado alhures, essa garantia deve ser reconhecida em sua dupla acepção, estando a primeira relacionada ao direito de defesa da própria existência do indivíduo, e a segunda relacionada à titularidade de uma vida digna. O que se vem observando, entretanto, é a contundente defesa, pelo Estado, da primeira acepção, em detrimento da segunda. A dignidade da pessoa humana resta olvidada, na medida em que se busca, tão somente, tutelar a mera existência dos cidadãos.

⁵ CUNHA JR, Dirley da. **Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 663

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

2.1 O INÍCIO DA VIDA

Para tratar acerca do direito à vida, e, até mesmo do direito de permanecer vivo, imprescindível analisar a partir de que momento determinado organismo passa a ser considerado como um ser vivo.

Portanto, não há que se falar em possibilidade de interrupção da gestação sem que se trate do momento em que a vida se inicia. O estudo da vida e o debate relativo ao momento em que essa passa a existir é precípuo para a conclusão sobre uma possível legitimidade na decisão da mulher que opta por interromper a sua gravidez.

Entretanto, chegar a um conceito fechado sobre o que é, de fato, vida, e a partir de que momento determinado organismo pode ser considerado como um ser vivo parece ser tarefa impossível, vez que esse debate é influenciado por valores éticos, religiosos, políticos e morais.

Ninguém é capaz sequer de explicar o que é a vida. Esse questionamento, inclusive, por mais de 2 mil anos, foi motivo de inquietação por alguns filósofos, que tentavam a todo custo encontrar uma maneira de determinar o conceito da expressão. Atualmente, verifica-se a forte influência da ciência no que diz respeito ao preenchimento do conteúdo do conceito “vida”. Expressões como “proveta” e “manipulação genética” são cada vez mais usadas cotidianamente pela sociedade. O questionamento acerca do que se trata a vida e o momento em que ela se inicia é uma polêmica que passa a guiar a sociedade em que vivemos e ainda vamos viver. A resposta sobre o momento em que a vida de um indivíduo se inicia é imprescindível para que se chegue a uma conclusão se o aborto é ou não crime, e se é ética a manipulação de embriões humanos, ainda que para fins de pesquisas científicas que visem a cura de doenças, por exemplo.⁷

Segundo Alberto Silva Franco, para que se determine o conceito de começo de vida, imprescindível que se afaste de argumentos de crença, aos quais a razão não tem acesso. Para tanto, necessário que se analise as inovações tecnológicas no que diz respeito à novas técnicas de reprodução humana, bem como a precocidade do

⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.13

diagnóstico pré-natal, as transformações sociais, tais como a fragmentação da família, a inserção da mulher no trabalho, o precário apoio popular para o cuidado e educação das crianças, e, ainda, o pensamento feminista, o qual põe em destaque a importância que representa, para a mulher, a tutela de seu próprio corpo.⁸

Em uma análise fenomenológica do aborto, o questionamento acerca do início da vida humana é inviável de ser decidido com bases irrefutáveis. Tão difícil quanto é determinar o momento em que começa a pessoa, se é que esta distinção entre a vida humana e a vida pessoal tem alguma relevância no caso.⁹

Existem cinco argumentos que impedem ter certeza científica de que desde a fertilização há pessoa. Em primeiro lugar, há que se chamar a atenção para o fato de que a grande maioria dos zigotos não se implanta no útero, seria possível, então que a natureza desperdiçasse tantas pessoas ao eliminar tantos zigotos? Antes da nidação não existe individualização, e sem individualização não há que se falar em pessoa. Para que haja pessoa, necessária a presença de informações genéticas que ainda não se encontram presentes no zigoto. Entre o zigoto e a pessoa futura não existe relação física contínua, como da potência ao ato, porque o zigoto sozinho é potência, mas não passará a ser ato sem as características físicas e fisiológicas. Ademais, o processo de zigoto para a pessoa futura não é contínuo físico, senão um desenvolvimento em continuidade, visto que no período inicial do desenvolvimento embrionário, sucedem importantes mudanças qualitativas no feto.¹⁰

Isto posto, há o entendimento de que o caráter de “pessoa” só é dado à aquele que se separou do corpo da mãe, ou seja: nasceu.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal¹¹ o termo “nascido” é utilizado para designar o feto já separado do corpo da mãe.

No mesmo sentido, é o entendimento de Washington de Barros Monteiro¹², que entende que “ainda não terá nascido enquanto permanecer ligado ao cordão

⁸ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 662/664

⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.20

¹⁰ *Ibidem*, p. 23

¹¹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 300

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59

umbilical”, defendendo, ainda, em sua particular visão, que o critério primordial para determinar o nascimento com vida é o corte do cordão umbilical.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹³, ocorre o nascimento a partir do momento em que a criança é separada do ventre da mãe, não importando, para tanto, que o parto tenha sido natural ou realizado mediante intervenção cirúrgica ou com o auxílio de recursos obstétricos. O que configura essencialmente o nascimento é o desfazimento do que se chama “unidade biológica”, de forma a constituírem a mãe e o filho dois corpos, cada um com vida própria, ainda que não haja o rompimento do cordão umbilical. Para afirmar que se nasceu com vida, entretanto, é imprescindível que tenha havido a respiração do bebê. Se esse respirou, viveu, ainda que tenha perecido logo em seguida.

2.1.1 A incidência dos argumentos médicos

Em regra geral, pode-se afirmar que o início do direito à vida está intimamente relacionado a uma questão biológica.

Segundo Genival Veloso de França¹⁴, o espermatozoide depositado no canal vaginal, ao encontrar o óvulo, fecunda-o, formando o ovo, que seria a unidade primeira da vida. No terço proximal da tuba uterina, este se desenvolverá até se transformar no blastócito, a partir disso, em um espaço aproximado de oito dias, chegará até o útero para a nidação.

Maria Helena Diniz¹⁵ preleciona que o surgimento da vida humana ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, fato que origina o zigoto. A partir disso, tudo o que acontecerá com o feto estaria resumido a meras transformações morfológicas, já que, em sua concepção, a vida humana se inicia com a fecundação.

Ante as divergências e posições polêmicas acerca do tema, importante tecer algumas considerações referente às principais teorias, utilizadas pela medicina, para discorrer sobre o início da vida humana. São elas a teoria concepcionista, a teoria da nidação,

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. I, 28ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 186

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**, 9 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2012, p. 281

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50

a teoria da embriologia, a teoria da implementação do sistema nervoso central, bem como a teoria ecológica.

A teoria concepcionista defende a existência da vida humana a partir do encontro do óvulo e do espermatozoide, ou seja, no momento da fecundação ou, em termos similares, concepção. Para os adeptos desta teoria, portanto, a mera junção das células reprodutivas masculina e feminina tem como consequência o início da vida da pessoa, não sendo levados em consideração os aspectos estruturais do embrião e os estágios de seu desenvolvimento. Isto posto, ainda que a célula embrionária se encontre em seu momento inicial e primitivo e independentemente de sua capacidade de vir a se desenvolver, restará configurado o início da vida.¹⁶

Para os que adotam a teoria concepcionista, portanto, a fertilização *in vitro* seria considerada como algo inaceitável, ao passo que envolve a união de gametas femininos e masculinos de forma artificial, acarretando, inclusive, na morte de alguns embriões. Esta é, como veremos a seguir, a diretriz atual em que se baseia o ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da nidação, por sua vez, exige a fixação do óvulo no útero materno, para que haja, de fato, vida, pois é o útero materno o ambiente que permitirá o crescimento e desenvolvimento do feto. Isto posto, o início da vida se daria apenas a partir do momento da implantação (nidação), vez que é a partir daí que o ovo adquire viabilidade, determinando o estado gravídico da mulher.¹⁷ Segundo essa teoria, não seria viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe.¹⁸

O critério adotado por essa teoria para determinar o início da vida respalda-se no fato de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher.¹⁹ Afinal, não há evidências científicas que dispensem a necessidade do corpo feminino para gerar um indivíduo.²⁰

¹⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 133

¹⁷ *Ibidem*, p. 147

¹⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 24

¹⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.118

²⁰ *Op cit*, p. 148

Na visão da embriologia, a vida humana teria início a partir da 3ª semana de gravidez, quando se estabelece a individualidade. Isso porque, até os doze dias posteriores à fecundação, o embrião ainda teria a capacidade de se dividir, originando, futuramente, duas ou mais pessoas.²¹

Há que se falar, ainda, da teoria da implementação do sistema nervoso, esta, por outro lado, exige, para que se considere um organismo como ser vivo, que surjam os elementos que, posteriormente, formarão o sistema nervoso central. Sob a visão neurológica aplica-se, portanto, o mesmo princípio para a morte e para vida. Isto posto, se o fim da vida ocorre quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela se inicia quando o feto apresenta atividade cerebral similar à de uma pessoa. Entretanto, resta a problemática acerca de que data se iniciam esses sinais cerebrais, não havendo consenso entre os profissionais de saúde quanto a este ponto.²² Segundo essa teoria, portanto, a consideração do que é, de fato, vida, vai além da individualidade genética, sendo imprescindível que se apresente no feto alguma característica exclusivamente humana.²³

A visão ecológica, por sua vez, defende a ideia de que o início da vida encontra-se intimamente ligado à capacidade de viver fora do útero, tornando-se, aquele ser, completamente independente da mãe. Isso acontece aproximadamente a partir da vigésima quarta semana de gestação, momento em que os pulmões do feto já estão formados, possibilitando a sua sobrevivência fora do ventre materno.²⁴

Não obstante as vastas divergências doutrinárias sobre o momento em que, deveras, se inicia a vida, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro protege os pré – embriões da mesma forma em que tutela a vida humana, concedendo-lhes, portanto, caráter idêntico.²⁵

²¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.

²² *Ibidem*, p. 148

²³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 427

²⁴ SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. **As pesquisas com células-tronco embrionárias: O direito à Vida Digna ou o Direito à Dignidade do Embrião In vitro?** Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/522/513>>. Acesso em 28 out 2016.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 629

2.1.2 A fundamentação religiosa

Como já mencionado em notas introdutórias, os fundamentos religiosos são radicalmente utilizados para reprová-la conduta de qualquer mulher que opte por interromper sua gestação. Necessária, portanto, a discussão acerca destes argumentos, a começar pela premissa defendida pela Igreja Católica.

Para tratar do início da vida, a teoria adotada pela Igreja Católica é a teoria da concepção, teoria essa que consiste em defender a existência da vida humana desde o momento ou ato de conceber (no útero).²⁶

A ideia difundida por esta instituição quanto a moralidade do aborto é expressa e taxativa. Os argumentos apresentados em documentos oficiais da Igreja pressupõem uma posição firme e imutável acerca da condenação do aborto.

A reprovação da decisão relativa a interrupção da gestação baseia-se num dogma de fé, segundo o qual a vida humana possui um caráter de sacralidade, por ser um dom divino, concebido aos homens por Deus. Segundo o Papa Paulo VI²⁷, "cada ser humano, também a criança no ventre materno, recebe o direito de vida imediatamente de Deus, não dos pais, nem de qualquer sociedade ou autoridade humana".

Os documentos emanados das igrejas brasileiras seguem a mesma tese difundida pelos papas e pelo Vaticano. Defende-se, portanto, a sacralidade do dom da vida, aduzindo, via de consequência, a ilegitimidade de qualquer ato capaz de interrompê-la. Em documento de 1984, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) propõe:

Por ser supremo dom natural de Deus, toda vida humana deve ser preservada desde o primeiro instante da concepção, sustentada, valorizada e aprimorada. São inaceitáveis, como atentados contra a vida humana, o aborto diretamente provocado, o genocídio, o suicídio, a eutanásia, a tortura e a violência física, psicológica ou moral, assim como qualquer forma injusta de mutilação.²⁸

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 426

²⁷ Papa Paulo VI. In: **Sedoc**. Petrópolis, Vozes, 1973; p.1034-1036.

²⁸ CNBB. Ata nº 10 da 22ª Assembleia Geral da CNBB (25.04-04.05.84) sobre a defesa da vida, Comunicado Mensal da CNBB, 1984. Disponível em: <<http://www.pscjms.org.br/documentos-cnbb/275-doc-36-cnbb-declaracao-pastoral>> Acesso em: 10 maio 2016

Entende a Igreja Católica que, do mesmo modo que o homem não tem o domínio ilimitado sobre o seu corpo, também não o tem sobre suas aptidões sexuais, as quais remetem, por sua própria natureza, à geração da vida, da qual Deus é fonte.

Portanto, a interrupção direta dos processos gestacionais já iniciados e, acima de tudo, o aborto direto, ainda que praticado por razões terapêuticas, devem ser absolutamente rejeitados como meios legítimos de controlar o nascimento de crianças. Digna de idêntica condenação é a esterilização direta, seja do homem ou da mulher, permanente ou temporária. Igualmente reprovável qualquer ação que vise, antes, durante ou depois da relação sexual, evitar a procriação – como fim ou como meio.²⁹

Para o judaísmo, o início da vida se dá apenas a partir do 40º dia contados a partir da fecundação, momento em que o feto começa a adquirir forma humana, antes deste momento, portanto, não se criminaliza a interrupção da gestação. A partir deste pensamento, o judaísmo não encontra óbices às pesquisas com células tronco e ao aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a gestante ou é decorrente de um estupro.³⁰

Segundo o Islamismo, o início da vida se dá quando a alma é soprada por Alá no feto, fato que ocorre aproximadamente 120 dias após a fecundação. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos tendem a aceitar a prática, principalmente quando há risco de vida da gestante. Tendem, ainda, a apoiar os estudos com células tronco embrionárias.³¹

O hinduísmo, por sua vez, condena a interrupção da gravidez, com exceção à hipótese em que a mãe corre risco de vida, isso acontece pois a religião hinduísta reconhece que a alma e a matéria já se encontram presentes no momento da fecundação, sendo esse, portanto, o momento em que a vida se inicia. Em se tratando do tema “aborto”, os hinduístas tendem a escolher a ação que menos prejudique a todos os envolvidos naquela determinada situação, passando a analisar, portanto, a

²⁹ Of human life: Encyclical Letter of Pope Paul Vi (Londres: Catholic Truth Society, 1970) p. 14-15. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/en/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html> Acesso em: 10 maio 2016

³⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.

³¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.15

mãe, o pai, o feto e a sociedade. Desse modo, em regra, são contra a interrupção da gestação, exceto nos casos em que se coloca em risco a vida da mãe.³²

Segundo a religião budista, a vida deve ser considerada como um processo contínuo e ininterrupto. Essa não se inicia na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe, inclusive nas plantas, animais e, até mesmo, na água. A ideia defendida pelo budismo consiste no fato de que os seres humanos são apenas uma forma de vida dentre as diversas outras existentes.³³

Para o espiritismo, a união entre o corpo e a alma também se dá no momento da concepção, mas só se completa quando ocorre o nascimento. Deste modo, o aborto é considerado reprovável e incompatível com as leis de Deus, posto que interrompe uma existência espiritual de se iniciar, ou seja: impede a alma de suportar as provas das quais o corpo deveria ser o instrumento.³⁴

Verifica-se, portanto, que todas as religiões convergem no que diz respeito ao absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, entretanto, na concepção do que se trata a vida propriamente dita e na maneira como o valor intrínseco dessa há de ser desenvolvido e potencializado.³⁵

2.1.3 A proteção ao nascituro

Em se tratando da proteção jurídica ao nascituro, faz-se mister analisar, primeiramente, de que se trata, e em que momento se inicia a personalidade jurídica, ou seja: em que etapa da vida determinado indivíduo passa a ser, de fato, titular de direitos.

³² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 16

³³ *Ibidem*. p. 15

³⁴ KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**. São Paulo: Petit Editora, 2008, p. 62, 153-154.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord). PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2007, p. 67

Nos dizeres de José Sebastião de Oliveira e Meire Cristina Queiroz³⁶, necessário que se tenha em mente a noção clara de personalidade civil e o momento em que essa se inicia, pois é a partir deste momento que a pessoa adquire direitos e, conseqüentemente, contrai obrigações.

Não há dúvida que os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, que os põe a salvo desde a concepção, e, ainda, pela legislação penal, tendo em vista a existência de punição ao aborto em sua maioria de hipóteses. Não se pode deixar de analisar, entretanto, a diferença entre titularizar direitos e possuir expectativa de direito, estando o nascituro enquadrado nesta segunda circunstância.

Mas em que consiste, de fato, a personalidade jurídica?

Para Mariana e Melissa Zani Gimenez³⁷ direito da personalidade é aquele inerente à pessoa humana, que deve ser desenvolvido desde o ventre materno e que, posteriormente, passa a ser protegido pelo Poder Público.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,³⁸ o termo “personalidade” encontra-se intimamente ligado ao termo “pessoa”. Torna-se pessoa todo aquele que nasce com vida, adquirindo, portanto, personalidade. Essa é, então, uma qualidade inerente ao ser humano, podendo ser caracterizada como a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações. Entende-se a personalidade, portanto, como um pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁹ prelecionam que a ideia de personalidade jurídica vai além de, simplesmente, ser titular de direitos e obrigações, estando diretamente ligada a eficácia dos direitos propriamente ditos. Segundo esses doutrinadores, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa, a qual

³⁶ OLIVEIRA, José Sebastião; QUEIROZ, Meire Cristina. **A tutela dos direitos do nascituro e o biodireito**. Disponível <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/11_37_8.pdf>, p. 498 Acesso em: 17 maio 2016

³⁷ GIMENEZ, Mariana Zani e Melissa Zani. Educação: um direito de personalidade da criança e do adolescente. In: FROÉS, Carla Baggio Laperuta; TOLEDO, Sarah Caroline de Deus; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (Coords.) **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das famílias: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1 ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2013. p. 259

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94

³⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte geral e LINDB**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 169

lhe permite reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, imprescindível ao exercício de uma vida digna.

Destarte, a personalidade jurídica não mais pode se enquadrar na ideia pura e simples de aptidão para ser titular de direitos. Muito mais que isso, concernente ao valor máximo da dignidade humana, essa diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de direitos e garantias fundamentais reconhecidos aos indivíduos para que possam viver dignamente.

Considerando a ausência de clareza do dispositivo civil que trata acerca do início da personalidade jurídica, três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro, enxergando-a sob diferentes prismas. São elas a teoria natalista, teoria condicionalista ou da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

Os adeptos da Teoria Natalista entendem que o nascituro não se caracteriza como um ser dotado de personalidade jurídica, defendendo a ideia de que a personalidade civil somente pode ser adquirida a partir do nascimento com vida. Segundo esses, o nascituro não seria titular de direitos, possuindo, apenas, mera expectativa de direito. Nascendo com vida, adquirirá personalidade jurídica, passando a ser titular de direitos e deveres em sua plenitude.⁴⁰

Para os adeptos dessa teoria, a personalidade civil começa do nascimento com vida, isso porque só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher.

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhece o nascituro como uma pessoa condicional, na medida em que a sua personalidade encontra-se submetida ao eventual nascimento com vida. Deste modo, a aquisição da personalidade acha-se sob uma condição pendente para a sua implementação. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho⁴¹ sustenta que “a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.

⁴⁰ ARAUJO. Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 224.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145

Do mesmo modo, Arnaldo Wald⁴² preleciona que a proteção concedida ao nascituro se explica pela sua própria personalidade condicional, que ocorre, em sua plenitude, a partir do nascimento com vida, extinguindo-se, por outro lado, nas hipóteses em que o feto não alcança o viver.

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se isso ocorre, dá-se a aquisição. Em contrapartida, caso não haja o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deveria ocorrer se ao nascituro fosse reconhecida uma personalidade ficta. Em casos como tais, não há, sequer, a aquisição de direitos.⁴³

Por fim, a teoria concepcionista, inspirada pelo Direito francês, entende o nascituro como um ser dotado de personalidade jurídica, afirmando ser essa adquirida a partir do momento da concepção.

Maria Helena Diniz⁴⁴ entende que “O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica”.

É de se observar, entretanto, que essa personalidade apenas confere ao nascituro aptidão para titularizar direitos da personalidade, vez que os direitos patrimoniais ainda estariam sujeitos ao nascimento com vida. A partir dessa teoria, então, entende-se que, desde o momento da concepção, o nascituro é dotado de personalidade jurídica, não havendo que se falar, portanto, em expectativa de direito ou sequer condição suspensiva.

Silvio Rodrigues⁴⁵, tratando do nascituro, explica que a lei não lhe concede personalidade jurídica, a qual só lhe será concedida nos casos em que venha a nascer com vida. Entretanto, dada a probabilidade de nascimento com vida, serão preservados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, os seus interesses futuros, sendo

⁴² WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral**, 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 118.

⁴³ LOPES, Miguel Maria da Serpa. **Curso de Direito Civil – Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. 9 ed. V 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 289-290.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.113.

⁴⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.36

adotadas medidas para resguardar direitos que, muito provavelmente, serão em breve seus.

Independentemente da teoria adotada, a ideia que prevalece entre os doutrinadores brasileiros é aquela de que o nascituro possui direitos desde a sua concepção, seja na forma de expectativa tutelável, segundo a teoria natalista, seja na forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicionada, ou de forma plena, segundo a teoria concepcionista.

2.1.4 A proteção ao embrião extracorpóreo

Como já explicitado durante breve explanação acerca das teorias utilizadas pela medicina para tratar sobre o início da vida, não há consenso acerca do momento em que esta se inicia. Portanto, em se tratando do embrião, faz-se mister salientar que também recai sobre ele um grande questionamento bioético. Do que se trata o embrião? Poderia ser ele considerado como coisa? E como ser humano? Verifica-se que a lei protege o nascituro, garantindo-lhe a salvaguarda de seus possíveis direitos, mas será que é possível falar em estender esta proteção ao embrião?

Segundo lições de Celso Bastos e André Ramos Tavares, não há empecilhos para que o direito confira aos pré-embriões a mesma proteção que confere à vida humana. Trata-se muito mais de uma opção política. É imprescindível, entretanto, que essa opção não seja revestida de caráter arbitrário, devendo encontrar alguma justificativa que legitime a norma a ser editada, justificativa essa que tem de estar de acordo com os interesses da sociedade.⁴⁶

Eduardo de Oliveira Leite entende que o embrião, em qualquer que seja a fase de concepção, seja ela in vivo ou in vitro, deve ser protegido. O embrião é, portanto, sujeito de direito, tendo o seu caráter de pessoa reconhecido desde a fecundação.⁴⁷

Divergente é o pensamento de Antonio Junqueira de Azevedo, que defende a tese de que o embrião pré implantatário não deve ser considerado como pessoa, já que lhe

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 69

⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** Revista de Direito Civil, nº 78, out/dez. 1996. p. 35

falta o fluxo vital contínuo, que só é adquirido a partir da fase da nidação. Esse fato, porém, não impede que o embrião tenha a sua dignidade preservada, devendo ser oferecido limites à pesquisas científicas que envolvam o seu material genético.⁴⁸

Para que se trate da proteção ao embrião extracorpóreo no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível tecer algumas considerações acerca da Lei de biossegurança (Lei nº 11.105/05), que prevê, em seu art. 5º:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizadas no respectivo procedimento, se atendidas as condições:

I – sejam embriões inviáveis;

II – estejam criopreservados há 3 anos ou mais a contar da data da publicação da lei;

§1º é necessário o consentimento dos genitores ;

§2º os projetos que envolvam utilização de células-tronco embrionárias devem submeter-se à apreciação e aprovação dos respectivos Comitês de ética em pesquisa;

§3º é vedada a comercialização do material biológico a que se refere esse artigo, implicando a sua prática em crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434/97.⁴⁹

A lei sob comento trouxe em seu cerne questões bastante controversas, resgatando o debate a respeito da origem da vida humana e a maneira através da qual deve ser tratada a sua primeira manifestação, que é, indubitavelmente, o embrião.⁵⁰

São diversos, portanto, os questionamentos acerca da constitucionalidade da lei de biossegurança, tendo como principal fundamento o fato de que essa fere os direitos fundamentais do embrião, quais sejam a vida e a dignidade, ambos protegidos pela Carta Magna do país.

Não se pode negar o fato de que os argumentos contrários à utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas tem sua origem, claramente, em preceitos religiosos. Como já mencionado anteriormente, durante breve relato acerca dos fundamentos religiosos, a Igreja Católica acredita que a vida humana se inicia no momento da fecundação, sendo a crítica às pesquisas em células tronco embrionárias

⁴⁸ AZEVEDO. Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: RT. v. 797, mar. 2002, p. 20-21

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 11.105. Art. 5º. Brasília. 24 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 06 ago 2016.

⁵⁰ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251

baseada nos mesmos preceitos religiosos utilizados para recriminar a prática do aborto.

Não se deve, em hipótese alguma, desmerecer as crenças de qualquer pessoa. Entretanto, em se tratando o Brasil de um Estado laico, não há que se falar em qualquer fundamentação religiosa para a criação ou rejeição de determinada lei. Os preceitos religiosos devem se limitar ao âmbito individual e, no espaço público, não de prevalecer as razões da ciência e do direito.

Há que se falar, inclusive, que, quando promulgada, a Lei de Biossegurança teve a íntegra do seu art 5º como objeto de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República Claudio Fonteles. Insurgiu-se o Procurador, especificamente, contra a permissividade acerca da utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidas através do procedimento da fertilização in vitro. A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 foi sustentada, basicamente na tese de que “a vida humana se origina no momento da fecundação”, isto posto, a lei de biossegurança representaria uma afronta aos preceitos constitucionais que consagram o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apresentada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 para julgamento do STF, diversos movimentos religiosos, científicos e populares passaram a defender os seus ideais acerca do tema. Tem-se que o objeto da ADIn foi considerado de tamanha complexidade, sendo necessário, inclusive, a realização de audiência pública para debater a matéria com especialistas diversos.

A partir dos debates durante a audiência pública, surgiram duas correntes de pensamento diametralmente opostas: a primeira baseada nos preceitos católicos, defendendo a tese de que a vida se inicia na fecundação e que, em consequência disso, a utilização de células-tronco embrionárias, ainda que para fins de pesquisas científicas, seria uma espécie de violação ao direito à vida; a segunda, por sua vez, afirmava que o embrião somente pode ser equiparado à pessoa humana a partir da implantação no útero da mulher, não havendo que se falar, portanto, em qualquer violação ao direito à vida em se tratando do uso das células-tronco embrionárias para os experimentos mencionados.

Os argumentos utilizados para criticar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa levantam uma questão verdadeira. Segundo a ontologia, há, sim, vida no embrião, e havendo vida, não haveria que se falar em possibilidade de executar qualquer procedimento que concorresse para a sua afetação. Entretanto, necessário que se considere todos os bens jurídicos envolvidos no cerne da questão, devendo-se pensar que as decisões legítimas ocorrem de acordo com o juízo de ponderação e a análise de todos os fatos pertinentes ao tema.⁵¹

Para que se chegue a alguma conclusão no que diz respeito ao embrião e o seu caráter, de coisa, ou de vida, faz-se mister aludir o art. 2º do Código Civil de 2002, que preceitua: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Da leitura do dispositivo retira-se a ideia de que a lei tutela o desenvolvimento embrionário. Não obstante essa proteção, a interpretação do art. 2º não abarca qualquer definição que equipare o embrião à pessoa propriamente dita.

Segundo os civilistas, nascituro é o ser humano que já foi concebido, sendo o seu nascimento esperado como fato certo. Chama-se atenção, ainda, para o fato de que este deverá estar em desenvolvimento no útero da mãe.⁵²

Como consequência das premissas acima explicitadas, conclui-se que o embrião que resulta da fertilização in vitro, conservado em laboratório, não é pessoa, posto que ainda não ocorrido o nascimento, tampouco pode ser considerado um nascituro, em razão de não ter sido transferido para o útero materno.⁵³

Durante o julgamento da ADIn n. 3.510, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha defendeu a tese de que a inviolabilidade do direito à vida, questionada pelo Procurador Geral da República, não deve ser interpretada a partir da ideia de vida como um direito absoluto. Isto posto, nega que o art. 5º da Lei de biossegurança fira preceitos constitucionais acerca da proteção à vida.

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será

⁵¹ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 252

⁵² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36

⁵³ BARROSO. Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, Daniel (Coord), PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252

transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver.⁵⁴

Em se tratando dos fundamentos utilizados pelo Procurador-Geral da República na ADIn n. 3.510, entende-se que a forma como a vida humana foi tratada merece ser discutida, vez que o direito à vida não deve se confundir com direitos imputados às pessoas na sua existência compartilhada. O Brasil é um país democrático, tendo os seus discursos políticos e jurídicos assentados em pilares de um estado democrático de direito, em sendo assim, é evidente que o povo pode e deve fazer uso de um processo legislativo legítimo para deliberar acerca da utilização de embriões originários de técnicas de fertilização in vitro sem que isso fira a garantia constitucional do direito à vida.⁵⁵

Ao final dos votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu quanto à improcedência da referida ADIn, julgando constitucional a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias, reconhecendo a constitucionalidade do referido artigo e, conseqüentemente, a constitucionalidade da própria Lei de Biossegurança.

O julgamento do STF referente a ADI n. 3.510 também pode ser utilizado como fundamento para a possibilidade de um eventual reconhecimento quanto a legitimidade da decisão da mulher que opte por interromper a sua gestação.

Como já explicitado alhures, o direito à vida consiste em uma garantia constitucional prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo compreendido, majoritariamente, como o mais importante direito fundamental. Ademais, a legislação civil preceitua que, em que pese a personalidade civil só tenha início com o nascimento com vida, os direitos devem ser tutelados desde a concepção.

Ora, se ainda que existentes as normas jurídicas citadas no parágrafo acima, foi considerada legítima a utilização de um embrião para pesquisas científicas, devendo-se, inclusive, atentar para o fato de que, durante o procedimento, alguns embriões serão descartados, como não ser legítima a decisão de uma mulher que opte, de igual

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto da Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/adi3510CL.pdf>> Acesso em: 06 ago 2016

⁵⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. TORQUATO, Bruno de Oliveira Naves. **Manual de Biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 156

modo, por descartar um embrião diante de motivos pessoais, econômico-sociais e psicológicos?

A preservação do significado ontológico do embrião se contrapõe à legitimidade na liberação de procedimentos que podem destruir a sua unidade, tornando-o fonte de pesquisa para a manutenção de outras vidas. Se o valor ontológico do embrião fosse, de fato, absoluto, não haveria que se falar em permissividade de procedimentos que vilipendiam, de outra maneira ou com base em outra finalidade, a vida embrionária, como ocorre, flagrantemente, nos riscos inerentes à fertilização *in vitro* e na ação de alguns métodos de contracepção, a exemplo do DIU e da pílula do dia seguinte.⁵⁶

Por isso, sustenta-se a incompatibilidade entre o próprio julgamento da ADIn n. 3.510 e a utilização da teoria concepcionista para criminalizar a decisão de uma mulher que opte por interromper a sua gravidez.

Conforme preleciona Ana Thereza Meirelles, “a coerência no tratamento normativo deve ser perseguida, pois o critério jurídico de proteção embrionária deve ser uno.”⁵⁷

2.2 O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO À VIDA

Como já explicitado alhures, o direito à vida possui tratamento e *status* de direito fundamental. Prevê a Constituição Federal Brasileira, expressamente, no *caput* do art. 5º, “a inviolabilidade do direito à vida”⁵⁸. Não obstante a sua inegável importância, verifica-se, a partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, não ser o direito à vida revestido de caráter absoluto.

Ainda que determinado direito fundamental encontre-se previsto sem qualquer restrição firmada pelo constituinte, esse fato não deve acarretar na conclusão de que tal direito poderá ser exercido sem quaisquer limitações, precipuamente porque a ideia poderia conduzir à uma prevalência absoluta de um direito fundamental em face de

⁵⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.254-255

⁵⁷ *Ibidem*, p. 255

⁵⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

outro direito igualmente consagrado na Constituição, ofendendo, portanto, os princípios da unidade e da concordância prática.⁵⁹

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais consagrados pelo legislador constituinte não são ilimitados, tendo os seus limites traduzidos nos demais direitos igualmente garantidos pela Magna Carta.⁶⁰ A convivência em um ordenamento jurídico pluralista demanda um diálogo contínuo entre os valores previstos na Constituição, fato que, por diversas vezes, legitima uma limitação a um direito em virtude da proeminência de outro.

2.2.1 O caráter relativo do direito à vida no âmbito Constitucional

Segundo Carlos Alberto Bittar, a Constituição Federal Brasileira de 1988 serviu para ratificar, no plano jurídico, a definitiva assunção, pelo Estado Brasileiro, de seu caráter democrático.⁶¹

Tratam-se o Estado de direito e o princípio da legalidade de dois conceitos intimamente relacionados, uma vez que, em um verdadeiro Estado de Direito, criado com o objetivo de retirar o poder absoluto das mãos de um soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.⁶²

Para Bittar, “a opção do Constituinte consagra princípios coerentes com a tradição cristã, direcionando o Estado nacional para a sua incessante busca, a fim de que a sociedade encontre os seus altos destinos, mas diante da própria realidade nacional de país ainda em desenvolvimento.”⁶³

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, bem como a presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, o sentido das normas deve ser, preferencialmente, aquele que se adegue à própria Constituição Federal.

⁵⁹ SILVA NETO, Manuel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 674

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35-36

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto, FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 93

⁶³ *Op cit* p. 17

Em sendo assim, no caso de divergências acerca dos vários significados concedidos à uma determinada norma, deve-se optar por aquela que esteja em conformidade com as normas constitucionais, evitando, por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade e seu conseqüente afastamento do ordenamento jurídico.⁶⁴

Dito isto, há que se mencionar que o caráter relativo do direito à vida encontra guarida na própria Constituição Federal brasileira.

A Magna Carta, em seu art. 5º, inciso XLVII, após declarar que não haverá penas de morte, aponta uma exceção: “salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 844, XIX”⁶⁵. O artigo mencionado, portanto, atribui ao Presidente da República a competência para declarar guerra, em caso de agressão estrangeira, desde que autorizado pelo Congresso Nacional, ou por ele referendado. Logo, em caso de guerra - portanto, em uma situação excepcional - o direito à vida poderá ser preterido, dando-se espaço à pena capital.

2.2.2 O caráter relativo do direito à vida no âmbito penal

A penalização do aborto diz respeito à proteção do feto na fase embrionária. Sua criminalização também pode ser entendida como o reconhecimento de que há uma divergência de tratamento entre o feto e o ser nascido, já que, no caso de violação deste último, caracteriza-se o homicídio.⁶⁶

Em se tratando da legislação penal, portanto, são ainda mais diversos os fundamentos que amparam a ideia da vida como um direito de caráter relativo

Não obstante a tipificação do aborto como crime, são duas as espécies de aborto admitidas pelo Código Penal. Ao preceituar, em seu art. 128, que “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

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17

⁶⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago 2016.

⁶⁶ *Op cit*, p. 429

gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”⁶⁷, a legislação penal passa a reconhecer como legítimos tanto o aborto terapêutico, quanto o sentimental.

Ora, se há aborto legal, não se pode sustentar a tese de que existe vedação constitucional ao aborto que decorra do princípio da preservação da vida, sob pena de o legislador ser inconstitucional há pelo menos 65 anos, sem que tal inconstitucionalidade tenha sido arguida em qualquer Tribunal.⁶⁸

O aborto terapêutico impõe-se quando esta é a única forma de salvar a vida da gestante. Por sua vez, o aborto sentimental, comumente chamado de humanitário, acontece nos casos em que a gestação é oriunda de um estupro.

Necessário chamar a atenção, ainda que rapidamente, para um fato importante acerca da permissividade do aborto decorrente do estupro.

A exclusão de antijuricidade relacionada ao chamado aborto humanitário resguarda influência com o momento histórico em que foi originado o Código Penal, vigente até os dias atuais. O Código Penal, datado de 1940, tipifica o aborto como crime. Sofrendo a sociedade, à época, uma influência decisiva da Igreja, não é difícil entender a sua previsão como um delito.

Ainda chamando a atenção para o contexto histórico em que foi promulgada a legislação penal, entende-se que legitimar a decisão de uma mulher que opte por interromper uma gestação decorrente do estupro é apenas um reflexo da primazia do conceito de honra, referente a um contexto familiar pautado no patriarcalismo. À primeira vista, a interpretação do artigo que autoriza a prática do aborto em casos do estupro nos leva a crer que o legislador estava apenas resguardando a dignidade da mulher, protegendo-a de eventuais sofrimentos decorrentes de colocar ao mundo um filho oriundo de tamanha violência. O que se protege, entretanto, é a família tradicional brasileira, evitando que o homem, chefe da família, seja obrigado a criar um filho originado fora do casamento.

⁶⁷ BRASIL. **Código Penal**. Art. 128 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jul 2016

⁶⁸ DE ALMEIDA NETO. Joaquim Domingos. **Aborto e o descompasso do legislador**. In: Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 de maio de 2005

Em se tratando da permissividade referente ao aborto terapêutico, surge um pertinente questionamento. Ora, se o direito à vida fosse revestido de caráter absoluto, e se o feto fosse, indubitavelmente, sujeito de direito, não haveria que se falar em possibilidade de interrupção da gestação sequer em casos de risco de vida da gestante, vez que, no caso concreto, o aborto terapêutico representaria a valoração de uma vida em detrimento de outra.

Segundo Dworkin, não é raro que os conservadores, em se tratando do aborto, admitam exceções que permitam a realização do procedimento.⁶⁹

Para ele, quanto mais se admitem tais exceções, resta mais claro o fato de que a oposição conservadora ao aborto não se baseia no fundamento de que o feto seja uma pessoa com direito à vida. Se esse fosse o pressuposto primordial do pensamento conservadorista, seria extremamente contraditório defender a tese de que o feto é titular de um direito inviolável, que é a vida, que seja forte o suficiente para criminalizar o aborto mesmo quando o nascimento possa acarretar em diversas mazelas à vida da gestante, mas que deixa de existir quando a gravidez resulta de um crime sexual do qual o feto é, sem sobra de dúvida, totalmente inocente.⁷⁰

Há que se falar, ainda, do estado de necessidade e da legítima defesa, situações que excluem a proteção plena e irrestrita à vida pelo Direito.

O Código Penal preceitua, em seu art. 23,⁷¹ que “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade ; II – em legítima defesa, III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Em regra, pode-se afirmar que quando um agente pratica uma conduta típica, essa conduta também será antijurídica, acarretando em uma condenação. Contudo, segundo Aníbal Bruno⁷², há ações típicas que, por conta da posição particular em que se encontra o agente durante sua prática, são consideradas pelo Direito como lícitas. São situações de licitude excepcional, constituindo as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou descriminantes.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 43

⁷⁰ *Ibidem* p. 44

⁷¹ BRASIL. **Código Penal**. Art. 128 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jul 2016

⁷² BRUNO, Aníbal. **Direito penal – Parte Geral**, t.I, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 365

A legítima defesa e o estado de necessidade, portanto, encontram-se, segundo as lições de Fragoso⁷³, inseridas nas causas da excludente de ilicitude que defluem de situação de necessidade.

O estado de necessidade encontra-se previsto no art. 24 do Código Penal, o qual preceitua que: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.”⁷⁴

O princípio da razoabilidade é o princípio norteador do estado de necessidade. Nesse ponto, imprescindível é a necessidade dos bens em conflito, para que se conclua se o bem defendido pelo agente, encontrado em estado de necessidade, é de valor superior, igual, ou inferior ao bem atacado.

Assim, por exemplo, seria razoável que a vida (bem de maior valor) fosse preservada em detrimento do patrimônio alheio (bem de menor valor), sendo possível, ainda, que, em se tratando de confronto de bens de mesmo valor (vida versus vida, patrimônio versus patrimônio, integridade física versus integridade física), um deles prevaleça em prejuízo do outro.⁷⁵

A legítima defesa, por sua vez, encontra guarida no art. 25 do Código Penal, o qual preceitua: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Segundo Rogério Greco, a legítima defesa se justifica diante da ausência de proteção do poder estatal para defender determinado indivíduo, sendo necessário, para a sua configuração, que o agente se veja diante de uma situação de impossibilidade de recorrer ao Estado, que é constitucionalmente responsável pela segurança pública dos cidadãos.⁷⁶

⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 184-185.

⁷⁴ BRASIL. **Código Penal**. Art. 24. Lei de 20 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 20 julho 2016

⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15 ed. v I. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 325

⁷⁶ *Ibidem*, p. 335

Quem defende, ainda que violentamente, o bem próprio ou alheio injustamente atacado, não apenas atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. Atua de acordo com a vontade do direito, o que torna o ato perfeitamente legítimo, excluindo, portanto, a hipótese de crime.⁷⁷

Explanado o conceito de legítima defesa, necessário que se esclareça possíveis indagações. Diante do permissivo legal do art. 25, que nos autoriza a agir, por si só, em determinadas situações, quais são os bens passíveis de ser defendidos? É possível que a vida, o patrimônio, a honra, a dignidade sexual e a liberdade estejam amparados por essa excludente de ilicitude?

Segundo Greco, tem-se que o instituto da legítima defesa possui aplicabilidade em qualquer bem juridicamente tutelado pela lei.⁷⁸

Isto posto, entende-se que quem atua em legítima defesa para salvar vida própria, ainda que essa defesa acarrete na morte de outrem, restará protegido por esta excludente de antijuridicidade. Logicamente, apenas caso não fosse possível o uso de qualquer outro meio apto de defesa, sendo necessário atentar-se, como já explicitado alhures, ao uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão.

Explicitados os fundamentos para defender a tese de que o direito à vida, pela leitura do próprio ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de um direito de caráter relativo, necessária apenas uma interpretação crítica para chegar à conclusão de que a tipificação do aborto como crime não visa, essencialmente, proteger a vida. Ora, se a vida fosse mesmo direito tão inafastável, como legitimar uma conduta que ponha fim à vida de terceiros, ainda que para proteger a sua própria?

Ao criminalizar o aborto, não está se protegendo a vida do feto, em si. O que se protege é perpetuação da imagem da mulher como um objeto; um mero instrumento reprodutivo capaz de dar origem à uma vida divina, advinda de Deus.

⁷⁷ ANÍBAL, Bruno. **Direito Penal – Parte Geral**. T I. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 360

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15 ed. V I. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 3

3 AUTONOMIA E DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não obstante o reconhecimento, por toda a doutrina, das características inerentes aos direitos da personalidade, a saber, sua indisponibilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, dentre outras, há muito não se fala mais em caráter absoluto de quaisquer direitos.

A ideia de que a existência de direitos absolutos resta extinta deve ser aplicada, principalmente, durante a análise dos direitos da personalidade. Em que pese a existência desses direitos esteja diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, precipuamente no que diz respeito à necessidade da salvaguarda de direitos mínimos que sejam imprescindíveis à vida de cada pessoa, necessário o reconhecimento de que a liberdade do exercício desses direitos também encontra guarida no princípio retromencionado.

Diante das mudanças nas relações jurídicas, oriundas de avanços sociais, tecnológicos, e da própria perspectiva pós moderna, faz-se necessária uma revisão crítica de conceitos que, antigamente, eram tidos como uníssonos. Os direitos da personalidade, portanto, devem ser interpretados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao seu próprio exercício, em detrimento de formalidades excessivas outrora verificadas no âmbito do direito civil.

Isto posto, a estrutura clássica dos direitos da personalidade, que os caracteriza como inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis e impenhoráveis, aliada ao seu exercício, passa a ser objeto de nova análise, precipuamente no que diz respeito à liberdade de uso desses direitos. A forma de disposição dos direitos da personalidade deve, portanto, ser alvo de reconsideração, tendente, se não a viabilidade de uma renúncia total, ao menos de uma disponibilidade relativa. É clara, portanto, a distinção entre os “direitos” da personalidade e o “exercício” destes direitos.⁷⁹

Portanto, não obstante a previsão, pelo Código Civil de 2002, de que “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício

⁷⁹ BOLESINA, Iuri. SCHROEDER, Helena Carolina. **A “limitação” voluntária dos direitos da personalidade no direito civil contemporâneo.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14745/3580>> Acesso em: 09 set 2016, p. 13

sofrer limitação voluntária”⁸⁰, e, ainda, de que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”⁸¹, é necessário que se reconheça que as relações atuais entre sujeitos de direitos é pautada, na grande maioria das vezes, na disponibilidade relativa e voluntária dos direitos da personalidade.⁸²

Segundo a teoria da autonomia privada idealizada por Luigi Ferri, esta é sinônimo de poder de disposição. Para o autor, autonomia privada e poder de disposição dizem respeito a exatamente o mesmo conceito, sendo que o poder de disposição pode ser traduzido como o poder de ditar normas.⁸³

De acordo com Roxana Borges, é necessário que se estude a incidência do princípio da autonomia privada sobre os direitos da personalidade para tratar acerca do poder de disposição sobre esses direitos, ou seja: o possível poder que os particulares detém de estabelecerem normas próprias sobre os seus interesses, exercendo tais direitos não apenas de maneira negativa, mas também positiva.⁸⁴

Para que se trate sobre a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, é imprescindível que façamos um apanhado no que diz respeito à existência de algumas correntes doutrinárias que dispõem acerca do tema.

A corrente personalista, que se encontra diretamente ligada ao cristianismo, ao tratar sobre pessoa humana e corpo, não faz qualquer distinção entre os dois. Isto posto, entende essa doutrina, que a pessoa humana não possui qualquer poder sobre o seu corpo, visto que esse é considerado a própria pessoa, em sua expressão física. Para o personalismo, portanto, o corpo e, conseqüentemente, os direitos da personalidade, seriam indisponíveis.⁸⁵

Já a corrente adepta do pensamento liberal, concebe “corpo” e “pessoa” como categorias distintas. O corpo, portanto, não se trata da pessoa em si, materializada

⁸⁰ BRASIL. **Código Civil**. Art. 11. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 09 set 2016

⁸¹ BRASIL. **Código Civil**. Art. 13. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 09 set 2016

⁸² BOLESINA, Iuri. SCHROEDER, Helena Carolina. **A “limitação” voluntária dos direitos da personalidade no direito civil contemporâneo**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14745/3580>> Acesso em: 09 set 2016. P. 12

⁸³ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959. p.224-226

⁸⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114

⁸⁵ *Ibidem, loc cit*,

em sua expressão física, mas de algo externo, distinto. Segundo os adeptos dessa teoria, portanto, é plenamente possível que a pessoa exerça, sobre ele, os seus poderes. A pessoa é dona do seu corpo e, como sua proprietária, possui a faculdade de dispor dele ou aliená-lo parcialmente, não havendo que se falar em interferência de terceiros no uso individual escolhido por cada indivíduo. Verifica-se, portanto, a incidência do princípio da autonomia privada nos direitos da personalidade.⁸⁶

Em que pese seja bastante difícil a tarefa de diferenciar a pessoa de seus atributos, isso não é motivo para negar a existência dos direitos da personalidade como características externas à pessoa. Estes são individualizados, se caracterizando como o modo de ser dos indivíduos, seja esse físico ou moral. Entretanto, necessário salientar que os direitos da personalidade não são a própria pessoa em si, mas sim as suas qualidades essenciais. É tudo aquilo que é necessário e imprescindível à existência da pessoa, portanto, devem ser protegidos.⁸⁷

Como já explicitado anteriormente ao decorrer deste trabalho, existem diversas antinomias no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à tutela, pelo estado, de alguns direitos. No que diz respeito aos direitos da personalidade, faz-se mister salientar que, a partir da leitura direta do art. 11 do Código Civil, dispositivo que trata acerca dos direitos da personalidade, a legislação vigente não reconhece, salvo algumas exceções, a legitimidade da liberdade dos indivíduos no que diz respeito a disposição sobre o próprio corpo. Não obstante esse posicionamento, é admitida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a intervenção do Estado na esfera privada da pessoa. Exemplificando, tem-se que o texto original da Lei n. 9.434/97 presumiu e tornou, automaticamente, todas as pessoas como doadoras de órgãos, fato que deslegitima o pensamento que defende a impossibilidade de disposição, pelos indivíduos, de seus próprios corpos. Não há coerência no pensamento que não reconhece a possibilidade de a própria pessoa dispor do seu corpo, mas admite a mesma disposição se o agente dessa for o Estado.

⁸⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115

⁸⁷ SPINELLI, Ana Cláudia Marassi. **Dos Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/887/670>> Acesso em: 09 set 2016

José Abreu Filho reconhece que o princípio da autonomia privada manifesta-se nos direitos da personalidade, principalmente no direito ao próprio corpo. O autor afirma que os negócios jurídicos extrapatrimoniais podem, perfeitamente, abranger direitos personalíssimos. Desse modo, é possível a realização de negócios jurídicos, ainda que esses possuam como objeto direitos de natureza indisponível, devendo ser observado, entretanto, o fato de que tais negócios não podem acarretar na transmissão, modificação ou extinção daqueles direitos objetos da transação pactuada.⁸⁸

Ao tratar da indisponibilidade dos direitos da personalidade, César Fiuza defende a ideia de que esses não são passíveis de transferência a terceiros. Entretanto, preleciona o autor, que alguns desses direitos podem ser caracterizados como disponíveis, a exemplo dos direitos autorais, à imagem, ao corpo, aos órgãos, podendo ser objeto de contratos de concessão, de licença ou de doação. Desse modo, não há mais que se falar em indisponibilidade dos direitos da personalidade, mas sim de relativa indisponibilidade.⁸⁹

Segundo Giovanni Ettore Nanni, a autonomia privada incide não apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas também nos extrapatrimoniais. Desse modo, o autor reconhece a possibilidade, pelos indivíduos, de dispor do próprio corpo, exemplificando que a disposição do cadáver, de órgãos e tecidos, inclusive a disposição de materiais genéticos, podem ser objeto de negócio jurídico.⁹⁰

Verifica-se, portanto, que os direitos da personalidade podem ser exercidos na esfera da autonomia privada de cada indivíduo. Em sendo assim, os direitos da personalidade não são deveres da pessoa, mas sim direitos que traduzem a liberdade de viver, de maneira autônoma, os aspectos mais íntimos da vida individual, podendo, inclusive, funcionar como objeto de negócios jurídicos que visem obter a satisfação dos interesses de seus titulares.⁹¹

⁸⁸ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93-95

⁸⁹ FIUZA, César. **Direito Civil – Curso Completo**. 9 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 173

⁹⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal**. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 262.

⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127

3.1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Segundo a doutrina jurídica brasileira, os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada estão relacionados a diferentes estágios da evolução social e da teoria do Direito.

Para tratar acerca das semelhanças e diferenças entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, necessário, inicialmente, que se conceitue o primeiro princípio.

O princípio da autonomia da vontade está diretamente relacionado à dogmática jurídica do século XIX, sendo um conceito bastante utilizado pela filosofia do jusnaturalismo racional moderno, que defendia o caráter liberal, voluntarista e individualista dos direitos subjetivos.⁹²

A filosofia jusnaturalista liberal moderna defendia a ideia de que a dignidade da pessoa estaria intimamente ligada a submissão do indivíduo as suas próprias lei, não havendo que se falar, portanto, em obediência à normas oriundas de qualquer outro local que não o próprio âmbito individual da pessoa.⁹³

Segundo Immanuel Kant, a autonomia da vontade se traduz em uma propriedade do indivíduo através da qual se origina uma lei interior independente de objetos externos. O princípio da autonomia da vontade compreende-se, portanto, na possibilidade de escolher unicamente baseado em um querer legítimo, que esteja de acordo com a lei universal de cada indivíduo, qual seja a sua lei interior.⁹⁴

A ideia de autonomia da vontade como expressão primordial do indivíduo alcançou o seu ápice no Código de Napoleão⁹⁵. Durante a sua vigência, tinha-se como regra a liberdade contratual, através da qual as partes possuíam amplos poderes para fixar o conteúdo do contrato, instrumento que era considerado como objeto intangível pelo Estado, salvo nos casos em que se verificava a existência de algum vício de consentimento. Nascia, portanto, o princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato

⁹² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa** : v. 41, n. 163 (jul./set. 2004)

⁹³ *Ibidem, loc cit.*

⁹⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p.85

⁹⁵ AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, n. 46, p. 13-14

faz lei entre as partes, não conhecendo quaisquer relativizações. Nisso está a razão de o contrato ser considerado fonte primordial das obrigações "como e enquanto manifestação da vontade"⁹⁶.

Destarte, de acordo com o modelo liberal, o ordenamento jurídico tem como princípio fundamental a autonomia da vontade, possuindo como pilares o valor de justiça, que seria decorrente do acordo de vontades ("quem diz contratual, diz justo") e a segurança jurídica (previsibilidade, "calculabilidade")⁹⁷

O enfraquecimento do princípio da autonomia da vontade teve início ao final do século XIX, estando diretamente relacionado ao surgimento das obras dos autores socialistas, da doutrina social da Igreja Católica e, principalmente, da obra da sociologia solidarista de Comte, Durkheim e seus seguidores, já no século XX.⁹⁸

Em decorrência do processo de transformação da ordem social, política e filosófica, que ocorria paralelamente às influências dos grandes pensadores socialistas, foi sendo necessária uma mudança no que diz respeito à ampla valorização do conceito de autonomia da vontade.

A ideia de alcance à justiça social e limitação das vontades individuais abria espaço para pensamentos que defendiam a necessidade de um maior equilíbrio contratual entre as partes em detrimento do amplo poder de estabelecer o conteúdo do negócio jurídico. Esses ideais foram determinantes para o declínio do jus-racionalismo oitocentista e a mudança do paradigma jurídico, o qual passava a objetivar, precipuamente, a proteção da parte mais fraca da relação contratual através da intervenção estatal, com vistas a alcançar uma maior justiça social.⁹⁹

Segundo Orlando Gomes, os diversos problemas sofridos pela concepção voluntarista, decorrentes, dentre outros fatores, da superação de suas matrizes

⁹⁶ COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p.127-154, set./dez. 1992, p.130

⁹⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do individualismo e propriedade**. In: TEPEDINO (Org.), Problemas de Direito Civil-Constitucional, p. 457

⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti. As Origens do Contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 844, n. fevereiro, 2006, p. 89

⁹⁹ LEITE, Gisele. **Autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294> Acesso em: 20 maio 2016

filosóficas e políticas, determinaram a revisão da teoria do negócio jurídico em pontos fundamentais.¹⁰⁰

A revisão teórica do negócio jurídico a que se refere Orlando Gomes é justamente o que se entende pela transição do princípio da autonomia da vontade para a autonomia privada.

Segundo Roxana Borges, a teoria da autonomia privada se opôs a teoria da autonomia da vontade ao defender a ideia de que apenas a manifestação de vontade não seria capaz de criar o direito, sendo necessário um consentimento que fosse reconhecido pelo ordenamento jurídico como um consentimento legítimo.¹⁰¹

De acordo com o pensamento de Verena Becker, o princípio da autonomia privada corresponde ao princípio jurídico através do qual a ordem jurídica sanciona a liberdade individual.¹⁰²

Destarte, enquanto na teoria da autonomia da vontade as obrigações surgiriam por meio da mera declaração de vontade, restando em segundo plano qualquer outra circunstância nas quais estivesse inserido o negócio jurídico, a noção de autonomia privada traz consigo a tese de que apenas a declaração de vontade não possui o condão de desencadear efeitos jurídicos. A manifestação do livre arbítrio, portanto, deve estar em consonância com aquilo que dispõe determinada lei, devendo obedecer, ainda, a todos os pressupostos de validade exigidos pelo ordenamento.¹⁰³

Para que as relações entre as partes originem os efeitos jurídicos, portanto, é imprescindível que a declaração de vontade esteja em consonância com o previsto no ordenamento jurídico no que diz respeito ao seu conteúdo, e quanto à capacidade e legitimidade dos sujeitos de direito.

Verifica-se, então, a existência de dois âmbitos distintos da autonomia privada. O primeiro diz respeito à esfera particular, individual, e o segundo corresponde ao âmbito

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1980, p. 43.

¹⁰¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 52

¹⁰² BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano. 7/8, p. 15-53, 1973/1974.

¹⁰³ *Op cit*, p. 53

público da autonomia privada, soberano, diretamente relacionado à competência normativa do Estado.¹⁰⁴

3.2 A DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Não há que se falar em reconhecimento de uma sociedade livre se os seus membros não tiverem o direito de dispor de seus próprios corpos. A autonomia sobre o próprio corpo é o núcleo do direito à liberdade, e é este o exato motivo pelo qual o Direito, a moral e a religião se ocupam, há muito tempo, em impor normas para regular a livre disposição dos corpos dos indivíduos.¹⁰⁵

Antes de tratar acerca da disponibilidade relativa sobre o próprio corpo, entretanto, é necessário que se conceitue, primeiramente, do que se trata o direito ao próprio corpo, enquadrando-o no rol dos direitos da personalidade.

O direito ao próprio corpo encontra-se inserido na lista dos direitos considerados como inerentes à personalidade individual, podendo ser representado como o direito que os indivíduos possuem de não sofrerem violações ou agressões ao seu corpo, traduzindo-se, portanto, em um de seus vieses, no direito à integridade física.

Segundo Carlos Alberto Bittar, o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública”.¹⁰⁶

Ao tratar acerca do direito ao próprio corpo, Antônio Chaves menciona que os doutrinadores, em sua maioria, estabelecem o que se pode chamar de direito moderno corporal.¹⁰⁷ Essa leitura moderna que se faz acerca do direito ao próprio corpo está diretamente relacionada às descobertas científicas e inovações tecnológicas que se originam ao avançar do tempo, acarretando, conseqüentemente, na densificação do

¹⁰⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53

¹⁰⁵ VIANNA, Túlio. **O direito ao próprio corpo**. Disponível em <<http://tuliovianna.org/2012/10/02/o-direito-ao-proprio-corpo/>> Acesso em 29 ago 2016

¹⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 82.

¹⁰⁷ CHAVES, Antônio. **Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87

conteúdo de tal direito. Isto posto, verifica-se a impossibilidade de estabelecer um conteúdo fechado para esse direito, visto que o seu quadro é constantemente ampliado em decorrência dos avanços mencionados.¹⁰⁸

No mesmo sentido é o entendimento de Roxana Borges, que, ao analisar a expressão “direito ao próprio corpo”, verifica o seu caráter genérico, subdividindo-o, para facilitar a sua análise, em seis aspectos: direito à doação de órgãos, direito ao embelezamento, direito à mudança de sexo, direito à integridade física, direito à autolesão e direito ao corpo e reprodução humana. Segundo a autora, a subdivisão realizada não se traduz no reconhecimento de novos direitos ou de uma nova classificação, mas facilita, metodologicamente, as diversas formas possíveis do exercício da autonomia jurídica individual sobre o direito ao próprio corpo no direito brasileiro.¹⁰⁹

Não obstante o caráter aberto do conceito de direito ao próprio corpo, é possível delimitar alguns vieses desse direito, cujo reconhecimento já se encontra sedimentado, e que se apresentam como o tronco do conteúdo do direito ao próprio corpo. São eles o direito à integridade física e a possibilidade de se dispor, em vida ou *post mortem*, do próprio corpo.

Roxana Borges entende que a primeira menção, ainda que indireta, ao direito ao próprio corpo ou integridade física da pessoa, encontra-se no caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, sob a expressão “segurança”. Segundo a autora, ao prever que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]”¹¹⁰, o constituinte não garante apenas a segurança patrimonial dos indivíduos, mas, principalmente, a segurança pessoal. Entende-se, portanto, que o objeto primeiro a ser protegido contra atos de terceiros deve ser a própria integridade física da pessoa humana.¹¹¹

¹⁰⁸ JANUÁRIO, Antonelle Martins. **A natureza jurídica dúplice do direito ao próprio corpo**. Disponível <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17213> Acesso em: 29 ago 2016

¹⁰⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 169

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

¹¹¹ *Op cit*, p. 168

A proteção ao corpo também pode ser encontrada no inciso III do artigo retromencionado, o qual dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, bem como no inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral¹¹².

Não obstante o reconhecimento desse direito pela legislação vigente, como já exemplificado alhures, necessário demonstrar que o direito ao próprio corpo não é revestido de caráter absoluto.

Em que pese o reconhecimento, pelo código civil, da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, ao preceituar, em seu artigo 11, que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”¹¹³, necessário salientar que a própria legislação civil admite, de modo implícito, sua relativa disponibilidade.

A disponibilidade relativa do direito ao próprio corpo encontra previsão em dois artigos do Código Civil de 2002. O art. 13 e seu parágrafo único reconheceram o direito de disposição de partes separadas do próprio corpo em vida para fins de transplante, ao preceituar que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Segundo o disposto no artigo 13 do Código Civil, portanto, é proibido à pessoa dispor do próprio corpo, exceto por exigência médica (caput), ou para fins de transplante (parágrafo único, art. 13).

De acordo com o art. 9º, da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)¹¹⁴

¹¹² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

¹¹³ BRASIL. **Código Civil**. Art. 11. Brasília. 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29 ago 2016

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.434**. 04 de fevereiro de 1997. Art. 9º. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 29 ago 2016

O artigo 14 do Código Civil, por sua vez, determina que “É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.”¹¹⁵

Há que se falar, ainda, que a Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, prevê a possibilidade da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedando, entretanto, qualquer tipo de comercialização.

Isto posto, em que pese o reconhecimento da indisponibilidade dos direitos da personalidade, incluindo-se, nesse rol, o direito ao próprio corpo, prevalece o entendimento de que não há que se falar em caráter absoluto de tais direitos.

No mesmo sentido é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, defendendo a ideia de que não há empecilhos para a cessão, ainda que onerosa, de partes do corpo que se reconstituam naturalmente, a exemplo dos cabelos, nem tampouco a disposição de outras partes não reconstituíveis, desde que de maneira gratuita e para fins terapêuticos ou para transplantes, conforme o disposto no art. 13 do Código Civil.¹¹⁶

Adriano Marteleto Godinho reforça a possibilidade de dispor relativamente sobre o próprio corpo, afirmando que aquele que é titular de determinado direito da personalidade tem a opção de abster-se do direito de defesa ou, ainda, permitir, pela via negocial, que terceiros interfiram sobre seus direitos da personalidade. Afirma, ainda, ser plenamente possível que estes atos respeitem à integridade física, apontando como exemplo para tanto a autorização para submissão a experiências com novos medicamentos, o que pode gerar, em determinadas situações, riscos à própria vida.¹¹⁷

Pontes de Miranda, ao tratar acerca do conceito de “objeto de direito”, prelecionou que, em que pese o homem vivo não seja considerado como objeto de direito, o

¹¹⁵ BRASIL. **Código Civil**. Art. 14. 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 29 ago 2016

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.204

¹¹⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. Pessoa, personalidade e direitos da personalidade In: **Phronesis: Revista de direito da FEAD**. v. 5 . p. 10-40. Janeiro/Dezembro. 2009. p. 22.

mesmo não pode ser dito sobre as partes corporais, visto que, uma vez separadas, pertencem, como coisa, à aquele de quem foram tiradas.¹¹⁸

Anderson Schreiber também vai de encontro a ideia de que os direitos da personalidade devem ser considerados como absolutos e, portanto, regulamentados pelo Estado sem proporcionar o exercício do desejo de seus titulares. Segundo o autor:

A vontade individual, por si só, não é um valor. Trata-se de um vetor vazio. Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio „fundamento da liberdade“, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida, sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.¹¹⁹

Impende mencionar, ainda, o Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Em sentido inteiramente contrário ao disposto na parte final do já mencionado artigo 11 do Código Civil, o enunciado preceitua: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente em geral.”

Portanto, a despeito do tema “direito ao próprio corpo”, o que se vem observando é o fato de que várias de suas expressões são relativamente disponíveis, e isso é uma consequência da ampliação da autonomia jurídica individual sobre esse direito, o que vem acontecendo bastante na sociedade brasileira.¹²⁰

Carlos Alberto da Mota Pinto também demonstra ser adepto da ideia de disponibilidade relativa do direito ao próprio corpo ao admitir a limitação voluntária do direito à integridade física. O autor passa a exemplificar, como atos de limitação desse direito, o consentimento do indivíduo para intervenções médicas, operações estéticas,

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** Rio de Janeiro. Borsoi, 1995. v.7, p. 40

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16-17

¹²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170

para benefício da saúde de terceiros (transplantes de órgãos e transfusões de sangue) e, ainda, a participação em jogos esportivos violentos.¹²¹

Ainda que reconhecida, pela doutrina majoritária, a possibilidade de dispor relativamente sobre o próprio corpo, é imprescindível que sejam observados os limites da autonomia privada. Isso significa que, em qualquer das hipóteses de disposição, os atos não podem ultrapassar o que é permitido pela Constituição Federal, pelas leis e pela ordem pública, devendo, ainda, estar de acordo com a dignidade humana como valor fundamental de todos os atos jurídicos.¹²²

Necessário o reconhecimento, portanto, não apenas do direito ao próprio corpo, mas sim do direito de disponibilidade relativa ao próprio corpo, devendo este também ser enquadrado no rol de direitos inerentes à personalidade.

3.2.1 Autonomia reprodutiva e livre planejamento familiar

Sabe-se que o aborto é utilizado como meio de interromper gestações indesejadas, afinal, mulher alguma opta pela prática abortiva caso tenha planejado a sua gravidez. A gravidez indesejada decorre, na grande maioria das vezes, da ausência de informação, o que leva a mulher a dois caminhos, a maternidade precoce ou ao aborto. Conclui-se, portanto, ser essencial um planejamento familiar efetivo, não apenas por questões econômico financeiras, mas por questões psicológicas.

Antes de tratar do significado propriamente dito do direito ao livre planejamento familiar e, ainda, de seu status de direito humano universal, é imprescindível discorrer brevemente acerca do seu histórico e origens.

O planejamento familiar encontra relação direta com o Brasil colônia, momento em que, devido a interesses da colonização portuguesa, foi implementada em nosso país uma cultura pró-natalista, a qual perdurou por vários anos. Importante salientar, ainda, a importância da influência da igreja católica no que diz respeito a propagação de

¹²¹ PINTO. Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 227-228

¹²² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173

famílias numerosas, funcionando como uma forte aliada do Estado português na formação de uma sociedade patriarcal cristã.

No contexto dessa sociedade pró natalista e patriarcal, foi sendo construída a ideia de que a mulher, por determinação divina, tinha sido feita para casar, reproduzir e servir ao homem. Era uníssona, portanto, a ideia de que a figura da mulher estava diretamente relacionada ao caráter de esposa e mãe, não lhe sendo possível a tomada de qualquer outra decisão acerca do papel que deveria assumir na sociedade.¹²³

Não obstante o incentivo, pelo Estado, à procriação, e o uso do corpo da mulher como um instrumento para alcançar as desejadas taxas de natalidade, a mulher nunca foi consultada acerca de sua intimidade sexual ou de seus desejos no que diz respeito ao planejamento familiar, tendo sido silenciada e invisibilizada durante séculos.¹²⁴

A influência da sociedade patriarcal pode ser verificada até mesmo em textos jurídicos, podendo ser citado como exemplo o próprio Código Civil Brasileiro de 1916, o qual considerava o homem como o chefe da família e a mulher como uma pessoa relativamente incapaz, lhe sendo necessário, inclusive, autorização do marido para a prática de alguns atos da vida civil.

Segundo Orlando Gomes, a família encontrava-se sob constante vigilância da Igreja, funcionando como um grupo altamente hierarquizado, no qual o homem era considerado como o chefe, exercendo os seus poderes sem qualquer influência ou resistência de outros indivíduos do grupo familiar. A hierarquia era tão visível e extrema que a imagem da família patriarcal pode ser perfeitamente descrita como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos amedrontados.¹²⁵

A postura pró-natalista do Brasil começou a enfraquecer a partir da década de 70, em decorrência da revolução sexual dos anos 60 e do movimento feminista, que ganhou forças e passou a reivindicar a igualdade de direito entre os gêneros e os direitos das mulheres de dispor sobre o próprio corpo. Esse contexto acompanhou o reconhecimento do direito ao planejamento familiar em caráter internacional, visto

¹²³ DE OLIVEIRA, Alana Lima. A Relação entre os Sexos na Modernidade e o Direito ao Livre Planejamento Familiar. In: **Revista Síntese de Direito de Família** – ano 16, nº 92 (out/nov2015) p. 26

¹²⁴ *Ibidem* p. 27

¹²⁵ GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 65

que, em 1974, na Conferência Mundial de População de Bucareste, o planejamento familiar passou a ser tido como um direito das pessoas e dos casais, o que foi reconhecido também, posteriormente, no Brasil.

Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o planejamento familiar passou a ser reconhecido como um direito do casal, estando atrelado à ideia de que tanto o homem quanto a mulher poderiam praticar a sexualidade desvinculada da reprodução. Caberia ao Estado, portanto, e não mais que isso, a oferta de meios necessários a viabilização do planejamento familiar de cada indivíduo.

Verifica-se, portanto, que o planejamento familiar foi consagrado tanto em sede legal, no artigo 1565, §2º do Código Civil de 2002, quanto constitucional, segundo o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, senão veja-se:

“O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”¹²⁶

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”¹²⁷

Trata-se, portanto, de princípio que assegura a todo cidadão o planejamento familiar de forma livre, não cabendo ao Estado, nem a sociedade, a imposição de limites ou condições para o seu exercício no âmbito da autonomia privada dos indivíduos.

Segundo a legislação vigente, portanto, a mulher e o homem são livres para elaborar o seu próprio projeto parental, cabendo a estes a decisão acerca do desejo de ter ou não filhos e, ainda, caso a opção seja por constituir a prole, decidir livremente a quantidade de filhos, bem como o espaçamento de tempo entre um filho e outro.

Reforça-se, portanto, a ideia de valorização da autonomia de cada indivíduo, visto que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é vedado ao Estado interferir na família. As relações entre particulares dizem respeito à vida privada e quando a

¹²⁶ BRASIL. **Código Civil**. Art. 1565. Brasília. 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 226. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

legislação proíbe a interferência do Estado no núcleo familiar, o faz com embasamento no princípio da liberdade e da autonomia privada.¹²⁸

Há que se chamar atenção, porém, para o fato de que o planejamento familiar reveste-se não apenas de caráter negativo, traduzido em um “não fazer” do Estado, mas também de um caráter positivo, haja vista que, em se tratando de casais que desejam ter filhos, mas não conseguem, caberá ao Estado lhes proporcionar a orientação e tratamento adequado, com vistas a viabilizar a concretização do planejamento familiar dos consortes.

Deste modo, verifica-se a relativização do princípio da não intervenção estatal no que diz respeito ao planejamento familiar, uma vez que caberá ao Estado intervir de maneira promocional, isto é, através de políticas públicas aptas a concretizar e viabilizar o projeto parental de autoria do casal.

Chama-se a atenção, ainda, para o fato de que o projeto parental idealizado por um casal pode visar, exclusivamente, a não procriação, ou seja: tanto o homem quanto a mulher podem optar por não ter filhos, o que também encontra guarida no direito ao livre planejamento familiar, consagrado em sede legal e constitucional, como já mencionado anteriormente.

Verifica-se, portanto, que a atuação positiva do Estado não diz respeito apenas a proporcionar informações e tratamentos que visem a concretização do planejamento familiar de um casal que deseje ter filhos. É imprescindível e essencial que o Estado promova políticas públicas e divulgue informações no sentido de orientar a população sobre a existência de métodos contraceptivos, atuando de modo a proporcionar, portanto, a concretização do projeto parental de um homem ou uma mulher que simplesmente não deseja ter filhos.

Todavia, o planejamento familiar talvez nunca tenha tido o tratamento adequado, uma vez que, no Brasil, consolidou-se a cultura da reprodução livre, através da qual muitas das famílias são formadas sem qualquer planejamento e sob a completa ignorância da responsabilidade no projeto parental.¹²⁹

¹²⁸ DE OLIVEIRA. Alana Lima. A Relação entre os Sexos na Modernidade e o Direito ao Livre Planejamento Familiar. In: **Revista Síntese de Direito de Família** – ano 16, nº 92 (out/nov2015) p. 31

¹²⁹ CASTANHO. Maria Amélia Belomo. O planejamento familiar brasileiro, o biodireito e a exclusão social: uma análise acerca da reprodução independente. In: **Revista de Direito Privado** – Ano 9, nº 35 (jul/set2008)

Analisando a situação do Brasil no que tange ao planejamento familiar, portanto, verifica-se que o Estado não tem proporcionado os recursos científicos e educacionais necessários para o exercício deste direito. É precípua que haja uma conscientização da população para que sejam tomados os cuidados necessários no que diz respeito à procriação. É necessário que se coloque no mundo apenas os filhos que se desejem e que, efetivamente, se tenha capacidade de proporcionar o mínimo de condições de vida àquele novo indivíduo.¹³⁰

Em que pese seja dever do Estado proporcionar à sociedade métodos e informações acerca da contracepção, basta uma rasa análise da população de baixa renda para perceber que ainda é bastante comum a falta de conhecimento no que se refere a esses métodos.

O direito ao livre planejamento familiar, portanto, tem sido exercido completa e perfeitamente quando analisadas mulheres e homens de classe social mais elevada, unicamente pelo fato de que estes não dependem de políticas públicas estatais para que tenham conhecimento acerca de meios de contracepção, posto que o adquirem através de instituições particulares. É notório o fato de que a hipossuficiência financeira se encontra diretamente ligada à falta de informação e este fato não pode ser ignorado quando examinado o direito ao livre planejamento familiar.

Por que se opta pelo aborto? Essa pergunta não é digna de apenas uma solução. Certamente não há como esgotar as possibilidades de resposta à esse questionamento, mas, indubitavelmente, uma das alternativas mais comuns é a de que aquela gravidez não tenha sido desejada. E gravidez nessas circunstâncias (excetuado o caso de estupro) só ocorre por falta de planejamento familiar.¹³¹

No momento em que é consagrado o direito ao livre planejamento familiar e assegurada ao casal a liberdade de optar acerca da eventualidade da prole, não há que se falar em exclusão de qualquer método contraceptivo que vise a manutenção da família dentro do limite por ele pretendido.

¹³⁰ BRITO, Nágila Maria Sales. **Mais uma palavra sobre o planejamento familiar no Brasil**. In: Revista do Ministério Público da Bahia – Vol. 2, nº 2 (jul/dez1993) p. 104

¹³¹ SOUZA, Mario Luís Silva de. **Planejamento Familiar e Aborto**. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id14970.htm> Acesso em: 20 set 2016

Ainda que não seja aceita a interrupção da gravidez como meio de controle de natalidade, é inquestionável que gestações involuntárias e indesejadas acontecem, tendo em vista a ausência de informação e, ainda, o fato de que os métodos contraceptivos disponíveis não são infalíveis. Isto posto, conclui-se que somente se for respeitado o direito ao aborto, o direito ao planejamento familiar será efetivamente livre, como assegura a Constituição.¹³²

Ora, se o próprio Estado não consegue se desincumbir do ônus de orientação populacional no que diz respeito a meios que visem evitar uma possível procriação, como culpabilizar uma mulher que, devido à ausência de conhecimento quanto à métodos contraceptivos, se vê diante de uma gravidez indesejada e recorre ao aborto como única solução?

Mulheres e homens, não raro adolescentes, concebem ao acaso em decorrência de falta de informação sobre sua sexualidade e ausência de comprometimento com a paternidade responsável. Caso a gravidez vingue, possivelmente nascerá uma pessoa com dificuldades (problemas sociais, drogas, violência), por falta de vínculo afetivo entre ela e os pais, ou um aborto. Isso acontece em decorrência da falta de condição da família de reprodutora de bons valores e de ambiente de celebração do afeto, tendo em vista que a gestação não foi objeto de desejo do casal.¹³³

O Estado, portanto, declina às mulheres o direito ao planejamento familiar e, quando essas engravidam, recai unicamente sobre elas a culpa quanto a gestação, lhes sendo negado o direito de interromper uma gravidez indesejada.

A partir do momento em que é atribuído ao Estado o dever de assegurar os meios necessários para que a família tenha a opção de estabelecer livremente a sua dimensão, é imprescindível que este propicie recursos educativos no que diz respeito ao fornecimento de informações sobre meios de contracepção, devendo ser enquadrado, nesses meios, a interrupção da gestação por médico habilitado pela rede de saúde pública. Ainda que não seja recomendável que o aborto seja amplamente utilizado como método de contracepção, não se pode vedar a liberdade da mulher de

¹³² DIAS, Maria Berenice. **O aborto como direito humano**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)>. Acesso em: 18 set 2016

¹³³ DE SOUZA. Mario Luís Silva. **Planejamento Familiar e Aborto**. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id14970.htm> Acesso em: 20 set 2016

optar pelo número de filhos que deseja ter. Isto posto, além de ser necessária uma conduta omissiva do Estado, no que diz respeito à não proibição da interrupção da gravidez, é dever desse proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura.¹³⁴

3.2.2 A interrupção da gravidez motivada por fundamentos pessoais e sociais

Primeiramente, necessário que se acabe com a falsa ideia difundida pelos conservadores radicais de que quem luta pela descriminalização do aborto é a favor da prática abortiva em si. Discutir e defender que seja legalizado o aborto não é incentivá-lo, tampouco admirar o procedimento. Reconhecer a legitimidade da decisão de uma mulher que opte por interromper a sua gestação é apenas visualizar a mulher como sujeito de direitos e como uma pessoa que, igualmente a qualquer outra, possui motivos que antecedem e determinam as suas escolhas.

Infelizmente, atualmente, embora alcançados alguns avanços em relação ao tema, ainda se dissemina a ideia de que a gravidez é algo “natural”, resultante de um processo unicamente biológico, onde não há espaço para sentimentos, pensamentos ou para a razão. As mulheres devem ser mães por escolha de Deus ou da natureza, sendo unicamente delas o ônus de, após fazer parte do processo de concepção, gestar aquela nova vida até que essa se inicie.

Quando discutido o tema que gira em torno da interrupção da gravidez, em geral, é comum que se associe a “escolha” ao aborto. Entretanto, a palavra “escolha” nunca é relacionada à maternidade, visto que essa não é e nem deve ser matéria de escolha. Desse pensamento, retira-se a ideia de que o aborto vai de encontro à natureza, da mulher, é claro, vez que jamais é pensado que seja “contra a natureza” a recusa da paternidade como projeto de vida, por um homem, enquanto é obrigação da mulher tecer explicações quando escolhe não ser mãe.¹³⁵

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **O aborto como direito humano**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)> Acesso em: 18 set 2016

¹³⁵ NUNES, Maria José Fontelas Rosado. **Pensando eticamente a maternidade e o aborto**. Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 de maio de 2005

Faz-se mister salientar que nem toda gravidez é decorrente de uma opção livre da gestante. Basta uma pesquisa rápida e superficial para verificar o altíssimo índice da violência doméstica e sexual da qual as mulheres são vítimas. Um segundo ponto importante e que não deve ser olvidado é o fato de que, não obstante o avanço referente a circulação de informações, ainda há milhares de pessoas que não possuem conhecimento e recursos para a adoção de práticas preventivas no que diz respeito à reprodução.

Há que se reconhecer, ainda, a existência da infundada crença de que a mulher tem obrigação de cumprir o chamado débito conjugal, o que significa nada mais do que se submeter ao contato sexual, como se este fosse essencial ao cumprimento dos deveres oriundos do casamento. Similar é a situação de submissão que as famílias pautadas no modelo patriarcal ainda impõem à mulher, sequer lhe permitindo negar-se ao contato sexual. Ademais, a vedação religiosa ao uso de métodos contraceptivos obriga que a mulher se sujeite à prática sexual sem que possa exigir o uso da popular camisinha. Diante de todas essas situações, é imperativo o reconhecimento de que a gravidez não é uma escolha livre da gestante.¹³⁶

Para que se visualize as mulheres como seres de pleno direito é necessário que se reconheça o caráter humano do processo reprodutivo, afastando-o do plano meramente biológico e científico. Isto porque, diferentemente dos animais, os seres humanos são capazes de controle no que diz respeito à sua capacidade de reprodução. Mulheres e homens têm a capacidade de escolher se querem ter filhos, quando querem ter filhos ou quantos filhos desejam ter. É esse o motivo pelo qual uma gravidez não planejada ou indesejada pode, ou não, tornar-se objeto de acolhimento.¹³⁷

Os métodos anticoncepcionais e a possibilidade de interrupção da gestação se associam diretamente às características específicas do poder reprodutivo humano. Não obstante a conotação negativa que recai sobre essas ferramentas de

¹³⁶ DIAS. Maria Berenice. O aborto é crime?. **Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005

¹³⁷ NUNES. Maria José Fontelas Rosado. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. **Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005

contracepção, que são muitas vezes traduzidas como a negação do desejo de conceber novas vidas, é necessário reconhecê-las como algo positivo.

Deve-se entender a interrupção da gestação como um meio de afirmação do valor da vida humana, do respeito a ela, de tal forma que a continuidade de uma gravidez não signifique um ato meramente biológico, mas a gestação desejada e amorosa de um novo ser. A gravidez humana é uma experiência única, que pressupõe reciprocidade e realização de vontades, e não apenas a satisfação de necessidades, sociais ou biológicas.¹³⁸

Ademais, necessário salientar que sempre foi deixado ao encargo da mulher o dever de se precaver de uma gravidez indesejada, já que, a partir de uma concepção patriarcal, caberia a ela todos os percalços de tal estado e se encarregaria na maioria das vezes, da guarda e sustento da criança, vez que a maternidade é sempre conhecida, enquanto que a paternidade dependeria de investigação.¹³⁹

É precípuo que se reconheça a possibilidade de escolha da mulher no que diz respeito a ser mãe. Ainda que a gestação seja um processo natural e biologicamente possível, nem todas as mulheres desejam que o processo gestacional funcione como uma etapa de suas vidas.

Faz-se mister salientar, ainda, o fato de que o processo biológico de formação de um novo ser não depende unicamente da mulher. Parece óbvia a afirmação de que a formação do feto decorre da junção do óvulo, oriundo da mãe e do espermatozoide, oriundo do pai, mas a verdade é que essa constatação biológica resta olvidada toda vez que se resolve responsabilizar unicamente a mãe diante da ocorrência de uma gravidez indesejada.

No Brasil, a quantidade de crianças que não possui o nome do pai na certidão de nascimento é enorme, levando a conclusão de que é plenamente possível que o pai opte, ou não, por ter um filho. O aborto paterno, portanto, é legalizado, mas o materno, não.

¹³⁸ NUNES. Maria José Fontelas Rosado. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. **Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005

¹³⁹ BRITO. Nágila Maria Sales. Mais uma palavra sobre o planejamento familiar no Brasil. **Revista do Ministério Público da Bahia** – v. 2, n 2. (jul/dez 1993) p. 105

Aliás, é até injusto comparar o abandono paterno com o aborto. Abortar é desistir de um punhado de células, da possibilidade de se gerar uma vida. O abandono afetivo consiste em ignorar a existência de um ser já vivo, que necessita de auxílio para sobreviver. A opção pelo aborto encontra-se diretamente relacionada a um ato de responsabilidade, através do qual a mãe, por motivos vários, interrompe a possibilidade de gerar uma vida justamente por achar que não possui condições de assisti-la. O ato de abandonar um ser após o nascimento pode significar tudo, menos responsabilidade.

Necessário que se discuta, ainda, acerca do perfil das mulheres que mais sofrem em decorrência de uma gravidez indesejada. Não obstante o aborto aconteça, em larga escala, em diferentes classes sociais e religiões, ainda que reconhecida a sua ilegalidade, são as mulheres de baixa renda as mais atingidas por consequências negativas decorrentes de uma gestação acidental e, ainda, de um aborto inseguro.

Como se depreende da leitura do art. 227 da Constituição Federal, a responsabilidade pela formação do cidadão, que deveria ser do Estado, é delegada à família, já que, por ordem de citação do dispositivo constitucional, é outorgada à família, à sociedade e por último ao Estado a formação e a proteção da criança e do adolescente. Essa responsabilidade, entretanto, recai quase sempre sobre os ombros da mãe, que muitas vezes não possui condições financeiras para o próprio sustento, e, por decorrência lógica, leva à conclusão de impossibilidade do sustento de um filho.

A prática do aborto não é algo adorado pelas mulheres. É um procedimento invasivo e que, na maioria das vezes, acarreta em sequelas físicas e psicológicas. É preciso que se reconheça que as mulheres optam por interromper a gestação como forma última de solucionar o problema.

A criminalização do aborto acarreta na responsabilização exclusiva de mulheres que foram privadas de uma educação reprodutiva, que não possuem acesso a meios seguros de contracepção ou ainda, que não tem condições de interromper, ainda que clandestinamente, uma gestação indesejada em clínicas particulares.

Mulheres não foram feitas para procriar e não são as únicas responsáveis por uma gestação. Em contrapartida, recai sobre elas o ônus de carregar o feto por nove meses e, ainda, a responsabilidade no que diz respeito à criação daquele novo ser, visto que, ainda encontra-se vigente uma sociedade extremamente patriarcal, que as

compreende como objetos de reprodução, fonte de vida humana, mesmo que não seja esse o seu desejo.

3.3 AUTONOMIA COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE

Ainda que primordiais e de importância incontestável ao ordenamento jurídico brasileiro, Paulo Bonavides¹⁴⁰ defende a ideia de que as normas previstas na Constituição Federal e as demais normas que constituem um ordenamento em sentido amplo não podem ser analisadas isoladamente, devendo ser interpretadas como integrantes de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos e que, na presente fase do pós-positivismo, possuem total hegemonia e destaque quando relacionados às normas regras. É exatamente a coerência entre as diversas espécies de normas que confere a sistematicidade própria de um ordenamento jurídico e o reconhecimento do princípio da unidade da Constituição.

Em sendo assim, é possível vislumbrar o direito à vida digna (dignidade da pessoa humana), a partir da interpretação do art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira, como premissa lógica e fundamental da personalidade humana e, por conseguinte, dos próprios direitos da personalidade

Nessa trilha de raciocínio, prelecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁴¹ ser a dignidade humana o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, instituído como primordial pela Constituição Federal de 1988, de modo a vincular o conteúdo das regras que dispõem acerca da personalidade jurídica. Por conseguinte, necessário reconhecer o ser humano como o centro de todo o ordenamento jurídico, no sentido de que as normas servem à pessoa e a sua realização existencial, sendo necessária a garantia de um mínimo de direitos fundamentais, os quais sejam suficientes para assegurar a vida com dignidade.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 Ed. São Paulo. Malheiros, 2002, p. 247

¹⁴¹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte geral e LINDB**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 160

Na mesma linha de intelecção, Gustavo Tepedino¹⁴² preleciona que as regras constitucionais “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”.

Por conseguinte, chega-se claramente a conclusão de que a Constituição Federal Brasileira não assegura, apenas, o direito à vida, mas, necessariamente, reconhece e tutela o direito à uma vida digna.

Portanto, o direito à vida não deve ser estudado de maneira isolada dentro de nosso ordenamento jurídico, e sim analisado à luz dos princípios de interpretação constitucional, considerando-se a existência de diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à integridade física, psíquica e intelectual, a autonomia e livre desenvolvimento da personalidade, a proibição de tratamento desumano ou degradante e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan¹⁴³ preleciona que o princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se como um “superprincípio” jurídico, uma norma destinada a orientar a interpretação das demais. Logo, pelos motivos já explicitados, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado como parâmetro interpretativo do direito à vida, bem como aos demais direitos, contemplando, deste modo, a existência de um direito à vida digna.

Não se enquadra a dignidade da pessoa humana dentre os diversos direitos fundamentais inseridos no extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A opção do constituinte foi considerá-la, de maneira expressa, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a, portanto, no inciso III do art. 1º.

Conclui-se, portanto, que a inserção do princípio em comento na Magna Carta brasileira indica a ideia de que é um dos fins do Estado proporcionar as condições mínimas para que as pessoas se tornem dignas.¹⁴⁴

Difícil, entretanto, conceituar seguramente o Princípio da Dignidade da Pessoa humana. A dificuldade conceitual relacionada ao princípio retromencionado encontra explicação em alguns fatos. Primeiramente, trata-se o direito de um instrumento que

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p. 47

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.393-394

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ive Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 425

está em constante evolução, ante a sua capacidade de aderência aos fatos e à vida social. Ademais, por estar enquadrado dentre as categorias jurídicas consideradas como principiológicas, cuja principal característica é o alto grau de abstração, os princípios serão quase sempre suscetíveis de acepções e conceituações variadas.

Desde o pensamento estóico, a dignidade da pessoa humana era tida como uma qualidade inerente ao ser humano, distinguindo-os das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados de uma única dignidade, estando essa relacionada intimamente à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo, ou seja: o homem como um ser livre e responsável pelos próprios atos e destino.¹⁴⁵

Dentre as diversas tentativas de conceituação desse princípio, o filósofo Immanuel Kant foi, possivelmente, o personagem que mais contribuiu para a sua definição, ao afirmar que o homem é um fim em si mesmo e não um meio ou instrumento de outrem.¹⁴⁶

Segundo Fabio Konder Comparato¹⁴⁷, a dignidade da pessoa humana não consiste simplesmente no fato de ser o homem considerado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. De seu conceito podemos também retirar a ideia de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como um ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

No mesmo sentido, é o pensamento de André Ramos Tavares, defendendo a ideia de que a dignidade da pessoa humana não abarcaria somente o fato de que o homem jamais poderá ser considerado como um instrumento, mas, também, o fato de que o ser humano é capaz de escolher o próprio caminho, precipuamente no que diz respeito a tomar suas decisões sem que haja interferência direta de terceiros.¹⁴⁸

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 238

¹⁴⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

¹⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 557

Segundo o constitucionalista Jorge Miranda “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”¹⁴⁹

Isto posto, tem-se que a dignidade da pessoa humana garante a afirmação positiva do desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Esse desenvolvimento, por sua vez, pressupõe, de um lado, o exercício da autodisponibilidade de cada indivíduo, sem que haja interferências ou impedimentos externos, garantindo, portanto, as possíveis atuações próprias de cada um; de outro, a autodeterminação, a qual surge da livre projeção histórica da razão do homem.¹⁵⁰

Apesar de não visualizar a autonomia como um elemento imprescindível à concretização da dignidade, Maurício Requião¹⁵¹ defende a ideia de que a autonomia privada configura-se como um instrumento significativo para o alcance dessa dignidade. Portanto, necessário que se observe as limitações impostas à autonomia do sujeito. Isso porque, se bem realizadas, terão o condão de promover a dignidade, de outra banda, caso sejam impostas de forma indevida, acarretarão em prejuízo à concreção da mesma dignidade.

Nesse passo, sendo a dignidade um princípio fundamental ao ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que não se pode definir a vida humana apenas por seu aspecto fisiológico, tal como a vida dos demais seres vivos, devendo-lhe agregar a noção de dignidade da pessoa humana, o diferencial do ser humano.

Dito isso, observa-se que apenas o fato de haver respiração e funcionamento vegetativo dos órgãos não é suficiente para se afirmar que existe, de fato, vida. Tal asserção deve ser adotada, sobretudo, na análise de casos concretos, a exemplo do paciente terminal, que vê, na eutanásia, o único instrumento para encerrar o seu insuportável sofrimento ou a mãe que requer o aborto de feto anencéfalo, que não possui reais expectativas de sobrevivência, representando, nas duas hipóteses, uma verdadeira angústia em vida, que não pode ser respaldada em uma obrigatoriedade estatal que viole os demais princípios constitucionais.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 9ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 124

¹⁵⁰ LUÑO, Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 318

¹⁵¹ REQUIÃO, Maurício. **Discussão a Autonomia**. Salvador: Juspodvum, 2014, p. 20-21.

Embora os conceitos de dignidade, autonomia e liberdade existam para todos, no momento em que a mulher engravida, essa deixa de titularizar direitos em sua totalidade, posto que o nascituro passa a ter uma posição privilegiada em relação à gestante.

Há, portanto, a negação de sua condição de sujeito titular de direitos, na medida em que se transforma em um ser que vive para garantir a existência de outro e, diante disso, torna-se objeto, fonte reprodutiva, um mero instrumento para gerar uma nova vida.

4 A DECISÃO ACERCA DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO CONCEITO “VIDA”

Ao empregar a palavra “aborto” na legislação penal, o legislador aludiu a interrupção da gravidez e a conseqüente morte do embrião ou do feto, não definindo explicitamente, todavia, o momento a partir do qual é reconhecível a vida humana que pode ser interrompida por manobras abortivas.¹⁵²

Segundo Alberto Silva Franco¹⁵³, a lei penal, em si, não define o aborto. Esse não é vocábulo inteligível à primeira vista, como “matar”, “injuriar” ou “subtrair”. O conceito de aborto, em termos penais, não se traduz num círculo fechado, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere, muito pelo contrário. Trata-se o “aborto” de figura típica que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição do momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada. Dito isso, o vocábulo “aborto” deve ter o seu significado atrelado à questões diversas, valorando conceitos médicos, biológicos e sociais.

Como já explicitado anteriormente, não existe consenso na ciência acerca do momento em que se inicia a vida, tampouco as religiões têm resposta unânime para tanto.

Percebe-se, portanto, que se existem tantos conceitos que objetivam explicar o que é a vida, é porque não há um único que possa abarcar a todos. A criação dessas diversas definições serve para que cada indivíduo possa entendê-las em sua própria subjetividade, tornando-se, deste modo, para ele, um conceito verdadeiro.¹⁵⁴

Isto posto, verifica-se que o preenchimento do conteúdo do conceito de vida é uma questão extremamente variável, estando diretamente relacionada com temas diversos, a exemplo da moral, dos costumes, da biologia, da religião, dos avanços tecnológicos e científicos e, ainda, de questões psicológicas e sociais.

¹⁵² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 666.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 665.

¹⁵⁴ COHEN, Claudio. A Bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.58

Deveras, é imprescindível que se reconheça o “viver” como um interesse respeitável, visualizando-o, em primeiro lugar, como um conceito pessoal, mas que será protegido pela sociedade, dinâmico, que se transforma, e que também é subjetivo. É fundamental que se discuta o que vem a ser entendido como morte e início da vida, reconhecendo, entretanto, que essas sempre serão definições sociais bastante complexas. Para que possam ser determinados esses limites, a sociedade cria leis, que seguramente não são as leis naturais, mas sim as leis culturais.¹⁵⁵

Necessário, ainda, o reconhecimento do Brasil como um país multicultural, decorrente da miscigenação de culturas que ocorre no país desde os tempos da colonização portuguesa. Chama-se a atenção, ainda, para a diversidade religiosa presente no Brasil, diversidade essa que encontra respaldo na própria Constituição Federal Brasileira, a qual prevê a proteção ao exercício da liberdade religiosa, proibindo qualquer tipo de intolerância.

Dito isto, levando em consideração, ainda, a dificuldade conceitual acerca do que se trata a “vida”, necessário o reconhecimento de que o preenchimento do conteúdo desse conceito é plenamente possível de sofrer modificações com o passar do tempo, variando no espaço e, ainda, sendo modificado de pessoa para pessoa.

Como já explicitado no capítulo sobre a fundamentação religiosa, não obstante o reconhecimento, por todas as religiões, do absoluto respeito à vida, essas divergem no que diz respeito ao entendimento do que se trata a vida propriamente dita, o momento em que essa se inicia e como o seu valor intrínseco deve ser desenvolvido.

Fazendo uma síntese de todas as ideias que se dignam a explicar do que se trata a vida, conclui-se que morte e vida são apenas dois extremos de um ciclo; e esse ciclo será determinado de acordo com uma cultura ou um observador.¹⁵⁶

É compartilhada por quase todos, intuitiva ou explicitamente, a ideia de que a vida humana possui um valor objetivo e intrínseco que independente de seu valor pessoal, e a divergência no que diz respeito à interpretação dessa ideia é o ponto principal da grande discussão acerca do aborto. Por essa razão, o debate que gira entorno das valorações da vida é ainda mais importante para a maioria das pessoas do que o

¹⁵⁵ COHEN, Claudio. A Bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.60

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.58

simples questionamento de se o feto é ou não uma pessoa, uma vez que a sua abrangência é ainda maior – traduz a reflexão acerca de diferentes concepções, não apenas do valor e da finalidade da vida humana, mas do significado e da natureza da morte.¹⁵⁷

Ainda fazendo menção aos capítulos já abordados, chega-se à conclusão de que nem a medicina se desincumbiu do ônus de determinar o momento em que a vida humana se inicia. Caso houvesse um entendimento consolidado acerca do tema, não haveria que se falar nas diversas teorias que tentam encontrar fundamentos que definam o início da vida.

Atualmente, o preenchimento do conteúdo do vocábulo “vida” tem sido utilizado de acordo com os parâmetros propostos pela medicina. Necessário chamar a atenção, entretanto, para o fato de que o atual conceito de morte encefálica, aceito pela Organização Mundial de Saúde, é decorrente dos avanços médicos e tecnológicos, visto que, se entendermos a morte como o fim das atividades cerebrais, haverá a possibilidade de transplante de órgãos vitais daquele indivíduo considerado como morto. Porém, previamente à possibilidade dos transplantes de órgãos, o conceito de morte estava balizado pela parada cardiorrespiratória, sendo utilizado, inclusive, ainda em alguns casos. Assim, questiona-se qual desses dois conceitos será o verdadeiro? Ou será apenas uma questão de precisão científica? Podem esses conceitos vir a variar no futuro?¹⁵⁸

Em decorrência dessa pluralidade de fatores, há quem defenda a tese de que intitular um feto de bebê seja uma decisão da grávida. É a relação da gestante com o organismo que nela se desenvolve que deve determinar o real significado da gravidez e, conseqüentemente, o que é a vida. Desse modo, uma grávida de cinco meses pode considerar aquele organismo como um feto, enquanto outra, com o mesmo tempo de gestação, pode considerá-lo como um bebê. Entende-se, portanto, ser essa a única forma justa de definir uma conceituação, levando em consideração os sujeitos envolvidos naquela situação específica, somente.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 94

¹⁵⁸ COHEN, Claudio. A Bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010, p.59

Alberto Silva Franco também é adepto da ideia antes citada, propondo um novo e mais moderno estágio para o momento em que se inicia a vida humana, nomeando-o como “Compromisso Relacional: mãe/filho”. Nesse sentido, preleciona:

A vida humana não está inserida no zigoto, nem pode ser reconhecida nas diversas etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente no momento em que se estabeleça efetivamente o nexu ou a relação mãe/filho, isto é, quando a mãe incorpora ‘a vida humana dependente ao próprio projeto de vida’ ou, dito de forma mais explícita ainda, quando a mãe ‘por ato de vontade’ confere ao embrião ‘o valor de pessoa’, portanto, quando ‘cria a pessoa’. ‘A procriação é um ato criativo, como um fiat lux: fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e vontade. Com ele a mãe dá não só ao corpo, mas também a forma de pessoa ao nascituro, pensando-o como filho.’¹⁵⁹

É fundamental, portanto, que se tenha parâmetros sociais para definir o que deve ser entendido como início e fim da vida, pois, somente a partir dessa análise, poderemos chegar a alguma conclusão no que diz respeito ao direito de viver. Porém, essas definições nada mais são do que o preenchimento de um conceito em um determinado ciclo, delimitado em um tempo e espaço e observado a partir de variáveis que denominamos cultura.

Das ideias acima explicitadas, também surgem algumas questões nas quais deve-se pensar: a quem pertence a própria vida, a Deus, à sociedade ou ao próprio indivíduo. Ademais, qual é o valor mais importante, e, portanto, aquele que deverá ser respeitado quando entram em conflito, o da sacralização da vida ou o de qualidade de vida?¹⁶⁰

Para se chegar a qualquer resposta quanto aos questionamentos retromencionados, ratifica-se a ideia de que o conceito de início da vida estará sempre baseado em juízos sociais, salientando, ainda, que as diferentes culturas serão responsáveis por designar quais serão os critérios para o preenchimento deste conteúdo e quem serão as pessoas capacitadas para identificá-los.¹⁶¹

Faz-se mister salientar que, ao tratar da vida como um conceito variável e abordar ideias que defendem que o seu conteúdo pode ser preenchido a partir de valorações diversas, variando, portanto, de mulher para mulher, não está se defendendo a interrupção da gestação em qualquer momento, de forma alguma.

¹⁵⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 665.

¹⁶⁰ COHEN, Claudio. A Bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora. 2010. P.62

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 63

Em que pese uma grávida de cinco meses possa considerar estar gestando uma vida, enquanto outra, com o mesmo tempo de gestação, não o faça, legitimar um aborto pautado apenas na afirmação, pela mulher, de que esta não considera determinado feto como vida seria incorrer em grande arbitrariedade. Ratifica-se, portanto, a plena convicção no fato de que defender a descriminalização do aborto sem que fosse estipulado um prazo para tanto seria defender decisões discricionárias, permitindo, por exemplo, que uma grávida de oito meses e vinte nove dias interrompesse aquela gravidez com fundamentos estritamente pessoais, o que não parece razoável.

O que se pretende, neste capítulo, não é defender a legalização do aborto de forma indiscriminada, mas tratar acerca da necessidade, pelo Estado, de adoção de um conceito de vida que esteja mais adequado com os anseios da sociedade. Explica-se.

Como já mencionado alhures, ao empregar a palavra “aborto” na legislação penal, o legislador fez alusão à interrupção da gravidez, mas deixou de definir o momento a partir do qual é reconhecível a vida humana que pode ser interrompida por manobras abortivas.

Não obstante a ausência de menção expressa acerca do momento em que a vida se inicia, ao tipificar o aborto como crime, a legislação penal criminaliza a interrupção da gravidez em qualquer momento, penalizando, inclusive, a mulher que o faça com uma semana de gravidez.

Dessa forma, ainda que não o faça de maneira expressa, verifica-se que, ao criminalizar o aborto de forma indiscriminada, ou seja, a qualquer tempo de gestação, a lei, automaticamente, faz um preenchimento do conteúdo do conceito “vida”. O ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente a legislação penal, portanto, adota a teoria utilizada pela Igreja Católica para definir o início da vida, qual seja a teoria da concepção.

Ora, seria essa a teoria mais adequada para pautar uma legislação em se tratando de um Estado Laico? A resposta é claramente “não”.

Ao criminalizar o aborto, além de, automaticamente, fazer um preenchimento do conceito de vida, a lei estabelece previamente o que é bom e ruim, certo e errado, justo e injusto, justo no que diz respeito ao sentido de referencial de justiça emanado da sociedade.

Quando se criminaliza o aborto, portanto, a legislação determina que, para a sociedade, o aborto é ruim, é errado, não é justo e que, diante disso, merece ser punido. Ocorre, entretanto, que o Código Penal é datado de 1940 e que o senso de justiça aplicável à época não mais encontra respaldo na sociedade atual, justamente em decorrência da mutabilidade dos valores sociais.

Mas será possível alterar a legislação e descriminalizar o aborto sem que isso vá de encontro à Constituição Federal Brasileira? Sim, desde que a descriminalização imponha regulamentação clara.

No mesmo sentido é o entendimento de Orlando Gomes, prelecionando que, independentemente das normas liberatórias que venham a ser adotadas, não se deve chegar à impunidade total, tampouco admitir o aborto após o quarto mês de gestação, quando se supõe que o feto já tenha alcançado certa individualidade.¹⁶²

Verifica-se, portanto, que ao fixar os valores e princípios que devem servir como base para o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição elenca uma série de 'carta de direitos', a exemplo da liberdade, dignidade da pessoa humana, vida, segurança, etc, inexistindo qualquer hierarquia que coloque a vida acima dos demais valores constitucionalmente previstos. Faz-se mister salientar que nada para a Constituição é absoluto, devendo haver o sopesamento de direitos e valores de acordo com cada caso concreto, através de um sistema de balanceamento entre escolhas constitucionais, que acarrete na proporcionalidade e adequação da aplicação destes princípios.¹⁶³

A suposta supremacia do valor vida, em detrimento de outros valores previstos constitucionalmente, não advém da interpretação da Constituição Federal Brasileira, e nem de escolhas pautadas em conceitos jurídico-rationais. Advém, tão somente, da contaminação do ordenamento e das escolhas legislativas, com a indevida chancela do Estado, por valores religiosos e morais.¹⁶⁴

¹⁶² GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 257

¹⁶³ TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>> Acesso em: 29 set 2016

¹⁶⁴ *Ibidem*

4.1 A NECESSÁRIA GARANTIA DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO A PARTIR DA INFLUÊNCIA DE FUNDAMENTOS MORAIS INDIVIDUAIS

A liberalização do aborto não é um tema exclusivamente jurídico. Em nome de ideais eminentemente morais e religiosos, levanta-se, ainda hoje, tremenda recusa contra esse propósito.¹⁶⁵

Como já mencionado alhures, a reprovação moral do aborto é um direito pessoal diretamente ligado à liberdade de pensamento e convicção. Tornar a conduta criminosa, entretanto, é interferir na esfera privada de outrem, acarretando na imposição de conceitos e valores, prática que não se coaduna com a própria existência do ser humano como um indivíduo livre e autônomo.

Em decisão recente do STF, o ministro Luís Roberto Barroso adotou posição equivalente, ao declarar, em seu voto-vista, que a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima, na medida em que é direito de todos a liberdade de expressão e de defender dogmas, valores e convicções. O que foge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema moralmente controverso, criminalizar a posição do outro.¹⁶⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Orlando Gomes, que visualiza a interrupção da gravidez como uma questão estritamente individual, ao mencionar, tratando do aborto, que: “o crime, que hoje é, amanhã deixará de ser, apesar de todas as oposições. A questão será exclusivamente um problema de consciência.”¹⁶⁷

Portanto, sujeitar a mulher a uma legislação que possui como base princípios relacionados à moralidade e religião é desrespeitar o seu direito à liberdade religiosa e de agir de acordo com seus próprios preceitos morais.

É extremamente injusto exigir das mulheres que se tornem mães simplesmente pelo fato de que essas são dotadas da possibilidade biológica de gerar vida. A maternidade só poderá ser considerada plenamente humana se resultar de uma escolha ética e não de uma imposição genética. O reconhecimento da humanidade das mulheres

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 255

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, novembro 2016. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 01 dez 2016

¹⁶⁷ *Ibidem, loc cit*

significa atribuir-lhes o controle sobre sua capacidade biológica de gerar um novo ser.¹⁶⁸

Assim, uma atitude moralmente aceitável seria estender a todas as mulheres a liberdade no que diz respeito à possibilidade de interferir no próprio poder criativo, e não deixá-las sujeitas ao resultado de um mero acidente biológico. Uma atitude moralmente admirável seria reconhecer as mulheres como agentes morais de pleno direito, que possuem capacidade de escolher eticamente, segundo critérios de moral pessoal e individual, independentemente de que sejam socialmente aceitos como justos. Em contrapartida, é imoral que terceiros - seja o Estado, seja um grupo religioso- decidam sobre o que as mulheres podem ou não fazer de seus corpos, de sua capacidade reprodutiva.¹⁶⁹

Em se tratando de moralidade, há de se reconhecer a pluralidade de sistemas morais, bem como a universalidade da experiência moral.

A experiência moral pode ser encontrada em todos os povos e culturas, bem como em todas as pessoas que possuem um desenvolvimento intelectual normal, caracterizando-se como um elemento inerente à condição humana. A moralidade se assemelha um pouco ao fenômeno linguístico. Pode-se afirmar que o ser humano possui uma capacidade inata para a linguagem, materializando-se na diversidade de idiomas existentes, todos esses diferentes entre si. De modo similar é a estrutura da moral, o agir de acordo com a moral se expressa em múltiplos códigos morais distintos, variando, grande parte das vezes, de acordo com a cultura e religião.¹⁷⁰

Deveras, direito e moral estão intimamente relacionados, mas não são, de nenhum modo, idênticos, ou, sequer, sinônimos.

¹⁶⁸ NUNES, Maria José Fontelas Rosado. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. **Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005

¹⁶⁹ NUNES, Maria José Fontelas Rosado. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. **Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005

¹⁷⁰ FERRER, Jorge; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética.** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 31

Em se tratando do direito, faz-se mister salientar o conceito adotado por São Tomás de Aquino para definir o que é a lei, caracterizando-a como “um mandato estabelecido pela razão, para o bem comum e promulgado pelo responsável da comunidade.”¹⁷¹

Entende-se por mandato estabelecido pela razão, o fato de que a lei não deve se originar de arbitrariedade, posto que a sua autenticidade está diretamente ligada à racionalidade, sendo essa um elemento constitutivo intrínseco da legislação. O bem comum pode ser traduzido como aquele que alcance a sociedade em sua totalidade, ou seja: se a lei visa a utilidade de um particular, não pode ser considerada verdadeira. Por visar o bem comum, conseqüentemente, a lei deve ser promulgada pelo representante social, não havendo que se falar em competência de indivíduos particulares para a promulgação de qualquer lei.

Além de estar em conformidade com a razão, é imprescindível que a lei seja realizável. Para tratar acerca da concretização da lei, São Tomás de Aquino preleciona: “A lei deve ser possível, conforme à natureza, apropriada aos costumes do país.” Ou seja: o comando normativo da lei deve importar em concretização, no mundo dos fatos, pela maior parte dos cidadãos a que ela se submetem, e não somente para os muito virtuosos. Isto posto, tem-se que a lei não deve proibir todos os vícios reprovados pela moral, mas somente os mais gravosos e sem cuja proibição a sociedade humana não poderia se sustentar.¹⁷²

O mesmo é o entendimento de Paulo Nader.¹⁷³ Para o autor, o direito positivo se apresenta na sociedade através de um procedimento de adaptação social, elaborado em função de uma necessidade.

Para que o processo de adaptação social seja efetivo, necessário o preenchimento de diversos requisitos. Primeiramente, é imprescindível que o Direito esteja ajustado ao momento histórico, em consonância com os fatos da época. Deste modo, as normas jurídicas devem não apenas regular as relações sociais como também refletir preceitos que expressem o querer da coletividade. Deve o legislador, portanto,

¹⁷¹ São Tomás de Aquino apud Jorge José Ferrer. Juan Carlos Alvarez. **Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 47

¹⁷² FERRER, Jorge José. ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 47

¹⁷³ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 40

respeitar a vontade social, buscando preparar um texto legislativo que eleja valores e busque soluções que sejam compatíveis com as pretensões dominantes.¹⁷⁴

Ao realizar a sua função, portanto, o legislador há de preparar a lei de modo que essa acarrete em um procedimento de adaptação social que seja efetivo. Para aferir essa efetividade, imprescindível que se examinem os efeitos sociais provocados pela norma durante a sua vigência. Se essa não logrou efetividade ou deixou de proporcionar o bem estar coletivo, não há que se falar em processo de adaptação social e, conseqüentemente, legitimidade da norma.

Entende-se, portanto, que em um universo repleto de diferentes expressões morais, não há como invocar uma única moralidade para utilizá-la como fundamento de uma legislação que será aplicável a cidadãos diversos. Como esperar adequação e, conseqüentemente, a legitimidade de uma norma que se baseia em um conceito moral completamente diferente daquele cultuado por determinado indivíduo?

Do mesmo modo, a teoria libertária do direito vai ao encontro do entendimento supracitado, não admitindo nenhuma legislação sobre a moral.

Segundo Michael Sandel¹⁷⁵, os libertários são contra o uso da força coercitiva de leis que visam promover noções de virtude ou expressar convicções morais de uma determinada maioria. Dito isso, a prostituição pode ser moralmente questionada para uma série de pessoas, fato que não justifica a imposição de legislações que proíbam adultos conscientes à sua prática. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em se tratando da homossexualidade. Em determinados segmentos sociais, a homossexualidade pode ser reprovada, essa conduta de reprovação moral, entretanto, não legitima e sequer justifica que leis privem gays e lésbicas do direito de escolher livremente os seus parceiros sexuais.

A tipificação do aborto como crime, portanto, seja essa baseada em um pressuposto moral ou um pressuposto religioso, viola direitos que, teoricamente, a mulher titulariza, quais sejam a liberdade e autonomia.

¹⁷⁴ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41

¹⁷⁵ SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 79.

Para que se possa agir livremente, de acordo com Immanuel Kant¹⁷⁶, devemos agir com autonomia. E agir com autonomia é atuar de acordo com uma lei que crio e imponho a mim mesmo, e não de acordo com ditames exteriores, a exemplo de convenções sociais. A capacidade de agir com autonomia é o que confere à vida humana a sua dignidade especial, promovendo a diferenciação entre pessoas e coisas. De acordo com as ideias de Kant, o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas, respeitando, portanto, a sua lei interior.

Ademais, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, e sim na intenção genuína através da qual a ação é realizada. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo que seja exterior a ela. Uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza.¹⁷⁷

Ao tratar acerca da moral, Kant passa a caracterizar a heteronomia da vontade como a fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade.¹⁷⁸

O significado do termo “heteronomia” pressupõe um estado de sujeição do indivíduo à vontade de terceiros e se opõe à “autonomia”, através da qual determinado ente é titular do livre arbítrio, sendo capaz de expressar livremente as suas vontades. O conceito de “heteronomia” encontra-se intimamente ligado ao Estado de Direito, vez que, nesse tipo de organização estatal, toda a coletividade deve se submeter à vontade da legislação vigente.¹⁷⁹

Segundo Kant¹⁸⁰, quando a vontade individual busca a lei para regulá-la em qualquer outro ponto que não seja a expressão da sua própria vontade, quando, portanto, um indivíduo se afasta da sua própria legislação interna e busca uma lei na natureza para regular quaisquer de seus objetos, o resultado será sempre a heteronomia. Esse comportamento é facilmente traduzido na seguinte frase: “Devo fazer isso porque quero aquilo”, contrariando, portanto, a própria ideia do imperativo moral, que diz: “Devo agir desta ou daquela maneira, ainda que não quisesse determinada coisa.” Portanto, enquanto a heteronomia é facilmente representada pela ideia: não devo mentir, se quero continuar a ser honrado; a autonomia traduz o seguinte pensamento:

¹⁷⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 238

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 200

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 239

¹⁷⁹ *Ibidem*, *loc cit.*

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 86

não devo mentir, ainda que o mentir não me trouxesse a menor vergonha. Para agir moralmente, portanto, é necessário afastar-se de todos os objetos que não tenham ligação íntima com a nossa própria vontade, visando, portanto, que a nossa razão prática não seja uma mera administradora de interesse alheio, mas que demonstre a sua própria autonomia da vontade como legislação suprema.¹⁸¹

No mesmo sentido é o entendimento de Aurelio Fernandez, que entende que o ato humano é moral quando se realiza com conhecimento e liberdade. Segundo o autor, por ser a racionalidade um elemento intrínseco ao ser humano, para que um ato lhe possa ser imputado moralmente, é imprescindível que o indivíduo tenha plena consciência da ação que vai executar, qualificando-a, do ponto de vista ético, como boa, ou má. Necessário, portanto, que haja uma dupla percepção: deve-se ter consciência do que faz, e, além disso, deve-se reconhecer a bondade ou malícia da ação que executa ou omite.¹⁸²

Acerca da liberdade, preleciona o autor:

A ação moral, além de conhecer a bondade ou malícia do ato que se executa, requer, além do mais, o “consentimento”. Para isso, exige-se a liberdade da vontade. A liberdade é o elemento mais determinante da moralidade do ato. A ação que se leva a cabo de modo violento ou na qual a liberdade se vê limitada ou anulada pela paixão, pelo medo etc. perde o caráter moral.¹⁸³

A moralidade consiste, portanto, na relação das ações com a autonomia da vontade. A ação que concorde com a autonomia da vontade é permitida; a que com ela não pode concordar é proibida. A vontade, cujas máximas concordem necessariamente com as leis da autonomia considera-se uma vontade absolutamente boa. A dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral) é a obrigação e a necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se dever.¹⁸⁴

Pode-se trazer esse mesmo pensamento para a análise prática do aborto, afirmando que, a mulher que deixa de realizá-lo por mera imposição legal, não age de acordo

¹⁸¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 86

¹⁸² FERNANDEZ, Aurelio. **Compendio de teologia moral**. Madrid: Ediciones Palabra, 1995, p. 153

¹⁸³ *Ibidem*, p. 154

¹⁸⁴ *Op cit*, p. 237-238

com a moral, visto que deixa de praticá-lo por um motivo exterior a ela, e não porque entende ser esse o seu dever de atuar de maneira correta.

E, consoante preleciona John Stuart Mill, “onde, não o próprio caráter da pessoa, mas as tradições ou costumes de outras pessoas sejam a regra de conduta, há a falta de um dos principais ingredientes da felicidade humana.”¹⁸⁵

Uma sociedade que não oferece às mulheres condições para a liberdade do exercício do ato de trazer ao mundo um novo ser é uma sociedade eticamente questionável. Pode-se dizer que nenhuma sociedade é moralmente adequada se lhe falta a organização no sentido de proporcionar a existência e a expansão das possibilidades da escolha procriativa. Enquanto essa liberdade de escolha não se tornar um valor básico na sociedade, as mulheres não poderão agir como seres plenamente humanos. Não serão agentes morais. Para que seja oportunizado às mulheres o agir de acordo com os seus próprios preceitos morais, necessário que se exija a realização da justiça social, ou seja: a criação de condições para que todas as mulheres da sociedade possam exercer o direito de escolha no que diz respeito à optar, ou não, pela maternidade.¹⁸⁶

A autodeterminação da maternidade, antes que uma liberdade de abortar, é uma liberação da servidão pessoal que se configura na obrigação da mulher se tornar mãe e na instrumentalização de seu corpo para um fim que não é seu porque não é querido. Em suma, trata-se de uma liberdade do corpo, no que diz respeito à soberania de cada um sobre o seu próprio corpo e sua própria mente. Isto posto, a liberdade individual da mulher encontra amparo na máxima kantiana, segundo a qual nenhum ser humano pode ser tratado como coisa.¹⁸⁷

¹⁸⁵ MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Scala, 2008, p. 84

¹⁸⁶ NUNES, Maria José Fontelas Rosado. **Pensando eticamente a maternidade e o aborto**. In: Painel: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 de maio de 2005

¹⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 664.

4.1.1 A proteção ao exercício da liberdade religiosa

A criminalização do aborto é um tema jurídico de caráter penal, no sentido de que é nesse setor de direito que se faz o seu estudo. No âmbito do direito civil, o exame de sua natureza e suas consequências deve ser feito à luz da análise dos direitos da personalidade. Isto posto, será um dos aspectos do direito à vida. O que se pergunta, na maioria das vezes, é se o feto – uma esperança de vida – já é homem, fato que acarretaria no crime de homicídio caso fosse permitido o aborto, ou se, como define o direito romano, é tão somente parte das entranhas da gestante.¹⁸⁸

Segundo Dworkin, deve-se distinguir duas controvérsias possíveis que estão diretamente relacionadas ao tema aborto. A primeira diz respeito a uma discussão acerca do fato de o feto ser ou não titular de interesses, incluindo-se, aí, o interesse de continuar vivo, e de direitos que protejam esses interesses. A segunda pretende discutir se o aborto é moralmente reprovável não por ser condenável ou injusto com os interesses do feto, mas pelo fato de negar e profanar a santidade e a inviolabilidade da vida humana.¹⁸⁹

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, principalmente no decorrer do tópico que explicita o caráter relativo do direito à vida, bem como as exceções permissivas da prática do aborto, a controvérsia acerca do aborto não se trata de uma discussão inevitavelmente beligerante cujo fundamento primordial são os direitos e interesses do feto.

Para quase todos – liberais e conservadores, grupos e indivíduos, católicos e feministas – a discussão relativa a prática do aborto tem mais a ver com a controvérsia acerca de como e por que a vida humana possui valor intrínseco e sagrado, e como isso influencia nas decisões políticas e pessoais sobre a interrupção da gravidez.¹⁹⁰

Isto posto, como já mencionado alhures, entende-se que a tipificação do aborto como crime é reflexo de uma legislação que possui como fundamento latente a sacralidade do dom da vida.

¹⁸⁸ GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 256-257.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 32

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 33

Portanto, não se pode tratar sobre o aborto sem analisar um fundamento precípua para aqueles que são favoráveis à sua descriminalização: O Brasil é um Estado Laico.

O Estado laico, também chamado de Estado secular, possui como fundamento primordial a imparcialidade em assuntos religiosos, não adotando ou discriminando qualquer religião. Esse Estado garante a liberdade de culto religioso, ao mesmo tempo em que garante a não interferência de quaisquer religiões em matérias sociopolíticas, econômicas e culturais.

Dito isso, entende-se que, ao passo em que o Estado laico é garantidor do exercício da liberdade religiosa dos indivíduos, também é garantia de que nenhuma religião influenciará as decisões por ele tomadas. Ademais, se todos os cidadãos são titulares do direito à liberdade religiosa, isso também significa que não há que se falar em imposição de determinada religião sobre outra, bem como deve ser vedada a imposição de dogmas de religiões majoritárias sobre as minoritárias. É exatamente por esse motivo que um Estado laico, a exemplo do Brasil, em suas deliberações, deve ser completamente neutro no que diz respeito ao campo da religiosidade.

A neutralidade no campo religioso também guarda relação com a legislação de um Estado que não possui uma religião oficial. Isso significa que as leis de um Estado laico não podem sofrer influências, ainda que mínimas, de nenhuma religião. Ora, partindo do pressuposto de que as leis são aplicáveis a todos os cidadãos, como legitimar a imposição de uma lei fundamentada em preceitos religiosos aos indivíduos, se esse mesmo Estado deve funcionar como garantidor do exercício da liberdade religiosa?

Diante disso, em se tratando de um estado que não adota religião oficial, é inadmissível que qualquer legislação traga como fundamento uma questão espiritual.

Aloísio Cristovam dos Santos Junior preleciona que é uno o entendimento nacional no sentido de que o significado da liberdade religiosa não se resume a um direito único, mas sim a uma pluralidade de direitos.¹⁹¹

Entende-se, portanto, que o exercício da liberdade religiosa engloba a liberdade de culto, de crença e a liberdade de manifestação religiosa.

¹⁹¹ DOS SANTOS JÚNIOR. Aloísio Cristovam. **A liberdade de organização religiosa e o Estado Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 22

Valida esse entendimento o disposto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, o qual preleciona que “é inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.”¹⁹²

No que diz respeito à liberdade de crença, tem-se como reflexo o respeito à livre opção religiosa a qual, segundo Manoel Jorge Silva Neto, se desdobra em positiva e negativa.¹⁹³

Segundo as lições do referido autor, a liberdade positiva garante ao indivíduo a possibilidade de crer no que quiser e expressar aquela crença. A liberdade negativa, por sua vez, se trata do direito, também garantido ao indivíduo, de não crer em coisa alguma, e poder expressar, portanto, a sua descrença.¹⁹⁴

Ainda de acordo com Manoel Jorge¹⁹⁵, “Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano – até, como se verá mais adiante, para não se optar por religião alguma – que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa”.

Ora, se o exercício da liberdade religiosa pressupõe o direito de optar por não adotar qualquer religião, não há que se falar em sujeição das mulheres à quaisquer normas que mascarem dogmas religiosos, sendo um dos exemplos, a norma que criminaliza o aborto.

Suponha-se que uma mulher ateuista, que não possui qualquer crença religiosa, precipuamente no que diz respeito à vida como um dom divino, oriundo de Deus, queira se sujeitar a um procedimento abortivo. De acordo com a legislação vigente, após a realização do procedimento, essa estaria sujeita à restrição de sua liberdade ante a prática de um crime. Não é razoável criminalizar a conduta de um indivíduo que apenas agiu segundo os seus próprios preceitos religiosos, levando em consideração, principalmente, o fato de que o Estado garante essa liberdade de convicção.

¹⁹² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago 2016.

¹⁹³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional a liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 29

¹⁹⁵ *Op cit*, p.116

Como já mencionado nos capítulos anteriores, pela análise do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o fundamento para a tipificação do aborto como crime não se trata da proteção aos interesses do nascituro, ou da proteção à vida em si. A controvérsia acerca do tema está intimamente relacionada a questões espirituais.

Dito isso, novamente com base na laicidade do Estado, entende-se que, para legitimar a criminalização dessa conduta, não há que se falar em vontade divina ou presente de Deus. Qualquer argumento de caráter religioso deve servir, única e exclusivamente, para fundamentar decisões de âmbito pessoal, a título de convicção íntima, sem, contudo, configurar uma imposição de quaisquer pensamentos à esfera de terceiros.

Alberto Silva Franco preleciona que um Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, possui caráter laico, não estando subordinado a qualquer religião, não se podendo admitir, portanto, que princípios religiosos disciplinem sua forma de atuação. Cada cidadão brasileiro é livre para adotar a religião que lhe aprover, mas, jamais poderá exigir que o Estado interfira na esfera privada daqueles que não optarem pela mesma crença, não havendo que se falar, portanto, em imposição de fundamentos de uma determinada fé religiosa.¹⁹⁶

A tipificação do aborto como crime, portanto, seja essa baseada em um pressuposto moral ou um pressuposto religioso, viola direitos que, teoricamente, a mulher titulariza, quais sejam o direito à autonomia e ao exercício da liberdade religiosa.

4.2 ABORTO INSEGURO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Como já demonstrado em capítulos anteriores, a discussão acerca da legitimidade da prática abortiva parece não ter fim. Diante de sua controvérsia, ainda que o debate relativo a descriminalização do aborto possua desdobramentos na Ética, na Medicina, na Política e na Religião, é imprescindível que se reconheça que o aspecto mais importante acerca do tema é que se trata de uma questão social.

¹⁹⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 664.

A norma penal que criminaliza o aborto não implica em concretização do comando normativo no mundo dos fatos. Logo, deve-se distinguir a eficácia jurídica — conceito segundo o qual uma norma emanada de acordo com o ordenamento jurídico se torna eficaz juridicamente, podendo ser exigida e tornar-se obrigatória — de eficácia social da norma, que se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera através do seu cumprimento. Tipificar o aborto como crime, portanto, não impede a sua realização.

Ainda que violando uma lei da natureza para alguns, cometendo um pecado para outros e praticando um crime para outros tantos, o fato é que as mulheres abortam.

Um estudo realizado acerca da magnitude do aborto no Brasil estimou a ocorrência de 1.054.242 abortos induzidos no ano de 2005. Foi utilizada como fonte de dados para o cálculo das estimativas as internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde. Ao número total de internações foi aplicado um multiplicador tendo como base a hipótese de que 20% das mulheres que induziram o aborto foram hospitalizadas. A maior parte dos abortos induzidos ocorreu no Nordeste e Sudeste do Brasil, com uma estimativa de taxa anual de aborto induzido de 2,07 por 100 mulheres entre 15 e 49 anos.¹⁹⁷

A partir do momento em que se verifica que a criminalização do aborto não impede a sua prática, não pode o Estado se eximir do cumprimento de sua função relativa a controlar a sociedade e a assegurar a vida de todos. A opção, pelo Estado, pela preservação da vida de um feto deixa de garantir a vida das mulheres, na medida em que ignora o fato de que o aborto, ainda que criminalizado, continua sendo levado a efeito, mas em condições adversas, tendo em vista a ausência de controle estatal.¹⁹⁸

O aborto é um problema de saúde pública e se faz necessário o seu enfrentamento a partir de medidas sanitárias. Criminalizar não necessariamente coíbe a prática e termina por causar milhares de mortes e sequelas físicas e psicológicas para as mulheres que optam por interromper a sua gestação, além de incontáveis problemas sociais.¹⁹⁹

¹⁹⁷ DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil**. Disponível em: <www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf> Acesso em: 29 set 2016.

¹⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php>> Acesso em: 01 out 2016

¹⁹⁹ TORRES. José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – ano 15. n 68. (set/out 2007) p. 27

A morte decorrente do aborto inseguro, embora com tendência a redução no Brasil, figura como a terceira maior causa de morte materna, sendo decorrente de complicações infecciosas ou hemorrágicas.²⁰⁰

Desde os anos 1980, são registradas em pesquisas a subnotificação das mortes decorrentes do aborto, sendo essas apontadas como as mais mal notificadas dentre as hipóteses de mortes maternas²⁰¹. Por envolver aspectos de cunho moral e religioso, sendo um objeto de forte repressão social, a prática do aborto implica em dificuldades no seu relato pelas mulheres, principalmente em contextos de ilegalidade, como no Brasil.²⁰²

Mesmo que difícil o relato, pelas mulheres, quanto à prática abortiva, estima-se que, no Brasil, sejam praticados um milhão de abortos por ano. Em se tratando de uma prática clandestina, torna-se difícil a quantificação exata no que se refere aos abortos praticados, tendo quem fale, ainda, que ocorram no Brasil um milhão e meio de abortos por ano, ou que, para cada nascimento, há um abortamento correspondente. Soma-se a esses dados um outro número: dez mil mulheres morrem em decorrência de procedimentos de má qualidade, os chamados abortos inseguros, sendo essa uma das maiores causas de morte feminina.²⁰³

Essa causa de morte materna, que, diga-se de passagem, é perfeitamente evitável, tem atingido de setenta a oitenta mil mulheres por ano em todo o mundo. Em se tratando, particularmente, do Brasil, verifica-se que o aborto inseguro constitui a segunda causa de morte materna em alguns locais da país, enquanto, em outros, constitui a terceira causa de morte de gestantes.²⁰⁴

Ao se discutir sobre o aborto clandestino e os seus riscos à saúde e à vida das mulheres, é imprescindível que se trate do aborto inseguro no âmbito social. Como já

²⁰⁰ Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Secretaria de Atenção à Saúde, Ministério da Saúde. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

²⁰¹ VALONGUEIRO, Sandra. Mortalidade (materna) por aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação. In: **Anais do 12o Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20\(Materna\)%20por%20Aborto%20-%20fontes,%20M%C3%A9todos.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20(Materna)%20por%20Aborto%20-%20fontes,%20M%C3%A9todos.pdf)> Acesso em: 01 out 2016

²⁰² MENEZES, Greice. AQUINO, Estela. **Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva**. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v25s2/02.pdf>> Acesso em: 01 out 2016

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Vida ou morte: aborto e eutanásia**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_vida_ou_morte_-_aborto_e_eutan%20sia.doc> Acesso em: 01 out 2016

²⁰⁴ TORRES. José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – Ano 15. Nº 68 (set/out 2007) p. 30

mencionado em notas introdutórias, aborto clandestino e inseguro não são necessariamente sinônimos. É notório o fato de que existem clínicas particulares que realizam o procedimento abortivo, desde que desembolsada, pela gestante, uma quantia relativamente alta, que se assemelha ao custo de um procedimento cirúrgico. Conforme ressalta Jandira Feghali, a ilegalidade da prática abortiva demonstra um abismo entre as mulheres pobres e ricas, dividindo, por classes, o direito à vida. Existem mulheres que, em razão de sua condição econômica, são capazes de realizar o procedimento em clínicas adequadas. Do outro lado encontram-se aquelas que põem em risco a própria vida e a possibilidade de futuras gestações ao se submeterem ao aborto inseguro em clínicas sem a menor condição de higiene e sem profissionais capacitados tecnicamente. São essas últimas que buscam o Sistema Único de Saúde para tratar sequelas de abortamentos realizados de forma insegura.²⁰⁵

Deste modo, as maiores vítimas da tipificação do aborto como crime são as mulheres de baixa renda que, diante de uma gravidez indesejada, recorrem aos métodos mais perigosos possíveis, visto que não possuem condições financeiras para arcar com os custos de um aborto realizado por profissionais habilitados em clínicas clandestinas particulares.

As mortes decorrentes do aborto atingem, principalmente, as mulheres jovens, de camada social desfavorecida, residentes em áreas periféricas das cidades.²⁰⁶ São vítimas em ainda maior potencial de risco as mulheres negras, que apresentam um risco três vezes superior de morrer em decorrência dessa causa quando comparadas às brancas.²⁰⁷

Um estudo realizado sobre a epidemiologia do aborto em uma população em situação de pobreza na Favela Inajar de Souza, em São Paulo (SP), identificou um elevado número de abortos inseguros entre as mulheres. Na maioria das vezes, as mulheres em situação de pobreza recorrem ao aborto clandestino como forma de “planejamento familiar”, como denotam as taxas de gestação. Porém, no grupo estudado, verificou-se também a elevada taxa de complicações pós-aborto revertidas em internações hospitalares²⁰⁸

²⁰⁵ FEGHALI, Jandira. Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação. In: CAVALCANTE, Alciene ; XAVIER, Dulce (org), **Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos**, São Paulo. Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p. 224

²⁰⁶ **Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa**. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf> Acesso em: 01 out 2016

²⁰⁷ MARTINS, Alerte Leandro. Mortalidade materna de mulheres negras. In: **Cadernos Saúde Pública**. Vol. 22. Nº 2. Rio de Janeiro. Novembro-2006.

²⁰⁸ FUSCO, Carmen ; ANDREONI, Solange ; SILVA, Rebeca de Souza. Epidemiologia do aborto inseguro em uma população em situação de pobreza Favela Inajar de Souza, São Paulo. In: **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 78-88. mar. 2008.

Segundo Deborah Diniz²⁰⁹, as principais pesquisas acerca do aborto no Brasil apresentam como resultados a comprovação da tese de que a criminalização da sua prática acarreta consequências negativas para a saúde das mulheres, não coíbe a realização e perpetua a desigualdade social. As sequelas decorrentes da tipificação do aborto como crime são vividas majoritariamente por mulheres de baixa classe social, que não possuem acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

Conclui-se, portanto, que a atitude omissiva do estado reflete a seletividade da norma penal, visto que penaliza, exclusivamente, a mulher que foi privada de uma educação reprodutiva, que não tem acesso a meios seguros de contracepção, ou, ainda, aquelas que não possuem condições financeiras de interromper, ainda que clandestinamente, uma gestação indesejada em clínicas particulares.

Após enquadrar o aborto inseguro como uma questão de saúde pública, necessário esclarecer que as medidas de saúde adotadas pelo Estado devem levar em consideração, dentre diversos aspectos, o art. 196 da Constituição Federal Brasileira, que afirma:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²¹⁰

Nesta senda, entende-se como obrigação estatal a tomada de medidas capazes de reduzir os agravos que causem mal à coletividade, enquadrando-se, dentre eles, o problema de saúde pública decorrente de abortos clandestinos e inseguros.

Necessário, portanto, que o Estado assuma sua função de preservar a vida e a dignidade do cidadão – nesse caso, das cidadãs. Os danos biopsicológicos que, inquestionavelmente, decorrem da prática do aborto, fazem com que a imputação da culpabilidade leve à exacerbação dessas sequelas, sequelas que, ao certo, serão minimizadas se descriminalizada a sua prática.

Após tratar brevemente a respeito da ineficácia da norma penal que criminaliza o aborto, importante uma análise acerca dos direitos sexuais e reprodutivos no âmbito

²⁰⁹ DINIZ, Debora. **Aborto e Saúde Pública no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 1992-1993, set. 2007

²¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 196. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2016.

dos direitos humanos para que possamos enquadrar o aborto inseguro como uma violação a esses direitos garantidos universalmente.

Segundo Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem de uma única vez e nem de uma vez por todas.²¹¹

Por traduzirem processos que consolidam espaços de luta pela dignidade do homem, os direitos humanos integram uma racionalidade de resistência. Invocam, por conseguinte, uma plataforma de emancipação voltada à proteção da dignidade humana.²¹²

Considerando o processo histórico dos direitos, verifica-se que é recente o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.

Foi apenas em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, que 184 Estados reconheceram, ineditamente, os direitos sexuais e reprodutivos, enquadrando-os no viés dos direitos humanos.

O conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta para duas vertentes distintas. A primeira, relacionada diretamente a questões como a liberdade e autonomia individual, que podem ser traduzidas como o livre exercício da sexualidade e da reprodução sem que haja qualquer tipo de intervenção estatal. De outro lado, o efetivo exercício desses direitos demanda políticas públicas, que devem visar a saúde sexual e reprodutiva dos cidadãos. Assim sendo, passa a ser considerado como algo essencial e integrante dos direitos reprodutivos e sexuais o acesso à informações no que diz respeito à educação sexual, ou seja: meios e recursos seguros que proporcionem o desfrutar de uma vida sexual saudável, segura e satisfatória, que objetive, ou não, a reprodução.²¹³

Chama-se atenção, ainda, para o fato de que a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 estabeleceu importantes princípios éticos relativos aos direitos reprodutivos, ratificando o direito de controle acerca de questões relativas à

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 42

²¹² FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 01 out 2016

²¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord). PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55

sexualidade, saúde sexual e reprodutiva, bem como a importância de que as decisões quanto à essas questões fossem tomadas de forma livre, sem coerção, discriminação e violência.²¹⁴

A Conferência do Cairo também afirma que as mulheres possuem o direito individual quanto ao exercício da maternidade, bem como o direito à informação e o direito de acesso à políticas públicas que sejam capazes de proporcionar o livre exercício dos seus direitos quanto à responsabilidade reprodutiva.²¹⁵

Há que se fazer menção, ainda, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, também chamada CEDAW, sendo o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. Essa convenção visa, dentre outros objetivos, a eliminação da discriminação contra as mulheres no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde, em todas as etapas de sua vida, principalmente nas áreas de planejamento familiar, gravidez, parto e pós-parto.²¹⁶

No que se refere ao aborto especificamente, a ordem internacional tem recomendado aos Estados que considerem o aborto inseguro como uma questão de trato prioritário, sendo necessária uma revisão das legislações punitivas em relação ao aborto, que foi reconhecido, pela Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, como um problema de saúde pública.²¹⁷

Os Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 2003, recomendaram que o Estado brasileiro adotasse medidas capazes de garantir, às mulheres, o pleno exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos, enfatizando,

²¹⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord). PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61

²¹⁵ Enuncia o princípio 4 da Conferência de Cairo, de 1994: "Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional."

²¹⁶ CEDAW, 20ª Session (1999) **General Recommendation nº 24**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453882a73.htm>> Acesso em: 01 out 2016

²¹⁷ *Op cit*, p. 61

ainda, a necessidade de que a legislação brasileira que criminaliza o aborto fosse revisada, a fim de que este fosse enfrentado como um grave problema de saúde pública.²¹⁸

Faz-se mister salientar que, em 2005, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu que “os direitos reprodutivos estão firmemente baseados nos princípios dos direitos humanos” e que “negar acesso ao aborto legal é uma violação dos direitos mais básicos da mulher”.²¹⁹

Necessário, ainda, atentar-se ao fato de que, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a jurisprudência, de igual modo, aplica o entendimento de que o aborto não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana em geral desde a concepção, nos termos de seu art. 4º. Ressalta-se, portanto, a necessidade de que seja feito, em cada caso concreto, um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os direitos de uma vida em potencial.²²⁰

Um exemplo prático em que foi necessária essa ponderação, o que acarretou, ao final, na valoração dos direitos reprodutivos da mulher em detrimento dos interesses de um feto, foi a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2012, julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

O passo inicial foi dado pelo Supremo ao vislumbrar as mulheres como titulares de seus direitos reprodutivos. Luís Roberto Barroso, advogado que representou a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde e foi autor da ação, pronunciando a colocação de que deve ser assegurado às mulheres “o direito de não ser um útero à disposição da sociedade, mas de ser uma pessoa plena, com liberdade de ser, pensar e escolher.” Este entendimento foi o que fundamentou a decisão do

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord). PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66

²¹⁹ Sobre o tema, ver caso Karen Huamán versus Peru (comunicação n. 1153/2003), decidido pelo Comitê de Direitos Humanos em 17 de novembro de 2005, em que o Comitê condenou o Estado do Peru a indenizar uma mulher por não ter tido acesso a um aborto seguro, na hipótese de má formação fetal incompatível com a vida. Notícia disponível em: <<https://isape.wordpress.com/2016/02/29/onu-reconhece-aborto-como-direito-humano/>> Acesso em: 01 out 2016

²²⁰ Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 2141, Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> Acesso em: 01 out 2016

Supremo de considerar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos como não sendo uma conduta típica. Da tribuna, Barroso enfatizou, principalmente, o fundamento da dignidade da mulher.²²¹

Durante o julgamento, ao concluir o seu voto, o ministro Marco Aurélio consignou importantes entendimentos, que nortearam oito dos ministros votantes da Corte.

"Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para por fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento."²²²

É precípua mencionar ainda, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306-RJ, em que a 1ª turma afastou a prisão preventiva de dois acusados da prática do aborto. Segundo o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização do aborto é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada, pelo Estado, a manter uma gestação indesejada; a sua autonomia, devendo ser conservado o seu direito de fazer escolhas existenciais, e a sua integridade física e psíquica, pois é ela quem sofre, no corpo e no psiquismo, os efeitos da gravidez.²²³

Das questões acima expendidas, conclui-se que a legislação brasileira, precipuamente no que diz respeito à tipificação do aborto como crime, encontra-se em total desconformidade com os direitos sexuais e reprodutivos, que, como já mencionado anteriormente, devem ser compreendidos sob a perspectiva dos direitos humanos.

É dever do Estado, além de assegurar o direito à saúde, garantir os direitos conquistados pelas mulheres em sede internacional.

²²¹ HAIDAR, Rodrigo. **O direito de não ser um útero à disposição da sociedade** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-17/direito-mulher-nao-utero-disposicao-sociedade>> Acesso em: 01 out 2016

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, abril 2012. Voto do Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em: 01 out 2016

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, novembro 2016. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 30 nov 2016

A criminalização do aborto é reflexo de um pensamento conservador e tradicional, típico de 1940, data em que foi criado o Código Penal Brasileiro, não podendo ser aplicado a uma sociedade que não mais se adequa àquela a que foi destinada a norma no momento de sua criação.

Portanto, reforça-se a ideia de que é de extrema importância que o Estado brasileiro enfrente o aborto como um problema de saúde pública, analisando-o à luz dos parâmetros protetivos internacionais, o que impõe uma revisão da legislação punitiva do aborto.

5 CONCLUSÃO

Das questões acima expendidas, conclui-se ser extrema e urgentemente necessária uma revisão da legislação brasileira no que diz respeito à criminalização do aborto, seja por conta da ineficácia da norma tipificadora, o que acarreta em um grave problema de saúde pública, seja por conta do simples fato de que o aborto como tipo penal vai de encontro a princípios e preceitos constitucionais.

Sabe-se que a norma jurídica deve ser capaz de acompanhar a evolução da sociedade, uma vez que o Direito é uma ciência dinâmica. Não obstante a ideia de que o Direito deva ser um instrumento passível de movimentos e mutações, exigindo, precipuamente, o respeito aos paradigmas maiores do homem, não é isso o que ocorre na prática. Encontra-se em vigor, atualmente, um Código Penal datado de 1940, que não encontra guarida nos anseios da sociedade.

A norma que tipifica o aborto contradiz até mesmo o entendimento das cortes brasileiras, que, ao analisar a possibilidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, optou por priorizar os interesses da mulher em detrimento dos possíveis interesses de um feto, ainda que mal formado, e julgou constitucional a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Em se tratando da proteção do direito à vida, são diversas as antinomias encontradas quando analisamos o ordenamento jurídico brasileiro. Como já demonstrado no presente estudo, se a real intenção do legislador, ao criminalizar o aborto, fosse proteger a vida do feto, não haveria sentido algum em permitir, na mesma disposição normativa, a interrupção da gravidez, ainda que para proteger a vida da gestante. Isto posto, se a vida fosse mesmo direito tão inalcançável, não haveria que se falar, sequer, em pena de morte ou em valoração de uma vida em detrimento de outra, o que ocorre quando o legislador opta por não criminalizar o chamado aborto terapêutico.

Ademais, conclui-se que a vida é um conceito extremamente variável, e que o momento em que essa se inicia não se encontra pacificado nas religiões, tampouco na medicina. Não obstante os variados entendimentos acerca do que se trata a vida em si e em que momento se dá o seu começo, ao tipificar o aborto como crime, sem definir, entretanto, o momento em que essa conduta se tornará um tipo penal, verifica-

se que a legislação opta por criminalizar a interrupção da gestação em qualquer momento, adotando, portanto, a teoria da concepção, a mesma utilizada pela Igreja Católica para determinar o momento inicial da vida. E é aí que as contradições continuam. Não há sentido algum em utilizar a teoria da concepção para criminalizar o aborto e, concomitantemente, ser a favor da utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas.

Há que se falar, ainda, nos critérios adotados para vislumbrar os dois extremos da vida: início e fim. Ora, se atualmente a morte real só é confirmada com o atestado de óbito registrado por profissionais médicos, e a medicina entende como fim da vida o momento em que cessam as atividades cerebrais, não há que se falar na adoção de um critério diferente para determinar o início da vida.

Ao criminalizar o aborto, portanto, o legislador automaticamente preenche o conteúdo do conceito de vida, reconhecendo, como o seu início, a fecundação. O que se protege, entretanto, não é a vida do feto em si, é a sacralidade do dom da vida e a ideia da mulher como um instrumento para que essa se concretize.

O aborto como tipo penal sob o fundamento latente de que a vida deve ser protegida por ser um presente divino é uma afronta ao Estado laico, onde devem ser adotadas posições neutras e imparciais no que diz respeito a questões que envolvam a religiosidade.

Há que se falar, ainda, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra diretamente ligado a ideia de autonomia dos indivíduos. Não obstante ser esse o princípio máximo do estado democrático de direito, a sua observância resta olvidada na medida em que a mulher tem todos os seus interesses sobrepostos pelos possíveis interesses de um feto em formação.

Em que pese seja considerado um crime, o aborto já acontece e é praticado por mulheres de diversas idades, classes sociais e religiões. A sua criminalização, entretanto, acarreta em piores efeitos às mulheres de baixa renda, que não possuem acesso à métodos contraceptivos ou a meios seguros de interromper uma gestação indesejada.

É necessário que se visualize a mulher como um sujeito de direitos, interesses e vontades próprias, permitindo-a optar, até determinado limite de tempo, se deseja, ou não, levar adiante aquela gestação.

A decisão acerca da interrupção da gravidez deve pressupor preceitos morais individuais, oriundos unicamente da esfera privada de quem vai optar por essa interrupção.

Isto posto, como já mencionado durante o presente trabalho, conclui-se que a autodeterminação da maternidade constitui, além da liberalidade de abortar, em uma conduta de pôr fim à obrigação da mulher de se tornar mãe e à instrumentalização do seu corpo para a finalidade única de reproduzir.

Somente oportunizando às mulheres a possibilidade de optar por interromper ou dar continuidade a uma gravidez é que serão respeitados o princípio da dignidade da pessoa humana, a autonomia e a liberdade.

6 REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, n. 46.

ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. **A Proteção ao Ser Humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: RT. v. 797, mar. 2002.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Dgina: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, Daniel (Coord), PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ive Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano. 7/8, p. 15-53, 1973/1974.

BITTAR, Carlos Alberto, FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 42

BOLESINA, Iuri. SCHROEDER, Helena Carolina. **A “limitação” voluntária dos direitos da personalidade no direito civil contemporâneo**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14745/3580>>. Acesso em: 09 set 2016

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set 2016

_____. **Código Penal**. Brasília. 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 20 jul 2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Brasília. 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun 2016

_____. **Lei nº 11.105**. Brasília. 24 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 06 ago 2016

_____. **Lei nº 9.434**. 04 de fevereiro de 1997. Art. 9º. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 29 ago 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto da Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/adi3510CL.pdf>> Acesso em: 06 ago 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, abril 2012. Voto do Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em: 01 out 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, novembro 2016. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 30 nov 2016

BRITO, Nágila Maria Sales. **Mais uma palavra sobre o planejamento familiar no Brasil**. In: Revista do Ministério Público da Bahia – Vol. 2, nº 2 (jul/dez1993).

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – Parte Geral**, t.I, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

Caso Karen Huamán versus Peru (comunicação n. 1153/2003). Comitê de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/1153-2003.html>>. Acesso em: 01 out 2016

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. O planejamento familiar brasileiro, o biodireito e a exclusão social: uma análise acerca da reprodução independente. In: **Revista de Direito Privado** – Ano 9, nº 35 (jul/set2008).

CEDAW, 20ª Session (1999) **General Recommendation nº 24**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453882a73.html>>. Acesso em: 01 out 2016

CHAVES, Antônio. **Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

CNBB. Ata nº 10 da 22ª Assembleia Geral da CNBB (25.04-04.05.84) sobre a defesa da vida, Comunicado Mensal da CNBB, 1984. Disponível em: <<http://www.pscjms.org.br/documentos-cnbb/275-doc-36-cnbb-declaracao-pastoral>>. Acesso em: 10 maio 2016

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COHEN, Claudio. A Bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia, DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coords). **Dignidade da vida humana**. São Paulo. LTr Editora. 2010.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 2141, Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> Acesso em: 01 out 2016

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), 1994. Disponível em: <www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 01 out 2016

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p.127-154, set./dez. 1992.

DA CUNHA JR, Dirley. **Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DE ALMEIDA NETO. Joaquim Domingos. **Aborto e o descompasso do legislador**. In: Paineis: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 de maio de 2005

DE OLIVEIRA. Alana Lima. A Relação entre os Sexos na Modernidade e o Direito ao Livre Planejamento Familiar. In: **Revista Síntese de Direito de Família** – ano 16, nº 92 (out/nov2015) .

DE SOUZA. Mario Luís Silva. **Planejamento Familiar e Aborto**. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em:
<http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id14970.htm> .

DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em:
<<http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php>> . Acesso em: 01 out 2016

_____. **O aborto como direito humano**. Disponível em:
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)> Acesso em: 01 out 2016

_____. O aborto é crime?. **Paineis: Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 maio 2005.

_____. **Vida ou morte: aborto e eutanásia**. Disponível em:
<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_vida_ou_morte__aborto_e_eutan%E1sia.doc> . Acesso em: 01 out 2016

DINIZ, Debora. **Aborto e Saúde Pública no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 1992-1993, set. 2007.

_____. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil**. Disponível em:
<www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf>. Acesso em: 29 set 2016

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOS SANTOS JÚNIOR. Aloísio Cristovam. **A liberdade de organização religiosa e o Estado Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

DWORKIN, Ronald. O domínio da vida – **Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FEGHALI, Jandira. Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação. In: CAVALCANTE, Alciene ; XAVIER, Dulce (org), **Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos**, São Paulo. Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

FERNANDEZ, Aurelio. **Compendio de teologia moral**. Madrid: Ediciones Palabra, 1995.

FERRER, Jorge; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959.

FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 01 out 2016

FIUZA, César. **Direito Civil – Curso Completo**. 9 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**, 9 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUSCO, Carmen ; ANDREONI, Solange ; SILVA, Rebeca de Souza. Epidemiologia do aborto inseguro em uma população em situação de pobreza Favela Inajar de Souza, São Paulo. In: **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 11, n. 1, mar. 2008.

GIMENEZ, Mariana Zani e Melissa Zani. Educação: um direito de personalidade da criança e do adolescente. In: FROÉS, Carla Baggio, TOLEDO, Iara Rodrigues. PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (Coords.). **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das famílias: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1 ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. Pessoa, personalidade e direitos da personalidade In: **Phronesis: Revista de direito da FEAD**. v. 5 . Janeiro/Dezembro. 2009

GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

Haidar, Rodrigo. **O direito de não ser um útero à disposição da sociedade**
Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-17/direito-mulher-nao-utero-disposicao-sociedade>> Acesso em: 01 out 2016

JANUÁRIO, Antonelle Martins. **A natureza jurídica dúplice do direito ao próprio corpo.** Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17213> Acesso em: 29 ago 2016.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos.** 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos.** São Paulo: Petit Editora, 2008.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), **Problemas de Direito Civil-Constitucional.**

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** Revista de Direito Civil, nº 78, out/dez. 1996.

LEITE, Gisele. **Autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294> Acesso em: 20 maio 2016

LOPES, Miguel Maria da Serpa. **Curso de Direito Civil – Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos.** 9 ed. V 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

LUÑO, Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución.** 9 ed. Madrid: Tecnos, 2010.

Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf> Acesso em: 01 out 2016

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Alaerte Leandro. Mortalidade materna de mulheres negras. In: Cadernos Saúde Pública. Vol. 22. Nº 2. Rio de Janeiro. Novembro-2006.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Greice. AQUINO, Estela. **Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva**. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v25s2/02.pdf>.>

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Scala, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 9 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. **A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal**. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NUNES. Maria José Fontelas Rosado. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. In: Paineis: **Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Distrito Federal. Data: 24 de maio de 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião; QUEIROZ, Meire Cristina. **A tutela dos direitos do nascituro e o biodireito**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/11_378> Acesso em: 17 maio 2016

Of human life: Encyclical Letter of Pope Paul VI (Londres: Catholic Truth Society, 1970) p. 14-15. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paulvi/en/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html.> Acesso em: 10 maio 2016

Papa Paulo VI. In: **Sedoc**. Petrópolis, Vozes, 1973.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. I, 28 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

PINTO. Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord). PIOVESAN, Flávia (Coord). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** Rio de Janeiro. Borsoi, 1995. v.7.

REQUIÃO, Maurício. **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Juspodvum, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa** : v. 41, n. 163 (jul./set. 2004).

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. TORQUATO, Bruno de Oliveira Naves. **Manual de Biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. **As pesquisas com células-tronco embrionárias: O direito à Vida Digna ou o Direito à Dignidade do Embrião In vitro?** Disponível em:
<<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/522/513>> Acesso em: 28 out 2016

SCHREIBER, Anderson. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SEGADO, Francisco Fernandez. **EL sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1997.

SILVA NETO, Manuel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA. Mario Luís Silva de. **Planejamento Familiar e Aborto**. Ministério Público do Rio Grande do Sul Disponível em:
<http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id14970.htm> Acesso em: 20 set 2016

SPINELLI. Ana Cláudia Marassi. **Dos Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em:
<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/887/670>> Acesso em: 09 set 2016

TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. As Origens do Contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 844, n. fevereiro, 2006.

TORRES. José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – ano 15. n 68. (set/out 2007)

TOTH, Marina. **O aborto criminalizado como regra é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>> Acesso em: 29 set 2016

VALONGUEIRO, Sandra. Mortalidade (materna) por aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação. In: **Anais do 12o Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20\(Materna\)%20por%20Aborto%20-%20fontes,%20M%C3%A9todos.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20(Materna)%20por%20Aborto%20-%20fontes,%20M%C3%A9todos.pdf)> Acesso em: 01 out 2016

VIANNA, Túlio. **O direito ao próprio corpo**. Disponível em <<http://tuliovianna.org/2012/10/02/o-direito-ao-proprio-corpo/>> Acesso em: 29 ago 2016

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral**, 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2003.