

## A SITUAÇÃO DE DESALENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DA ABORTANTE POBRE BRASILEIRA

### THE DEALING SITUATION OF SOCIAL FUNDAMENTAL SOCIAL LAW OF ABORTANT BRAZILIAN POOR

Sara Bomfim Santa Rosa<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a situação de desamparo que o direito fundamental à saúde da abortante pobre brasileira está entregue diante do pano de fundo da argumentação moral e religiosa. Nesse diapasão, essa pesquisa discorre a respeito da inviabilidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro sob uma perspectiva da análise de que o direito à saúde dessa mulher é um direito de prestação, portanto, carente da ação estatal; e, essa ação se dá, justamente, em descriminalizar a interrupção da gravidez da mulher, na medida em que o contrário produz, exponencialmente, abortos clandestinos, e, conseqüentemente, a inviabilidade do acesso à saúde da mulher pobre brasileira. Nessa linha de raciocínio, traz-se o direito fundamental social à saúde da abortante pobre brasileira para ser ponderado com o direito à suposta vida do feto, e, sem sombra de dúvidas, este cede espaço para que aquele garanta a cidadania dessas mulheres. Por fim, se propõe uma análise a respeito das teorias da “reseva do possível” e do “mínimo existencial” para asseverar que os objetivos da Constituição Federal de 1988 devem ser prioridade dentro do orçamento público, na medida em que se tratam de necessidades primordiais para a efetivação da dignidade, no caso concreto, da mulher.

**Palavras-chave:** direito; saúde; feto; mulher; cidadania

**ABSTRACT:** The present article deals with the situation of helplessness that the fundamental right to the health of the poor Brazilian abortive is presented before the background of the moral and religious argumentation. In this passage, this research discusses the unfeasibility of arts. 124 and 126 of the Brazilian Penal Code from the perspective of the analysis that the right to health of this woman is a right to benefit without state action, and this action is precisely to not criminalize the interruption of the pregnancy of the woman, in the insofar as this conduct produces exponentially clandestine abortions, and, consequently, the rape of access to the health of the poor Brazilian woman. In this passage, the fundamental social right to the health of the abortive poor Brazilian is brought to be weighed against the right to the supposed life of the fetus, and, without a doubt, this gives way to the other to coclame the citizenship of these women. Finally, it is proposed to analyze the theories of the "reserve of the possible" and the "existential minimum" to assert that the objectives of the Federal

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais e Alteridade pela Universidade Católica do Salvador (BA).

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales*, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

Constitution of 1988 should be a priority within the public budget, insofar as these are primary needs for the realization of the dignity, in the concrete case, of the woman.

**Keywords:** right; health; fetus; woman; citizenship **Sumário:** 1 - Introdução. 2 - Uma análise sob os direitos a ações positivas do estado e o sopesamento de princípios jurídicos: inviabilidade dos arts. 124 e 126 do código penal. 3 - A situação de desalento do direito fundamental social à saúde da abortante pobre brasileira dentro da perspectiva da dicotomia “reserva do possível x mínimo existencial” – 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1- INTRODUÇÃO

O artigo em questão se propõe a analisar a colisão entre direitos fundamentais ao ponderar o direito fundamental à vida do feto e o direito fundamental à saúde da abortante. Isso porque estabelecer essa análise é de extrema relevância, na medida em que o tema do aborto está na iminência de ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Arguição de Preceito Fundamental nº 442. O objetivo desse artigo é o de esclarecer qual direito fundamental deve prevalecer quando se pondera a saúde da abortante e a vida do feto.

Esse artigo é de extrema relevância sócio-jurídica, pois expõe uma pesquisa que objetiva demonstrar para a sociedade brasileira que, embora o direito à vida do feto seja importante no ordenamento jurídico civil pátrio; quando se coloca em colisão com o direito fundamental à saúde da mulher este deve prevalecer em detrimento daquele; inclusive, a discussão referente ao aborto nos moldes da ADPF supracitada perpassa por esse questionamento. A metodologia utilizada para a realização da pesquisa exposta nesse artigo foi predominantemente bibliográfica, com natureza dedutiva, sendo importante frisar que foi utilizada como marco teórico para essa pesquisa o conceito de pobre difundido por Eduardo Rabenhorst e Fernando Facury Scaff.

Diante de todo o exposto, a compreensão do conceito de direitos fundamentais é o início para a apreensão paulatina da análise, que será tecida nesse artigo, a respeito das ações necessárias do Estado para garantir a proteção da saúde da abortante pobre

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

brasileira. Isso partindo do pressuposto de que a compreensão da vida perpassa a biologia, a psicologia e a sociabilidade do indivíduo.

## **2 - UMA ANÁLISE SOB OS DIREITOS A AÇÕES POSITIVAS DO ESTADO E O SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: INVIABILIDADE DOS ARTS. 124 E 126 DO CÓDIGO PENAL**

Historicamente os direitos fundamentais são provenientes de luta, de guerra, isto é, da necessidade de preservação do Homem. Com as barbaridades ocorridas nas duas grandes guerras mundiais, o próprio ser humano despertou para a necessidade de defender direitos inerentes a sua existência, ou seja, direitos propriamente humanos. Dessa forma, surgiu o jusnaturalismo; o qual, ao ser positivado como fundamento constitucional de um país, garante que os seus cidadãos sejam sujeitos de direitos ilimitados, indissolúveis e essenciais a sua existência como ser humano. (CUNHA, 2001, p. 6)

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais são direitos próprios do homem que foram assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico do Estado, sendo que o Poder Estatal pode agir através de ações ou omissões para com o cidadão. Nesse sentido, os Direitos Fundamentais são conceituados como os direitos dos cidadãos a requererem uma privação de condutas do Estado, bem como de, por outro lado, requererem dele a proteção de seus direitos. Nesse diapasão, a atuação positiva do Estado se dá quando se permite que o cidadão acione o Estado judicialmente para lhe cobrar “prestações”. (ALEXY, 2006, p.433)

Nessa linha de raciocínio, Maria Berenice Dias, se posiciona no sentido da descriminalização da prática abortiva em território brasileiro, ao contextualizar a mulher num ambiente repressivo e patriarcal. Para tanto, se sustenta no art. 226, & 7º da Constituição Federal vigente, o qual afirma o “direito à liberdade e à “dignidade” ao discorrer a respeito da possibilidade dos cidadãos planejarem a constituição de suas famílias, bem como da responsabilidade que o homem tem ao fecundar uma mulher, pois desse ato poderá surgir um filho; o que retira a prática abortiva da compreensão de contrário ao jurídico. (DIAS, 2005)

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

Robert Alexy, ao analisar os direitos a prestações dispõe que estes só podem ser compreendidos dessa forma se forem “subjetivos” e estiverem em “nível constitucional”. Nessa linha de raciocínio, ele define os direitos subjetivos não expostos na Constituição como provocados pela “lei infraconstitucional” ou pelo “direito moral” e retoma afirmando que “os direitos a prestações” são provenientes do resultado relacional entre o seu “titular”, o Poder estatal e a atuação deste, no problema que lhe foi trazido mesmo que, para tanto, seja necessário ingressar perante o Poder Judiciário; caso o legislativo não o supra arbitrariamente, ou seja, por motivos não jurídicos. (ALEXY, 2006, p.445)

De forma exemplificativa, importa-se da história judia a alegoria do Rei Salomão com as duas mulheres, que discutiam a respeito de quem era a mãe da criança viva, pois uma delas havia matado o seu filho enquanto dormia. Elas foram ao Rei Salomão esperando dele uma atuação e não uma omissão - um ato de “lavar as mãos” diante do direito à maternidade. (BÍBLIA, 2011, p.1664)

Com o exemplo supracitado, está-se a analisar o direito a uma atuação do Estado quando se enxerga a existência de um direito para um e da ausência deste mesmo direito para outro. Contudo, os “direitos às prestações” não se restringem a esse cenário, pois permitem que sejam analisados quando colocados em colisão entre dois titulares o que conclama a importância de que esses direitos tenham um caráter “*prima facie*”, ou seja, de princípios; como alude Alexy. (ALEXY, 2006, p.446)

A partir da compreensão de que a oferta de direitos pelo Estado precisa ser ponderada, no caso concreto. Para tanto, compreende-se que tal sopesamento precisa de um método, o qual consiste em considerar os princípios sob o panorama de “pesos” diante de uma situação fática com o objetivo de encontrar o princípio que deverá ser “sacrificado”, por meio de um processo argumentativo. (MAIA; CARNEIRO; 2013)

Isso porque uma regra não permite ponderação, pois o encaixe dela é único e, somente, ele pode fazê-la ter validade, ou seja, ela não se permite a discussões, pois ou ela existe ou não existe. Esse perfil de atuação do Estado para garantir direitos de caráter subjetivo e previstos na Constituição, portanto, logicamente, é impraticável; na medida em que os casos são múltiplos, assim, não cabem numa *caixinha*, mas se permitem a *malabarismos* se preciso for para que, no caso concreto, haja justiça, isto é, para que a “ideia-guia” – o princípio da dignidade da pessoa humana – seja abarcada.

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

Diante das alegações até aqui elencadas, constata-se que a dignidade da pessoa humana e o direito ao acesso digno à saúde pela abortante pobre brasileira andam de mãos dadas. . (ALEXY, 2006, p.446)

Isto posto, Robert Alexy começa a traçar o berço da sua análise analítica sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, sobre os *malabarismos* dos princípios quando aplicados na relação de um cidadão com outro cidadão; quando ele conceitua e tece comentários sobre o fato de “ o indivíduo ter, em face do Estado, um direito fundamental contra terceiros”. Assim, é perceptível a inobservância aos direitos inerentes ao ser humano e constitucionalizado pelo Estado sendo violado por ele quando não se cumpre na sua totalidade a obrigação advinda da proteção. (ALEXY, 2006, P.453)

A violação questionada no parágrafo anterior se dá quando o processo de ponderação dos princípios se dá com interferências da moral, isto é, sem qualquer proporcionalidade ou razoabilidade diante do caso concreto. Nesse sentido, reafirma-se que inexistente um princípio mais importante do que o outro, contudo o se faz necessário é a existência da racionalidade no procedimento de sopesamento, por meio da estipulação da diferença entre “ponderação de interesses”, “ponderação de valores” de “ponderação de princípios”. Isso porque misturar esses conceitos é o mesmo que aplicar nenhum deles ou aplicá-los com a ausência de racionalidade e distanciamento pessoal que se faz necessário. (MAIA;CARNEIRO;2013)

Sob essa ótica, se são postos em colisão o direito fundamental à vida do feto e o direito fundamental à saúde da abortante, então o Estado não pode optar por não defender um dos dois, bem como por fazê-lo distanciado de interesses ou valores. Assim, o direito subjetivo a nível constitucional da saúde já existe o que precisa existir é o seu sopesamento distanciado das concepções morais, pois estas só opinam no que tange ao disposto infraconstitucionalmente que não esteja lá para complementar, respaldar, descrever o normatizado pela Constituição. Nesse sentido, é importante frisar que “onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais”. (ALEXY, 2006, P. 455-456)

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

Dentre esses direitos individuais está a liberdade religiosa, a qual não pode ser motivo para que mulheres pobres interrompam a gravidez com riscos à sua saúde. Isso porque essas mulheres começam um procedimento abortivo na clandestinidade indo aos hospitais públicos, maternidades, apenas, quando têm certeza que se não forem, morrerão, por causa dos problemas ocasionados pelo aborto inseguro como perda de sangue e contaminações. (MCCALLUM, Cecilia e col, 2016, p.3).

Diante de todo o discutido, percebe-se o quão peculiar e cautelosa deve ser a análise feita pelo interprete sobre os direitos fundamentais, principalmente, os de caráter prestacional. Isso ocorre, pois os direitos fundamentais são direitos que são princípios e não regras definitivas e que, portanto, permitem decisões divergentes quando o caso em análise for diferente dando azo à jurisprudência e não só ao legislado. O Autor, traz os direitos fundamentais analisando-os como qualquer direito, ou seja, que são passíveis de restrição, logo, que podem sofrer uma diminuição de potência de atuação.(ALEXY, 2006; P. 296)

Ainda sobre o plano das “restrições”, tanto as “restrições diretamente constitucionais” como as “restrições indiretamente constitucionais” devem passar pelo crivo da Constituição. Isso porque não se pode atribuir ao legislador a possibilidade de constituir uma restrição que intervenha num direito fundamental, pois ele está consubstanciado na Constituição Federal do país; logo, por si só, é hierarquicamente superior a qualquer ato constitutivo do legislador ordinário. Assim sendo, o legislador deve apenas ter “discricionariedade interpretativa” diante de um direito fundamental, ou seja, apenas interpretar aquilo que já foi afinado pela interpretação *no andar de cima*, ou seja, em hierarquia superior. (ALEXY, 2006, P.290)

Portanto, o objetivo dos Direitos Fundamentais não reside em ser moldurado, mas em ser efetivado mesmo que isso custe a restrição de outro. Isto posto, constata-se que a ponderação é inerente ao direito fundamental posto em conflito com outro, já que ambos possuem a mesma hierarquia. Nesse sentido, é público e notório a quantidade de mulheres pobres que morrem ou chegam perto disso ao se submeterem a abortos clandestinos, bem como não se sabe se quer quando a vida, de fato, se inicia, pois nem mesmo a comunidade médica se posiciona a esse respeito para criminalizar a conduta da interrupção da gravidez. (MEIRELLES; PAMPLONA; 2007, p.3)

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Alexy* arremata quando afirma que “é inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes”. Com essa fala, ele acaba por dizer, em outras palavras, que uma intervenção feita pelo legislador a um *prima facie* não pode transbordar o que foi compreendido quando colocado os princípios para serem balanceados, ou seja, esses princípios já passaram por um filtro antes de chegarem ao patamar infraconstitucional. (ALEXY, 2006; P.296)

Diante de todo o exposto, é de suma importância dialogar a perspectiva do direito social à saúde da abortante pobre com a compreensão dos princípios tecida por Robert Alexy, mas também com outra sumidade do tema, a qual se trata de Ronald Dworkin. Este discute a natureza principiológica dos direitos fundamentais quando põe em questionamento o “direito jurídico” e a “obrigação jurídica” afirmando que nem sempre os seus conceitos já conhecidos e fracos serão suficientes para a análise de um caso concreto, pois podem existir questões que não são abarcados por eles. Aliás, esse é o berço da jurisprudência, pois as regras não são suficientes para um dado caso e como elas não admitem ponderação procura-se auxílio juntamente nos princípios. (DWORKIN; 2002; P.23)

Nesse sentido, para ele os princípios fazem parte do direito, porém não possuem o *pedigree* das regras jurídicas, na medida em que não são analisados sob a égide do “tudo ou nada”, isto é, da validade ou da invalidade. Os princípios se permitem a ceder espaço para um princípio de “maior força”, ou seja, permite o sopesamento quando ele for necessário para a obtenção da justiça. (DWORKIN; 2002; P 73)

Ao analisar os posicionamentos tanto de *Alexy* como de *Dworkin*, tem-se que os Direitos Fundamentais são direitos dotados de relatividade, pois são ponderados, no caso concreto, para que se efetue a justiça. Assim, diante do direito à vida de um feto e o direito à saúde da mulher pobre que interrompeu a sua gravidez este deve preponderar, na medida em que mesmo que haja vida no feto não se sabe a partir de quando, logo não há como aceitar que uma mulher se mutila para resguardar uma suposta vida.

Assim, tem-se que os Direitos Fundamentais são direitos dotados de relatividade, pois são ponderados, no caso concreto, para que se efetue a justiça. Assim, diante do

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales*, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

direito à vida de um feto e o direito à saúde da mulher pobre que interrompeu a sua gravidez este deve preponderar, na medida em que mesmo que haja vida no feto não se sabe a partir de quando, logo não há como aceitar que uma mulher se mutile para resguardar uma suposta vida. (MACHADO, 2017; P.31)

Nessa linha de raciocínio, é importante contextualizar que o marco histórico da dignidade da pessoa humana, se deu após a Segunda Guerra Mundial, pois foi o período que serviu de alerta para os países que lideravam o mundo politicamente e economicamente sobre a necessidade de se estabelecer um princípio universal que retratasse direitos inerentes e intrínsecos ao ser humano. Esses países assim procederam por meio de documentos legislativos, tais como: a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. (FACHIN; 20-?; P.2)

Assim, a dignidade da pessoa humana tem como objetivo garantir que todos tenham “um lugar ao sol”, e, conseqüentemente, que o Estado Democrático de Direito não seja apenas uma ideia disposta na Constituição Federal vigente; mas que seja efetivamente a realidade desse Estado. Com isso, os Direitos Fundamentais não são “privilégios”, artigos de luxo, mas os meios de garantir a democracia. Diante do exposto, é importante garantir à sociedade brasileira o direito de escolha, pois está é uma capacidade sua; porém o exercício dessa capacidade deve ser moldado pelo respeito ao outro enquanto outro. Afinal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio fundamental “basilar” de uma sociedade inserida num Estado Democrático de Direito e deve ser efetivado, por intermédio de políticas públicas contundentes. (FACHIN; 20-?; P.2-5)

### **3 - A SITUAÇÃO DE DESALENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DA ABORTANTE POBRE BRASILEIRA DENTRO DA PERSPECTIVA DA DICOTOMIA “RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL”**

Fernando Facury Scaff, se propõe a encontrar uma solução para a disparidade entre a “liberdade fática”, ou seja, real e a “liberdade jurídica”, ou seja, legal propostas por Robert Alexy. Para tanto, traz alguns raciocínios de Torres, o qual objetiva analisar o Direito Tributário no Brasil sob a égide dos Direitos Humanos. (SCAFF; 2005; P.1)

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

Corroborando, com o autor supracitado, Eduardo Rabenhorst, introduz o seu artigo estabelecendo uma divisão do direito em dois nichos: “direito legal” e “direito moral”, sendo o primeiro referente a questões da “lei positiva”, enquanto que o segundo se refere a questões que não passam pelo crivo dessa lei, pois existem independente dela. Nesse sentido, os direitos humanos são direitos inerentes a condição humana, que podem estar positivados, e que para serem postos em prática precisam do auxílio do Estado. (RABENHORST; 2007; P. 1-2)

Rabenhorst assevera ainda que “o princípio da dignidade humana é o mais empregado na justificação moral dos direitos humanos”. Nesse diapasão, o autor expõe que essa “justificação moral” se dá em virtude do suprimento das “necessidades básicas” do indivíduo. Isso mediante uma análise ampla a respeito do conceito de pobreza e da aplicação da ética na satisfação das necessidades intrínsecas ao ser humano como forma de resguardar a saúde física e psicológica dele. (RABENHORST; 2007; P. 1-2)

Nesse sentido, ao citar Ricardo Torres, Scaff, defende que aqueles que são mais inclinados ao positivismo é que possuem dificuldade de compreender o significado dos Direitos Fundamentais, pois se restringem a questões ínfimas; o que se estende ao estudo das “imunidades tributárias”, ou seja, de pessoas pobres que precisam de direitos sociais livres da contrapartida da tributação para garantir a sua dignidade. Isso porque para ele a ideia de liberdade e o conceito de imunidade se interpenetram. Eis que dessa análise surge o conceito de “reserva do possível” e a sua relação com a ideia de “mínimo existencial” como o equilíbrio entre as prestações sociais e as condições orçamentárias do Estado, isto é, a “situação econômica conjuntural”. Assim, o Autor parafraseia TORRES, afirmando que o “mínimo existencial” é o resultado do encontro da ideia de que em algumas situações o Estado não deve se opor, as quais são aquelas que já estão garantidas constitucionalmente e em outras o Estado deve fornecer aos cidadãos mediante a oferta de “serviços públicos”. (SCAFF; 2005; P. 1)

**PRINCÍPIO** – é uma norma que vai apontar um fim a ser alcançado, uma diretriz de atuação para o Estado, ditando os deveres para promover os meios necessários a uma vida humana digna. Costuma ser associado ao mínimo existencial, o qual foi criado porque os direitos individuais e sociais encontram

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

dificuldade quanto à efetividade, pois quanto mais são consagrados, maior é o risco desses direitos ficarem só no papel. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação. Então a finalidade dessa existência mínima foi uma forma de tentar dar efetividade, não podendo o Estado apresentar qualquer desculpa para não cumpri-los, a exemplo da reserva do possível. (SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de; 2012; p.2)

Ao analisar o conceito de “mínimo existencial”, Scaff, traz a máxima de que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos”. Ele traz o problema sob a análise da ideia de “necessidades básicas” e da importância de que o poder estatal supra essa necessidade. Esse conceito pode ser aplicado à necessidade de que a abortante pobre tenha acesso à saúde pública digna. (SCAFF; 2005; P.6)

Isso porque, necessita-se, urgentemente, de indignação com o fato de as mulheres serem duplamente penalizadas pelo fato de exercerem a autonomia delas e interromperem a gestação, na medida em que além de enfrentarem a cavalaria do processo penal elas, quando sobrevivem, ficam temerosas de realizar uma consulta médica para verificar como está a saúde física, bem como realizar uma consulta psicológica para analisar o estado da saúde mental diante do ocorrido, justamente, pelo medo de serem denunciadas. Com isso, permanecendo “expostas a altos riscos de infecção e mortalidade materna”. (DA SILVA, *passim*, 2019; P.3)

Nessa linha de raciocínio, Scaff, traz a ideia de “capacidade” como a capacidade de que todos os cidadãos não precisem passar pelo medo da “morte prematura” ou “fome inevitável, ou seja, há a “possibilidade de efetivo exercício de liberdades políticas”. Assim, se propõe a encontrar um ponto de ligação entre o “mínimo existencial” e os “direitos fundamentais sociais” nas “sociedades periféricas”. Para tanto, ele afirma que a “liberdade jurídica” sem ações que a concretizem ou permitam a sua concretização para todos perde o seu significado prático como efetivo. Assim como, de que as liberdades reais dependem das ações do Estado. Valendo ressaltar que, nos países de “capitalismo periférico”, essas liberdades realísticas devem ser bastante desenvolvidas, pois, “sem isso os direitos fundamentais serão letra morta”. (SCAFF; 2005; P.8-9)

Scaff prossegue abordando sobre a ideia de limitação da “reserva do possível” como aquilo que o Estado pode fazer pelos mais carentes sem afetar a sua organização

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

financeira. No que concerne ao Brasil, o Autor, expõe que a Constituição Pátria estabeleceu objetivos a serem alcançados, logo qualquer limitação financeira não poderá esbarrar nesses objetivos, caso contrário, esbarrará na própria *Carta Magna*. Assim, só se pode aplicar a construção de “reserva do possível” quando os recursos financeiros que estiverem sendo arrecadados estiverem de fato sendo aplicados para sanar as necessidades básicas dos cidadãos carentes economicamente e de que, progressivamente, busca-se que “o pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível”. (SCAFF; 2005; P.12-21)

Parece que a necessidade básica de acesso à saúde da mulher pobre brasileira quando se vê esvaindo em sangue, após a realização de um aborto sem qualquer amparo médico, pelo medo de ser presa e castigada pelo seu crime (pecado) está sendo violado, justamente, por causa da relevância que há, na prática, da argumentação moral-religiosa diante do direito à saúde disposto constitucionalmente. (MIGUEL, 2012, P.2)

Dentro desse prima, é importante destacar que tanto partidos políticos de “esquerda” como os de “direita” têm guarida nesse raciocínio, desde que as suas ações sejam, comprovadamente, de acordo com os objetivos da Constituição; e no que concerne a ideia de “ativismo judicial” quando o Judiciário atribui direitos sociais há “um imperativo ético de Justiça”. Portanto, em países como o Brasil deve existir uma relação bastante próxima entre o “mínimo existencial” e os “direitos sociais fundamentais”. (SCAFF; 2005; P.22)

De forma ilustrativa, tem-se o fato de que o acesso digno à saúde da abortante pobre brasileira não deve ser garantido de acordo com o partido político que estiver governando. Isso porque garantir a dignidade das mulheres brasileiras é um objetivo disposto na *Carta Magna* pátria, portanto deve estar profundamente relacionado com a ideia de mínimos meios de garantir a existência para que a justiça seja alcançada.

Ultrapassada a análise do suprimento das necessidades humanas como forma de efetivar os direitos humanos, resta saber quais são essas necessidades e, até que ponto, o Estado está envolvido na atribuição de solução a ela. Sob essa ótica, Rabenhorst afirma que as “necessidades básicas” são aquelas que se caracterizam como “indispensáveis”, “inelutável”, “impulso inevitável”, ou seja, são necessidades perceptíveis por qualquer homem médio. Nessa linha de raciocínio, o Autor traz à sua

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales*, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

pesquisa o pensamento de Doyal e Gough, os quais afirmam que a ponderação utilizada para saber se uma necessidade é realmente básica para um indivíduo é saber se “a ocorrência de sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes como sujeitos” será acarretada em virtude da ausência de oferecimento da contrapartida para essa necessidade. (RABENHORST, 2007, P.7-9)

É importante frisar que ser pobre não é apenas não possuir condições financeiras para arcar com saúde, educação, moradia; todavia ser pobre significa ser carente financeiramente, intelectualmente e emocionalmente. Assim sendo, não se trata apenas de uma questão de “subsistência”, mas de “afeto”, “proteção”, “entendimento”. Percebe-se, assim, o quanto que a mulher pobre brasileira, quando pratica o aborto, se inclui na definição supracitada. Aliás, a “saúde” e a “autonomia” são direitos fundamentais sociais inerentes a qualquer cultura. Assim, é claro que não há orçamento público capaz de abarcar as exigências mínimas das pessoas, mas diminuir a importância dos direitos a serem ofertados para a sociedade pelo Estado é inaceitável. Por fim, é imperioso compreender que ser carente inviabiliza o ato de pleitear outros direitos, o que acaba gerando uma *bola de neve* de direitos não satisfeitos, e, conseqüentemente o “mínimo de vida digna” se torna uma realidade, cada vez mais, distante, pois essas pessoas não sabem o significado de “liberdade” ou “justiça”. (RABENHORST; 2007; P.9-10)

#### 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que se discute nesse artigo é a seguinte: Até que ponto o cidadão pode perseguir judicialmente o Estado para garantir um direito que não esta sendo efetivado por ele? Até o ponto que ele precisar. Afinal, a tinta veio antes da pena! Assim, a base para a positivação de um direito veio antes dele, logo não se pode aceitar que esses direitos corram riscos de serem aplicados ou não diante do governo atual ou do próximo. Esses direitos devem permanecer ou, então, a tinta seca e ninguém escreve mais nada. De forma ilustrativa, o direito à saúde da abortante pobre brasileira não pode ser encarado como questão ideológica, mas questão de justiça e equidade, logo de prestação. Isso porque a abortante pobre brasileira não pode ficar entregue ao arbítrio

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

das decisões que o outro toma, pois, caso isso aconteça; então a injustiça se multiplicará, assim como, quando os judeus foram mortos nos campos de concentração e os africanos no *pelourinho*.

Nessa linha de raciocínio, é importante levantar a discussão de que os direitos fundamentais não se chocam com outros direitos ou entre si como se isso fosse um incômodo jurídico. Esses direitos são ponderados, colocados numa balança, no caso concreto, portanto, não há que se falar em colisão, mas em ponderação. É importante modificar o termo para que não se perca o sentido dos referidos direitos. Assim como, é importante questionar: A abortante periférica brasileira tem acesso digno à saúde ou, na prática, esse direito lhe é tolhido pela criminalização do aborto no país? Parece que se apresentar num hospital, após ter cometido um crime, seria o mesmo que assinar a carta de confissão deste.

A pesquisa produzida, por intermédio desse artigo, se inclinou a analisar os Direitos Fundamentais dentro da perspectiva das ações positivas do Estado. Este na posição de fornecer o direito à saúde às mulheres que realizam o aborto e não possuem condições financeiras de arcar com os custos de uma interrupção de gravidez bem assistida pela medicina. Isso porque o direito à saúde é um direito fundamental constitucionalmente assegurado, bem como carente de políticas públicas para ser efetivado. Nessa linha de raciocínio, é direito da abortante pobre brasileira requerer o seu acesso digno à saúde pública independente de a qual ideologia o partido político da situação seja inclinado, isto é, a questões morais. Afinal, se esta a tratar sobre um direito constitucional, logo de hierarquia superior a um direito legislado infraconstitucionalmente, e sem o consenso da ciência a respeito do tema; ou seja, sobre a estipulação infraconstitucional disposta nos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro, que criminaliza a interrupção da gravidez de forma genérica; atribuindo, assim, direito à vida ao zigoto.

Diante disso, essa pesquisa se propôs a analisar esse direito à vida do feto em contraponto ao direito à saúde da mulher pobre que interrompe a sua gravidez, sob a égide de que esses direitos são *prima facie*, e, que, portanto, permitem o sopesamento e, conseqüente, restrição da atuação de um deles para que a justiça seja efetivada em

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

detrimento das opiniões individuais. Nesse sentido, verificou-se que da ponderação supracitada prevalece o direito ao acesso digno à saúde pública pela mulher pobre que realiza o aborto, tendo em vista que ela já é uma vida biologicamente, psicologicamente e socialmente completa; enquanto o embrião se for vida não se sabe a partir de quando e não o é há tanto tempo como a sua hospedeira.

Nessa linha de raciocínio, essa pesquisa se propôs a realizar uma análise sobre a relação entre os conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial como marco teórico do conceito de pobre dentro da sociedade para analisar a situação de desamparo que se encontra o direito social à saúde da mulher pobre brasileira, que interrompe a sua gravidez. Essa relação permitiu a construção de conhecimento no sentido de que o conceito de reserva do possível não pode ser aplicado quando se trata de saúde pública brasileira, na medida em que a dignidade da pessoa humana além de ser princípio da Constituição também é um objetivo da *Carta Magna* em questão. Assim sendo, se trata de mínimo existencial, isto é, necessidade básica para a vida em sociedade.

## 5 - REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. Salomão pede a Deus sabedoria. Tradução por João Ferreira de Almeida. São Paulo. Sociedade Bíblica do Brasil, 2011. 1664p. Velho Testamento e Novo Testamento.

ALEXY, Robert; **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva; 5ª ed; Ed. Malheiros editores; 2006.

CUNHA, J!exand'le; Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. Revista de Direito da UFRGS, v. 19, p.50-73 Março, 2001 Disponível em > [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-c\\_xO4FIBF0J:www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71520/40582+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-c_xO4FIBF0J:www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71520/40582+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) < Visualizado em: 20/01/2019

DA SILVA *passim*; O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina; 2019. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/SaleteMariadaSilva>; Visualizado em: 26/06/2019

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales*, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.

DIAS, Maria Berenice. Direito Fundamental ao aborto. 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/583/Direito+fundamental+ao+aborto>;

Visualizado em: 10/07/2019

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. Ed. Martins Fontes. 2002.

FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina. A importância da eficácia horizontal como garantia da preservação dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana. 20-?. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70162fe655ec381a>

; Visualizado em: 28/05/2019.

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais: Princípio ou Direito Absoluto?; 2012. Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/printpdf/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-e-os-direitos-fundamentais-princ%C3%ADpio-ou-direito-absoluto>; Visualizado em: 18/08/2019

MACHADO, Lia; O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador; 2017; Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)

[83332017000200305&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso&tlng=pt); Visualizado em: 21/06/2019

MAIA, Iabela; CARNEIRO; Wálber. O que é isto? – Ponderação de princípios; 2013 Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>;

Visualizado em: 15/07/2019

MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. O dilema de uma prática: experiências de aborto em uma maternidade pública de Salvador, Bahia; 2016;

Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000100037)

[59702016000100037](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000100037); Visualizado em; 01/07/2019

MEIRELLES; Ana Thereza; Rodolfo; Pamplona Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal; 2007. Disponível em:

[http://www.andt.org.br/f/20132828\\_ANDT\\_artigo\\_tutelanascituro\\_Rodolfo.pdf](http://www.andt.org.br/f/20132828_ANDT_artigo_tutelanascituro_Rodolfo.pdf) ;

Visualizado em: 26/06/2019

MIGUEL, Luis Felipe; Aborto e democracia; 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)

[026X2012000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt); Visualizado em: 25/06/2019

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

Rabenhorst, Eduardo. Necessidades básicas, direitos humanos e pobreza. 2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/33983909/necessidades-basicas-direitos-humanos-e-pobreza>; Visualizado em: 15/06/2019

Scaff, Fernando. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. 2005. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/731>; Visualizado em: 28/05/2019

*Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*

*Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, ene.-jun., 2019.*

*Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 2, n. 1, p. 04-XXX, jan.-jun., 2019.*