TATIANA ROBLES SEFERJAN

A CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Alexandre de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2017

TATIANA ROBLES SEFERJAN

A CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Alexandre de Moraes

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, na área de concentração **Direito do Estado,** sob a orientação do Professor Associado Dr. Alexandre de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2017

SEFERJAN, Tatiana Robles. A Constitucionalidade do aborto. São Paulo. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2017.

RESUMO

A legislação do aborto no Brasil é bastante rígida. A Constituição Federal de 1988 não trata expressamente sobre o direito à vida do feto. Atualmente, o aborto é regulado apenas pela legislação penal, que criminaliza o aborto, com apenas três exceções: gravidez resultante de estupro, risco à vida da mulher e feto anencefálico. Quando se pensa em mudança na legislação do aborto, deve-se pensar primeiro no tratamento da Constituição sobre o direito à vida. O texto constitucional protege o direito à vida, mas não fala especificamente no direito à vida do feto. É importante fazer uma diferença entre início do direito à vida e início da vida. Ao Direito, compete apenas debater apenas o início do direito à vida. Existem várias teorias para se determinar o início do direito à vida. É preciso verificar qual delas melhor se enquadra na Constituição brasileira. Para ajudar no entendimento da garantia do direito à vida, é interessante analisar as decisões estrangeiras sobre o aborto. As decisões mais importantes são as tomadas pela Suprema Corte dos EUA e pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Para entender o problema do aborto, é preciso estudar também os demais direitos envolvidos. O primeiro princípio constitucional a ser lembrado é o princípio da dignidade da pessoa humana. Fundamental também debater a autonomia reprodutiva da mulher, os direitos sexuais e reprodutivos e sua influência sobre a regulamentação do aborto. No debate sobre o direito a controlar o direito de reprodução, é fundamental falar do planejamento familiar e da legislação brasileira. Sempre que se fala em direito à vida, ganha importância o debate religioso. É necessário diferenciar quais opiniões são puramente religiosas e não podem ser adotadas pelo Estado, sob pena de ferir a laicidade do Estado e a liberdade religiosa dos cidadãos. É preciso também analisar as relações entre o direito à saúde e o tratamento do aborto no Brasil. Por fim, é importante verificar as manifestações do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre o direito à vida. Com base em todas as considerações expostas, será possível analisar como a ampliação das hipóteses de aborto poderá ser considerada constitucional.

ABSTRACT

The abortion legislation in Brazil is quite rigid. The 1988 Federal Constitution does not explicitly address the right to life of the fetus. Currently, abortion is governed only by criminal legislation, which criminalizes abortion, with only three exceptions: pregnancy resulting from rape, risk to life of the woman and anencephalic fetus. When it thinks of a change in abortion legislation, it must first think about the treatment of the Constitution on the right to life. The constitutional text protects the right to life, but does not specifically speak of the right to life of the fetus. It is important to make a difference between the beginning of the right to life and the beginning of life. To the Law, it is only a matter of discussing the beginning of the right to life. There are several theories to determine the beginning of the right to life. It is necessary to verify which one fits better in the Brazilian Constitution. To help understand the assurance of the right to life, it is interesting to look at foreign abortion decisions. The most important decisions are those taken by the US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. To understand the problem of abortion, we must also study the other rights involved. The first constitutional principle to be remembered is the principle of the dignity of the human person. It is also essential to discuss women's reproductive autonomy, sexual and reproductive rights, and their influence on the regulation of abortion. In the debate about the right to control the reproduction, it is fundamental to speak of family planning and Brazilian legislation. Whenever one speaks of the right to life, religious debate becomes more important. It is

necessary to differentiate which opinions are purely religious and can not be adopted by the State, under penalty of hurting the laicity of the State and the religious freedom of the citizens. It is also necessary to analyze the relationship between the right to health and the treatment of abortion in Brazil. Finally, it is important to verify the manifestations of the Brazilian Federal Supreme Court on the right to life. Based on all these considerations, it will be possible to analyze how the expansion of the hypotheses of abortion could be considered constitutional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....8
I – ABORTO.....12
I.1- Conceito de aborto.....12
I.2- Compreensão do aborto ao longo da história.....13
I.3- Classificações do aborto.....17
I.4- Aborto no Brasil.....20

II- DIREITOS E PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO.....25
II.1- Dignidade da pessoa humana.....25
II.2- Direito à vida.....29
II.2.1- Conceito de direito à vida.....29
II.2.2- Teorias sobre o início do direito à vida.....36
II.2.3- Direito à vida e a regulamentação do aborto.....52
II.3- Direito à autonomia reprodutiva.....92
II.3.1- Direito à intimidade, autonomia reprodutiva e aborto.....92
II.3.2- Os procedimentos do aborto e a autonomia.....104
II.3.3- Direitos reprodutivos e sexuais.....117
II.3.4- Planejamento familiar.....134
II.4- Direito à saúde.....143
II.5- Estado laico e liberdade religiosa.....157
II.5.1- A influência da religião na questão do aborto.....157
II.5.2- Liberdade religiosa e a escusa de consciência.....170

III- O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DEBATE DO ABORTO.....174
III.1- A ADI 3510 e o direito à vida do embrião.....174
III.2- ADPF 54 e o aborto de feto anencéfalo.....180
III.3- ADI 5.581 e o aborto em caso de microcefalia.....195
III.4- HC 124.306/RJ e a inconstitucionalidade da criminalização do aborto.....203

CONCLUSÃO.....208

INTRODUÇÃO

A possibilidade de legalização do aborto é bastante controvertida, já que envolve não só diversos princípios constitucionais, mas também questões fundamentais da existência humana, como o início da vida e a dignidade humana.

No Brasil, a questão do aborto, assim como em outras partes do mundo, não tem solução pronta no texto constitucional. A legislação pátria sobre aborto é bastante restritiva e data da década de 40. É crime a interrupção da gestação, a qualquer momento, salvo em caso de estupro ou risco para a vida da mãe. Por decisão do STF, ainda não será punido ser punido o aborto de feto anencéfalo. O aborto é em regra punido criminalmente, sendo poucas as exceções em que a interrupção da gravidez é legal.

Discutir a possibilidade de ampliação das hipóteses de aborto legal é tema assaz complexo e sem fácil solução no ordenamento jurídico. O tratamento do aborto varia sensivelmente de acordo com o momento histórico. Tradicionalmente condenado pelas religiões, o aborto já foi aceito pela Igreja Católica num curto período da gestação. Sob uma perspectiva histórica, é interessante questionar se a proibição ou legalização do aborto esteve ligada à proteção dos direitos fundamentais ou se tinha como motivo principal algum outro fator prático.

Independentemente de tratamento que tem sido conferido ao aborto ao longo da história, a discussão atual recai primeiramente na concepção que se adota do direito à vida. Para tanto, é fundamental estabelecer a diferença entre o início da vida e do direito à vida. Ainda que se restrinja a discussão somente o direito à vida, que é tema que interessa particularmente ao Direito, há muita contradição envolvida.

A Constituição Federal de 1988 trata do direito à vida, sem, contudo, especificar sobre como compreende o direito à vida do feto. A solução fica relegada, portanto, à doutrina e à jurisprudência. Para entender qual tratamento sobre o aborto seria permitido em face da nossa Constituição, é necessário analisar todas as teorias existentes sobre o início da proteção do direito à vida, para que então se possa considerar qual dessas teorias melhor se amolda ao quadro constitucional dos direitos fundamentais.

E a ausência de pronunciamento no texto constitucional sobre o início do direito à vida não é peculiaridade da nossa Carta Magna. Analisando-se as soluções encontradas por outros países, as Constituições estrangeiras tampouco tratam do direito à vida do feto. A jurisprudência e a legislação encarregam-se de determinar a amplitude da

proteção ao direito à vida do feto e de conciliá-lo com os demais princípios fundamentais envolvidos. É fundamental, portanto, analisar comparativamente como o direito à vida é reconhecido nos países que dão tratamento mais amplo às hipóteses permissivas do aborto.

A discussão sobre o direito à vida do feto, porém, não é a única a envolver a temática do aborto. Naturalmente, quando se fala de proteção ao direito à vida e de direitos fundamentais em geral sempre deve ser lembrado o princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser pensada qual a sua influência para a solução do aborto.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana costumam ser vistos como os princípios fundamentais quando se fala de aborto. Há, contudo, outros direitos fundamentais que não podem ser desconsiderados e que são igualmente importantes para que se possa compreender a questão de maneira plena.

A ideia de aborto é parte de uma discussão muito mais ampla sobre a possibilidade de controle da reprodução, que é uma faceta do que hoje se denomina como direitos sexuais e reprodutivos. Assim, é mister que seja analisada a origem de tais direitos, que muitas vezes esteve ligada à consagração do direito à intimidade e à vida privada. Por óbvio que o direito à intimidade é considerado um direito já tradicional não só na história constitucional brasileira, mas na própria evolução dos direitos fundamentais. É fundamental estudar, portanto, em que medida a autonomia reprodutiva e os direitos sexuais e reprodutivos se inseriram na tradicional garantia do direito à intimidade.

Analisada a origem da chamada autonomia reprodutiva enquanto parte do direito à intimidade, é importante estudar como este conceito influencia no tratamento do aborto. A questão da autonomia tem fundamental relevância não só para determinar a constitucionalidade em si do procedimento do aborto, mas também para estabelecer quais critérios podem ser estabelecidos como condicionantes para a realização do aborto.

Tratando-se de controle da reprodução, de autonomia e de direitos sexuais e reprodutivos, é forçoso discutir o conceito de planejamento familiar. Interessante lembrar que a Constituição Federal de 1988 reconhece especificamente o planejamento familiar. É necessário, portanto, entender em que termos o texto constitucional reconheceu o planejamento familiar e também como a legislação infraconstitucional regulamenta o exercício do planejamento familiar.

Nesta linha, por fim, é relevante estudar como vem se dando a recente a consagração normativa dos direitos reprodutivos e sexuais e qual o seu conceito. É interessante também anotar como a jurisprudência estrangeira tem entendido a autonomia reprodutiva da mulher, os direitos sexuais e reprodutivos e o planejamento familiar. Esse

estudo comparado é essencial, já que grande parte da construção para o reconhecimento de tais direitos deu-se no plano internacional.

A ideia de autonomia e de direitos sexuais e reprodutivos não é a única que deve ser considerada juntamente com o direito à vida e o princípio da dignidade humana. Sempre que se fala de aborto legal, discute-se muito o procedimento de interrupção da gravidez e suas implicações no direito à saúde.

O direito à saúde pode ter sua influência no debate do aborto sob duas perspectivas. A primeira é o direito à saúde como uma justificativa para se autorizar a interrupção da gravidez. Atualmente, a legislação penal já permite o aborto quando há risco à vida da mãe. Contudo, quando se fala em saúde, o seu conceito não envolve somente a saúde físicas, mas também a saúde psíquica. Assim, deve-se debater a possibilidade de danos à saúde física ou psíquica da mulher serem considerados motivos razoáveis para a autorização do aborto.

A segunda perspectiva do direito à saúde é considerar os danos que a criminalização do aborto e a consequente realização de abortos clandestinos pode causar à saúde das mulheres. Para que se tenha a dimensão do aborto como um problema de saúde pública, é mister que se analisem os dados sobre aborto clandestino no Brasil e os riscos causados à saúde e à própria vida das mulheres que a ele se submetem.

Outra questão que necessariamente deve ser enfrentada ao se falar em aborto é a da liberdade religiosa e do Estado Laico. Essas discussão é relevante principalmente à luz do que se considera como início do direito à vida. Aqui cabe debater até que ponto o posicionamento sobre a vida adotado pelo Estado revela-se um pensamento puramente religioso e sem qualquer base secular, de modo a ferir o dever de neutralidade de um Estado Laico. Importante também analisar em que medida a imposição de um conceito religioso pelo Estado sobre a vida acaba ferindo o direito à liberdade religiosa do cidadão, que não poderá agir de acordo com a sua crença sobre o direito à vida.

Tratando especificamente do cenário brasileiro, é fundamental analisar a posição até hoje expressada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à proteção do direito à vida do feto. Neste sentido, serão estudados os julgamentos que tratam do aborto de feto anencefálico, da pesquisa com células-tronco, a recente decisão que tratou da inconstitucionalidade do crime de aborto até o 3º mês, além da ação que pede a autorização para que mulheres infectadas pelo zika possam abortar.

Com base nesses conceitos e ponderações, será possível entender em que termos a ampliação das hipóteses de aborto pode ser considerada constitucional no Brasil,

conciliando-se todos os direitos envolvidos, desde o direito à vida do feto até os direitos reprodutivos e saúde da mulher.

CAPÍTULO I - ABORTO

I.1- Conceito de aborto

A palavra aborto vem do latim e significa privação do nascimento, já que *ab* significa privação e *ortus* nascimento.[1] Há quem diga ainda que a palavra aborto, etimologicamente, serviria para designar o produto morto da concepção, enquanto que o ato de abortar seria denominado de abortamento.[2]

Um conceito que pode ser empregado de aborto é a expulsão ou extração da placenta sem haver um feto identificado ou de um recém-nascido vivo ou morto, que pese menos de 500 gramas ou que tenha menos de vinte e quatro semanas completas (ou seja, antes de que o feto seja viável fora do útero). Numa visão estritamente médica, o aborto seria a interrupção da gravidez até 24 semanas, momento em que o feto passa a ter viabilidade fora do útero. A interrupção da gestação após esse período significaria um parto prematuro. O requisito essencial para que se caracterize o aborto, nesta definição, seria a morte do feto.[3]

No mesmo sentido médico, Ivete Senise[4] reafirma que aborto somente seria considerado a interrupção da gravidez nos seis primeiros meses de vida intrauterina, considerando-se aborto ovular, aquele que ocorre até o vigésimo dia de concepção, embrionário, o que ocorre até o terceiro mês, e fetal até o sexto mês. A partir do sexto mês, sendo o feto viável fora do útero, há um parto prematuro e não mais aborto.

A polêmica existente sobre a prática do aborto e sua ilicitude depende intrinsecamente da visão que se tem do feto e sua independência ou não do corpo materno. Os utilitaristas entendem que o feto faz parte do corpo da mulher, de modo que ela teria total liberdade para dar-lhe o destino que pretender. Para os bilateralistas, a vida humana poderia ser interrompida pela prática do aborto, desde que mediante critérios fixados em lei. Os naturalistas, enxergando a vida humana a partir da concepção como sagrada, compartilham da opinião de que o aborto nunca seria possível.[5]

---

[1] PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 311

[2] SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Aborto humanitario. Autorizacao judicial. **Justitia.** Sao Paulo. v.53. n.156. p.9-14. out./dez. 1991, p. 9.

[3] PESSINI; BARCHIFONTAINE, *Op. cit.*, p. 312.

[4] FERREIRA, Ivette Senise. *Vida e aborto. Aspectos penais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225.

[5] MALFATTI, Selvino Antonio. Uma reflexão sobre a bioética. **Revista Brasileira de Filosofia.** São Paulo. v.55. n.224. p.533-50. out./dez. 2006, p. 540.

I.2- Compreensão do aborto ao longo da história

A criminalização ou legalização do aborto ao longo da história frequentemente esteve ligada com fatores outros além da discussão sobre o início da vida. Ivete Senise Ferreira[6] salienta que o aborto é uma prática generalizada no mundo moderno e que sua realização raramente chega ao conhecimento das autoridades, a não ser quando há risco à vida ou à saúde da mulher.

Pensando em motivos laicos para a criminalização do aborto, principalmente políticos e sociais, a autora entende que existiria uma forte relação entre o crime de aborto e as necessidades demográficas do Estados.

É interessante analisar, assim, como o aborto vem sendo tratado, de modo geral, ao longo da história.

O Código de Hamurábi considerava o aborto um crime contra o pai e uma lesão contra a mulher, impondo a quem o praticasse severas penalidades.[7]

No direito oriental antigo, o aborto era permitido sem qualquer sanção para a gestante ou para quem praticasse o ato. Para os hebreus, por muito tempo também não se considerava o aborto como crime, o que só veio a ocorrer com a Lei Mosaica (Êxodo 21-22).[8]

Na antiguidade grega, o aborto era visto como uma forma de impedir o excesso populacional.[9] Aristóteles e Hipócrates postulavam um estudo mais profundo da matéria, criando alguns parâmetros que serviriam de base futura para a embriologia. Assim, Aristóteles e Platão consentiam na realização do aborto, mas estabeleciam limites para a sua realização, ou seja, o aborto somente poderia ser praticado na época em que o feto não seria dotado de alma.[10]

Aristóteles pensava o feto em três níveis de vida, quais sejam: alma vegetativa, alma sensitiva e alma racional, que seria exclusiva do ser humano. Considerava, assim, que a infusão do espírito no homem ocorreria cerca de quarenta dias após a concepção e para a mulher por volta do terceiro mês.[11]

Apesar de Hipócrates não condenar o aborto, inclui-se no juramento

---

[6] FERREIRA, 2009, p. 217-8.
[7] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. v.92. n.807. p.473-85. jan. 2003, p. 474
[8] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro.** Juruá: Curitiba, 2005, p. 233.
[9] AZAMBUJA, *Op. cit.*, p. 474.
[10] PUSSI, *Op.cit.*, p. 233.
[11] PAULA, Ignacio Carrasco. **O respeito devido ao embrião humano: uma perspectiva histórica e doutrinaria.** in CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. **Identidade e estatuto do embrião humano –** ***Atas da Terceira Assembleia da Pontifícia Academia para a Vida.*** EDUSC: Bauru, 2007, p. 63

hipocrático a proibição ao médico de prescrever drogas abortivas às suas pacientes.[12] Para ele, o embrião se desenvolvia autonomamente ao longo de quatro etapas, desenhadas de acordo com os conhecimentos embriológicos da época.[13]

Platão, inclusive, sustentava que homens e mulheres com mais de 55 e 40 anos, respectivamente, poderiam manter relações sexuais livremente, desde que não procriassem. Neste sentido, poderiam empregar práticas tanto abortivas quanto infanticidas. Aristóteles também não teria mostrado oposição à possibilidade de eliminação de bebês deficientes logo após o nascimento. A única limitação imposta por Aristóteles para a realização do aborto seria a de que ocorresse antes de o feto adquirir sensibilidade.[14]

Em Roma, o feto era considerado parte integrante do corpo de mãe (*mulieris pars vel viscerum*), razão pela qual o aborto era permitido. Sendo nascituro parte do corpo da mulher, o titular pode dele dispor como bem quisesse. O aborto sem a autorização da mulher era, contudo, proibido, sendo considerado crime. Séptimio Severo criminalizou a prática do aborto, alegando que ele seria uma ofensa ao futuro pai, que teria o seu direito à prole violado (D. 47, II, 4).[15]

A preocupação do Direito Romano não era, em momento algum, com o nascituro, mas sim com a honra paterna e com a incolumidade física materna. A prática do aborto era, porém, permitida caso a mulher não fosse casada. O uso em si de substâncias abortivas tinha como pena o trabalho escravo em minas ou o confisco de bens. Para quem realiza o aborto, se a gestante falecesse em razão do procedimento, a pena seria a morte.

Ignacio Carrasco Paula[16] entende que com o advento do cristianismo prevaleceu a opinião dos estoicos, reformulada. Segundo eles, o feto enquanto unido ao útero não teria existência independente. O profundo respeito ao feto recém-concebido que se viu posteriormente com o cristianismo não se baseia em ensinamento explícito por escrito. Talvez a única referência no Novo Testamento seria a condenação de *pharmakeia* na Epístola aos Gálatas. A convicção de que a vida deve ser considerada um dom divino, sagrado, remonta ao Velho Testamento.

A ideia do aborto como um injusto nasceu com o Cristianismo, que equiparou a prática ao homicídio e passou a punir os transgressores com a pena de

---

[12] COSTA, Álvaro Mayrink da. Interrupção da gravidez: uma questão de direitos humanos**. Revista Forense**. Rio de Janeiro. v.106. n.408. p.3-22. mar./abr. 2010, p. 4.
[13] PAULA, 2007, p. 63.
[14] PAULA, *Op. cit.*, p. 62
[15] PUSSI, 2005, p. 234.
[16] PAULA, *Op. cit.*, p. 63-4.

excomunhão.[17] Inicialmente, a Igreja procurou reprimir a prática do aborto seguindo as mesmas concepções aristotélicas. São Tomás de Aquino passou a estabelecer uma distinção entre feto animado e inanimado, que foi adotada oficialmente pela Igreja Católica.

Para Tomás de Aquino, o aborto somente poderia ser reprimido a partir do momento em que o feto fosse dotado de alma. O feto do sexo masculino passaria a ter alma a partir dos quarenta dias de concepção e o feminino a partir dos oitenta.[18] No momento da concepção, o feto não teria alma racional ou intelectual, o que seria adquirido em momento posterior.[19]

O desenvolvimento insuficiente da biologia da reprodução na Idade Média fez com que a teoria de São Tomás de Aquino incorresse em dois erros. O primeiro consistia na crença de que a alma "generativa" vinha somente do pai e hoje se sabe que tanto o pai quanto a mãe aportam material genético. O segundo consiste no fato de entender que o cérebro do feto somente existiria quando se pudesse perceber movimento externamente.

Neste sentido, Tomás de Aquino falava da possibilidade de aborto antes da existência de uma alma humana. Contudo, ao condenar o aborto, demonstrava que o ato deveria ser proibido uma vez que qualquer empecilho à procriação humana deveria ser considerado um atentado a Deus.[20]

Em 1398, Pio IX modificou a legislação precedente extinguindo a distinção existente entre os fetos animados e inanimados. Os requisitos para a configuração do aborto são que se procure o aborto e que ele ocorra em virtude dos meios que foram empregados e não por uma causa acidental. Não importa que o feto seja ou não animado, nem que o aborto seja praticado pela mulher ou por terceiro.[21]

A *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 distinguiam as penas para a morte do feto animado e inanimado, sendo que para o primeiro caso a pena era de morte e no segundo o castigo seria arbitrado pelos juízes.[22]

O Papa Sixto V, em 1585, entendendo a dificuldade de se estabelecer a idade do feto, fixou penas canônicas e seculares para o aborto, como um tipo de homicídio.

---

[17] COSTA, 2010, p. 5.
[18] PUSSI, 2005, p. 235
[19] RUIZ, Isabel Gallardon. Reflexiones en torno al aborto. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.** Madrid. n.88. p.279-89. 1997.
[20] RUIZ, *Op. cit.*, p. 280.
[21] AZNAR GIL, Federico R. El delito canonico de aborto. Comentário a una respuesta de la CPI. **Revista Espanola de Derecho Canonico.** Salamanca. v.47. n.128. p.225-39. ene./jun. 1990, p. 226
[22] COSTA, *Op.cit.*, p. 5.

Após três anos, o Papa Gregório XIX atenuou as penas do Direito Canônico e voltou a adotar a teoria do feto animado. Com o passar do tempo, a Igreja abandonou a ideia de distinção entre feto animado e inanimado e começou a basear-se na teoria concepcionista.[23]

A concepção atual da Igreja não distingue fases evolutivas do feto. Em geral, os católicos aceitam que a animação do feto ocorre no momento da concepção.

Há vozes, hoje, no mundo católico, a exemplo de Joseph Donceel S. J., que se expressam por uma linha liberal do aborto, entendendo que um feto novo não seria considerado pessoa humana, de tal modo que a aborto precoce não seria assassinato.

Juntamente com a opinião oficial da Igreja Católica de que o aborto se igualaria a um assassinato, há quem defenda que o aborto deveria ser proibido em razão de um respeito ao valor intrínseco da vida.

Para quem adota uma posição liberal sobre o aborto, o feto, num momento inicial, não representaria uma pessoa humana. A humanidade do feto resume-se muito mais a um problema moral do que prático.[24]

Silmara Chinelato[25] demonstra que o Código Canônico atual, promulgado pelo Papa João Paulo II, prevê pena de excomunhão para quem provocar aborto. E para o direito canônico não há qualquer exceção prevista, de tal modo que os casos de aborto legal previstos pelo Código Penal brasileiro também são condenados pela Igreja. A pena prevista atinge também aqueles que participaram do aborto com meios materiais, como médicos e enfermeiros, e também que moralmente ameaçaram a mulher ou obrigaram-na a realizar o aborto.

A autora salienta que, apesar da posição oficial da Igreja que só admite o aborto para salvar a vida da mãe, há alguns setores minoritários que começam a defender a necessidade de tornar menos rígida a posição do direito canônico, permitindo o aborto em alguns casos extremos.

Há quem[26] demonstre a existência de uma importante discussão da Igreja Católica sobre o aborto como consequência indireta de uma tentativa de salvar a vida da mãe. Uma manifestação da Igreja de 1895 entendia que não era lícito causar um aborto para salvar a mãe, ainda que a finalidade fosse a cura de uma doença.

Algumas atuações sobre o feto, muito semelhantes ao aborto, não eram assim consideradas pela doutrina, tais como, a craniotomia, a embriotomia e outras

---

[23] PUSSI, 2005, p. 235.
[24] RUIZ, 1997, p. 280-1.
[25] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106-7.
[26] AZNAR GIL, 1990, p. 227-231.

operações análogas que eram consideradas como homicídio. Este entendimento gerava uma situação paradoxa, pois a pena do homicídio era menor que a pena do aborto.

Convém recordar que o aborto genericamente é definido pela doutrina como a expulsão do embrião ou do feto vivo não viável, que não pode sobreviver fora do útero materno. O aborto é considerado espontâneo quando ocorre por causas naturais sem a livre e deliberada intervenção humana. Se chama provocado quando o aborto ocorre por intervenção humana. Somente este último tipo de aborto é considerado pelo Direito e pela Moral, pois somente ele pode ser imputado à atuação do homem. E ainda pode ser classificado das seguintes maneiras: terapêutico, quando a continuação da gravidez põe em perigo a vida da mulher, ou de forma geral, a sua saúde física ou mental; humanitário ou ético, quando a gravidez foi consequência de uma ação violenta; psicossocial, quando a gravidez não é desejada por razões de caráter social ou psíquico.

Considerando a existência de contradições no conceito canônico do aborto, alguns comentaristas propuseram novas definições mais consentâneas com o mundo atual. Ciccone propôs que por aborto se deveria entender a atuação deliberada e direta de um ser humano, normalmente realizada na fase inicial da sua vida, compreendida entre a fecundação e o nascimento.

Molina Meliá entende que se deve aceitar esta nova concepção do aborto, que pretende mostrar que o mal do aborto não está em expulsar qualquer feto, mas sim o feto vivo e não viável. O magistério eclesiástico entende que o novo ser vivo tem início no momento da concepção ou da fecundação do óvulo por um espermatozoide.

A conclusão que se chega é que o aborto pode ocorrer por qualquer meio, inclusive por meios que interrompem ou tornam impossível a continuação da gravidez nas suas primeiras fases, tais como dispositivos intrauterinos (DIU), a pílula do dia seguinte. A ideia do direito canônico é preocupar-se menos com os meios e mais com a morte do feto. Também é abandonada a preocupação com a maturidade ou não do feto, recaindo a problemática apenas quanto a sua morte.

I.3- Classificações do aborto

A primeira classificação que pode ser feita sobre aborto é aquela entre aborto espontâneo, que ocorre naturalmente, e o provocado, forçado. William Pussi[27] demonstra que o aborto espontâneo pode ocorrer por diversos motivos, como intoxicação

[27] PUSSI, 2005, p. 240-1.

ou determinadas doenças. Já o aborto provocado pode ter causas distintas, que podem ser divididas em: a) aborto físico, realizado por meio de calor, eletricidade, entre outros; b) aborto químico, causado por intoxicação grave da mulher e; c) aborto mecânico, causado por traumas que podem ser indiretos ou extragenitais (queda e compressão do abdômen) ou diretos (injeções, dilações, punções).

Outro tipo de classificação é entre aborto direto ou indireto. Para a postura conservadora, o aborto direto é sempre considerado imoral e contrário ao direito natural. O único caso que geraria discussão é o do aborto terapêutico. No aborto indireto, a morte do feto não é a finalidade nem o meio. Somente se permite o aborto indireto como uma causa com duplo efeito, o bem de salvar a mãe e o mal da morte certa ou possível.[28] Assim, no aborto direto, a intenção é a morte do feto, enquanto que no aborto indireto, a morte é apenas consequência.

Quanto ao motivo de sua realização, pode-se pensar na seguinte classificação. O primeiro tipo seria o aborto econômico, realizado em razão de a gestante não ter condições financeiras de manter o seu filho. Há também o aborto social, chamado de livre, que ocorre pela prática social, sem qualquer motivo determinado e é considerado legal em alguns países, ante a inexistência de legislação que o incrimine ou reprima. Por fim, há o chamado aborto eugênico, que ocorre ante a possibilidade de o feto ter doenças graves hereditárias.[29]

O aborto eugênico talvez seja a forma mais polêmica de aborto, já que a tentativa de impedir a gênese de seres humanos portadores de deficiência seria um forma de se promover uma seleção provocada pelo homem, muito distanciada de uma seleção natural. Há quem, contudo, entenda que a discussão do aborto eugênico poderia envolver aqueles casos em que há incompleta impossibilidade de vida e seria uma forma de o legislador e aplicador da norma privilegiar a chamada vida real.[30]

Pode-se dividir o aborto entre aborto legal e criminoso. O primeiro é aquele permitido pelo ordenamento jurídico, enquanto que o segundo é aquele tipificado na legislação penal.[31]

Cabe ainda tratar do aborto sentimental que é aquele realizado em razão de a gravidez ser produto de estupro. Apesar de se permitir o aborto sentimental em muitos

---

[28] RUIZ GALLARDON, 1997, p. 284-5.
[29] PUSSI, 2005, p. 242.
[30] GONÇALVES, Rogério Magnus Varela**. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida** in ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros**, 2010, p. 461.
[31] PUSSI, *Op.cit.*, p. 242.

países, inclusive no Brasil, há quem entenda que a sua verdadeira motivação não seria a preocupação com o sentimento da vítima. *In verbis:*

> Não havia como deixar de prestigiar a paz familiar e admitir o aborto quando a gravidez resultasse da prática do crime de estupro. Tal exceção visa a permitir que não integre a família um 'bastardo', pois a lei civil presume que o marido da vítima e herdeiro do patrimônio familiar. Essa é a justificativa para a possibilidade do chamado aborto sentimental, apesar de não haver nenhuma preocupação com o sentimento da vítima.[32]

A ideia de aborto sentimental teria seu surgimento remontado ao período da I Guerra Mundial (1914-1918), em que milhares de mulheres dos países ocupados foram violentadas pelos invasores.[33]

Não só o aborto é passível de classificação, mas também as legislações sobre aborto, que podem ser divididas em três: a) liberal: a aplicação de termos qualificados é pouco rígida e aborto é, em geral, mais disponível. O aborto é permitido por razões judiciais, sócio-econômicas, por condições do feto (que não precisam afetar a saúde da mãe) ou durante um limitado período de tempo; b) intermediário: aborto é permitido se houve grave risco à vida da mulher, seu físico e eventualmente à saúde mental; c) restritiva: aborto é proibido ou estritamente limitado a situações em que a vida da mulher está em risco.[34]

Também podem ser considerados tipos de legislação sobre aborto: **a) indication model**, considera o aborto uma exceção que deve se ajustar, para ser praticado, a uma série de requisitos definidos na lei (Espanha, Irlanda, Portugal e Suíça); **b) period model**, outorga à mulher uma liberdade ilimitada dentro de determinados prazos (França, Países Baixos, Áustria, Bélgica, Itália, Alemanha e Grã-Bretanha); **c) distress model**, permite que a gestante aduza uma situação de necessidade social ou de ansiedade para finalizar a sua gravidez (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia).[35]

Estes são alguns tipos de aborto classificados pela doutrina e que a depender da legislação vigente no país podem ou não ser permitidos pelo ordenamento. É

---

[32] DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental ao aborto. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre. v.2. n.11. p.20-1. abr./maio. 2006, p. 20.
[33] AZAMBUJA, 2003, p. 476.
[34] KNOPPERS, Bartha Maria; BRAULT, Isabel. Abortion in francophone countries. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v.38. n.4. p.889-922. 1990, p. 901-2.
[35] AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana. El movimiento antiabortista en la Espana del siglo XXI: el protagonismo de los grupos laicos cristianos y su alianza de facto con la Iglesia católica. **Revista de Estudios Políticos.** Madrid. n.154. p.11-39. oct./dic. 2011, p. 11-26.

importante analisar agora como a legislação brasileira tem analisado a questão do aborto.

I.4- Aborto no Brasil

Antes de se estudar especificamente a atual legislação sobre aborto, é fundamental verificar como se deu historicamente no Brasil o tratamento sobre a questão.

Mary del Priore[36] entende ser impossível falar de aborto sem pensar num quadro mais abrangente de colonização. Portugal, enquanto metrópole, tinha uma clara preocupação com o vazio demográfico do Brasil e, portanto, incentivava uma política rigorosa de ocupação apoiada em três vertentes: a) combate às relações consensuais e concubinárias que fugiam ao controle do Estado e da Igreja Católica; b) proibição da instalação de conventos de freiras desde 1606, sob a justificativa de que seria necessário povoar a terra brasileira com gente honrada; c) matrimônio como mecanismo de controle das populações coloniais, bem como a condenação de qualquer controle malthusiano.

O enfoque de Portugal era a "multiplicação das gentes", de tal modo que o aborto significaria uma forma de controle demográfico reprovada pelo Estado e pela Igreja. A autora salienta que, embora não haja estatísticas sobre o número de abortos à época, este crime já era descrito nas primeiras cartas jesuítas como um hábito corrente entre as mulheres.

Neste sentido, a Igreja condenava o aborto, já que ele impedia o aumento das almas cristãs no céu e também denotava a existência de relações extraconjugais. Assim, a medicina acabava responsabilizando a mulher pelo aborto, em razão de suas paixões femininas. Na visão católico-cristã da época se a mulher resistisse ao aborto, ela estaria reforçando a ideia de uma demografia pródiga em filhos, colocando o seu corpo a serviço das necessidades do Estado e da Igreja.

No Código Criminal do Império de 1830, a punição para o aborto restringia-se somente à pessoa que o realizasse e era de um a cinco anos, sendo duplicada em caso de não haver consentimento da mulher. A gestante era isenta de pena (autoaborto).[37] O fornecimento de drogas ou de qualquer outro meio para realizar o aborto, ainda que este não se verificasse, era punido com pena de dois a seis anos de prisão e era dobrada se o aborto fosse praticado por médico, boticário, cirurgião ou profissional da área.[38]

Com o Código Penal de 1890, a punição pelo aborto foi estendida à mulher,

[36] DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A árvore e o fruto: Um breve ensaio histórico sobre o aborto. **Bioetica**. Brasilia. v.2. n.1. p.43-51. 1994, p. 43-49.
[37] AZAMBUJA, 2003, p. 476.
[38] COSTA, 2010, p. 6.

havendo, contudo, uma atenuação da pena nos casos em que o ato tivesse sido praticado para ocultar desonra própria. Se o crime fosse praticado por médico ou parteira legalmente habilitada, a pena seria agravada. Se o aborto resultasse em morte da gestante, em razão de imperícia ou negligência, mesmo nas hipóteses permitidas em lei, a pena seria igualmente agravada.[39] O tipo básico do aborto tinha pena prevista de dois a seis anos de prisão. Para o aborto realizado por médico ou parteira, em que houvesse morte da gestante, a pena seria de dois meses a dois anos de prisão.[40]

Atualmente, o tratamento jurídico conferido ao aborto está tratado de maneira explícita apenas no ordenamento infraconstitucional, mais especificamente, no Código Penal. Apesar de a Constituição Federal de 1988 não ter tratado expressamente do aborto voluntário, quer para proibi-lo quer para permiti-lo, não significa dizer o texto constitucional não tenha qualquer influência no debate.

Claro, assim, que o texto constitucional é o responsável por conferir a base para o tratamento do aborto no ordenamento pátrio. Certamente que o legislador tem espaço para decidir sobre questões controvertidas, mas deve respeitar os ditames constitucionais para dar a solução adequada.[41]

Flavia Piovesan[42] relembra os casos em que aborto é criminalizado pelo Código Penal. Em seus arts. 124 a 128, é criminalizado o aborto realizado pela própria gestante, ou com o seu consentimento, e o aborto provocado por terceiro. Os únicos dois casos de aborto legal no ordenamento jurídico brasileiro são quando há risco de morte para a mãe ou quando a gravidez resultou de estupro. O primeiro é conhecido como aborto necessário e o segundo como aborto sentimental.

No aborto necessário, a decisão cabe ao médico, independentemente do consentimento da gestante, que pode inclusive nem estar em condições de decidir.

A autora discute a possibilidade de ampliação dos casos de aborto quando há risco à saúde da mãe, mas não há risco de morte e quando o feto tem má formação. Prossegue, assim, afirmando que há na doutrina quem entenda que as hipóteses de aborto não podem ser ampliadas. Há, também, por outro lado quem entenda que a saúde física da gestante seria bem jurídico suficientemente apto a justificar a ampliação dos casos de aborto, principalmente, quando não há qualquer viabilidade de vida do feto ou quando há

---

[39] AZAMBUJA, 2003, p. 476.
[40] COSTA, 2010, p. 6.
[41] SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113-4.
[42] PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 415-8.

risco à saúde da mãe.

Interessante nota faz a autora ao chamado aborto sentimental (em caso de estupro), em que se permite a interrupção da gravidez para se tutelar a higidez psicológica da gestante. Há quem entenda que esta possibilidade de aborto seria incompatível com a proteção à vida da Constituição. Pondera Piovesan que o direito à vida não é um direito absoluto, podendo ser relativizado em alguns casos, sendo que neste caso pretende proteger a liberdade e a dignidade da mulher claramente ofendidas com a prática do estupro.

Neste sentido:

> Assim, sopesando-se os bens jurídicos tutelados pela Carta Constitucional, vê-se que não se pode atribuir alcance absoluto ao direito à vida do feto em desenvolvimento e relegar a segundo plano direitos igualmente garantidos no plano constitucional, como a dignidade e a liberdade da mulher em não ter que se submeter a gerar um filho decorrente de uma brutal violência que sofrera, protraindo no tempo, *ad infinitum*, os efeitos do crime do qual fora vítima.[43]

A eventual ampliação dos casos de aborto legal é bastante discutida na doutrina. Alexandre de Moraes[44] entende que constatada a impossibilidade de vida extrauterina, nada justificaria a criminalização do aborto, já que neste caso o direito penal não estaria protegendo a vida, mas sim desrespeitando diversos direitos fundamentais das mulheres.

Se o ordenamento jurídico permite que seja abortado um feto com plena viabilidade extrauterina no aborto sentimental, não parece haver motivo para impedir a interrupção da gravidez em caso de completa inviabilidade de vida do feto. Há que se notar, dessa maneira, que o legislador ordinário não parece ter como principal preocupação a vida real.[45]

A discussão específica quanto à possibilidade de interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia foi definida pelo Supremo Tribunal Federal e será exposta em momento oportuno.

Maria Berenice Dias[46] entende que a Constituição Federal, ao proclamar a dignidade humana e o direito à liberdade, teria retirado o aborto da esfera da

---

[43] PIOVESAN, 2014, p. 416.
[44] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.
[45] GONÇALVES, 2010, p. 461.
[46] DIAS, 2006, p. 21.

antijuridicidade. Para a autora, o fato de o texto constitucional ter admitido o planejamento familiar e a paternidade responsável, no art. 226, § 7º, impediria que fossem excluídos do ordenamento quaisquer tipos de métodos contraceptivos, inclusive o aborto. Neste sentido, ainda que não se entenda num primeiro momento que o aborto seria um método de controle de natalidade, seria inegável que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem e, nestes casos, a única forma de se respeitar a decisão de planejamento familiar seria garantir o direito ao aborto.

Para a autora, o texto constitucional ainda vai além:

> Atribuiu ao Estado o dever de assegurar os meios necessários para que a família possa decidir sobre sua extensão: compete *ao Estado propiciar recursos educativos e científicos para o exercício desse direito.* Isso significa fornecer informações sobre métodos preventivos e disponibilizar meios contraceptivos. Não só distribuir camisinha, pílula anticoncepcional, pílula do dia seguinte, colocar DIU e realizar a laqueadura. Também deve proceder à interrupção da gestação por médico habilitado e pela rede pública de saúde. Ainda que não deva o aborto ser utilizado como método de controle da natalidade, não se pode afrontar a liberdade da mulher de optar pelo número de filhos que deseja ter. Portanto, além de não poder proibir a interrupção da gravidez, o Estado tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura.[47]

A possibilidade de ampliação das hipóteses autorizativas do aborto é bastante discutida na doutrina brasileira e frequentemente autores relembram a existência de outros bens jurídicos que envolvem o tema, como a vida humana, a saúde, a liberdade, a dignidade da gestante. Há quem entenda[48] que o Código Penal deveria ter se preocupado não apenas com a proteção à vida da gestante, mas também com a proteção à saúde física e psíquica da mulher.

Uma importante questão da legislação brasileira é que ela, de fato, não define qual seria o conceito de aborto. Várias são as formas de se tratar a legalização do aborto, sendo possível pensar em vários tipos de legislação. Há quem entenda que a legislação brasileira pode ser classificada como altamente restritiva, que só admite a interrupção da gravidez em caso de estupro ou para salvar a mãe. Há também as leis moderadas, que permitem o aborto em casos determinados, mediante processo formal de autorização. Por fim, existem as chamadas leis liberais, que relegam a decisão

[47] DIAS, 2006, p. 21.
[48] COSTA, 2010, p. 12

principalmente à mulher com base em limites bastante amplos.[49]

A alteração da lei de aborto tem sido recomendada pela doutrina internacional a partir de duas fórmulas distintas. O primeiro modelo seria o das indicações, que seguiria a ideia de que os casos de interrupção da gravidez deveriam ter como patamar a ideia de um conflito de valores. O segundo modelo seria aquele de prazos em que, havendo ou não um sistema de aconselhamento da gestante, em que se aplicaria o princípio da paridade do injusto de aborto em relação à dignidade e proteção da vida intrauterina.[50]

Ainda, construções doutrinárias e jurisprudenciais mostram quatro maneiras de trazer suas dissidências à alta penalização do aborto, que são: a) ampliar a despenalização do aborto a partir de uma reinterpretação das disposições do Código Penal; b) reforçar uma concepção do início da vida num momento mais a frente que o da concepção; c) melhorar a situação concreta das mulheres que decidam interromper a sua gravidez e; d) defender a constitucionalidade da despenalização do aborto.[51]

---

[49] DACACH, Renato Barros**.** Seculares discussões sobre o aborto. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia: Série Acadêmica.** Salvador. v.1. n.1. p.256-62. jan./dez. 1998, p. 257-260.
[50] COSTA, 2010, p. 12-3.
[51] VAGGIONE, Juan Marco; JULIÁ, Silvia. Construcciones judídicas progresistas en relación al aborto. Anuário. **Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciências Sociales Universidad Nacional de Cordob**a. Cordoba. v.9. p.613-26. 2006

CAPÍTULO II - DIREITOS E PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO

II.1- Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana inscrita no art. 1º, III da CF/88 é mais um dos princípios envolvidos no debate do aborto. Como núcleo essencial de todo direito fundamental, a referência à dignidade humana está em todos os direitos fundamentais envolvidos. A despeito disso, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser considerado como central ao tema do aborto. Afinal, todo discurso sobre direitos fundamentais envolve o princípio da dignidade humana.

No caso do aborto, o princípio da dignidade certamente pode ser invocado juntamente com qualquer outro direito para retratar a condição da mulher que pretende se submeter a um aborto. A dignidade, contudo, pode ser igualmente invocada para retratar a condição do feto. E neste ponto, o reconhecimento de uma dignidade ao feto relaciona-se com o conceito de direito à vida, que será adiante analisado.

Valle Labrada Rubio [52] expõe uma dificuldade hodierna em dar uma definição universal de dignidade, principalmente ante a negação, por muitas correntes, da existência de uma essência, de uma natureza permanente na pessoa humana.

O cristianismo teve grande influência em definir a dignidade humana, ao trazer um conceito finalista de pessoa humana, buscando a felicidade. A filosofia cristã medieval identificou o direito natural próprio de toda natureza humana com o direito divino próprio do cristão. Esta identificação repercutiu no âmbito jurídico.

De acordo com a filosofia cristã, a pessoa poderia ser considerada como um ser intangível em sua dignidade, sendo assim insubstituível. Neste sentido, a filosofia imanente assume a ideia de que a integridade da pessoa humana existe simplesmente por ela ser pessoa, tornando-se a base para a construção da teoria dos direitos subjetivos, bem como o impulso da positivação e da defesa dos direitos humanos.

No âmbito jurídico, o positivismo reinou por bastante tempo de modo a começar a suprimir o conceito de justiça. Stammler, no começo do século XX, reacendeu a necessidade de existência de um direito justo, de modo a ter dois princípios básicos da dignidade, o de respeito mútuo e de participação.

Determinar uma hierarquia nos valores próprios da pessoa humana tem

[52] RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los derechos humanos: fundamento, historia, declaracion universal de 10 de diciembre de 1948.** Madrid: Civitas, 1998, p. 132-5.

importantes repercussões na hora de resolver colisões ou antinomias no exercício dos direitos humanos. Scheller confere primazia aos valores morais, próprios do espírito, como superiores sobre os valores materiais da pessoa. Del Vecchio estabelece a ideia de justiça em função do princípio da dignidade individual da pessoa humana e do princípio da igualdade que se identifica com o princípio da reciprocidade.

Labrada Rubbio faz notar que a existência de uma grande disparidade de conceitos em torno da ideia de pessoa humana e, portanto, de dignidade da pessoa humana. Esta divergência leva à existência de diversos conceitos sobre a abrangência dos direitos fundamentais. Afinal, se não há unanimidade sobre a dignidade humana, não pode haver consenso também sobre os direitos humanos, que nela se fundam.

Conceituando a dignidade da pessoa humana Luís Roberto Barroso[53] entende que:

> O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência.

A noção central dos direitos do homem é a dignidade da pessoa humana. O conceito de dignidade humana não é apenas um conceito jurídico, mas envolve questões teológicas, filosóficas e antropológicas. Poderia, assim, a dignidade ser vista sob duas perspectivas: liberdade, através de seu respeito, e a igualdade, com o seu reconhecimento.[54]

A dignidade da pessoa humana começa a ser vista, portanto, como um fundamento dos direitos humanos, que segundo Valle Labrada Rubio pode ser vista através de várias doutrinas.[55]

A doutrina legalista ou positivista encontra o fundamento dos direitos humanos na lei positiva que os proclama e garante. Como principal característica da doutrina legalista está que os únicos direitos são os incluídos no ordenamento jurídico. Oposta à doutrina legalista está a jusnaturalista. O autor ressalta a posição de Newcastle, segundo quem a vontade popular é o fundamento de todos os direitos humanos.

---

[53] BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v.241. p.93-120. jul./set. 2005, p. 103.

[54] GUIMBO, Bernard Raymond. **Droit au developpement et dignité humaine** in **Les droits fondamentaux.** Bruxelas, 1997, p. 73

[55] RUBIO, 1998, p. 53-9;

A doutrina relativista entende que os direitos humanos não têm um fundamento absoluto, único. Assim, o fundamento ou a origem dos direitos humanos varia dependendo das circunstâncias de cada momento histórico ou cultural.

A concepção relativista é compatível com a doutrina legalista, pois a lei estabelece os direitos fundamentais de acordo com o momento histórico.

Por sua vez, a doutrina axiológica considera que o fundamento dos direitos humanos está na existência de valores próprios da pessoa humana.

Para a doutrina jusnaturalista, o fundamento dos direitos humanos é uma ordem superior, objetiva, universal que se pode apelar a ela a todo o tempo e lugar. A diferença entre o jusnaturalismo e a doutrina axiológica é que a realidade metapositiva do jusnaturalismo não é um valor, mas sim uma norma jurídica.

A dignidade da pessoa humana é considerada a grande base dos direitos fundamentais. A tutela desses direitos por ordenamentos jurídicos está garantida pela plena admissão da dignidade humana. Todo direito fundamental tem na sua essência o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, portanto não nos parece razoável que ela seja invocada para agredir proteções conferidas aos indivíduos.

É nesse sentido que se expressa Alexandre de Moraes:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.[56]

O princípio da dignidade da pessoa humana é visto como sendo aquele que dará sentido a todo o texto constitucional e também a todo o estatuto jurídico. Torna-se uma diretriz hermenêutica do ordenamento.

> Percebe-se que o Constituinte de 1988 plasmou, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há desconstituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda

[56] MORAES, 2011, p. 60.

a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.[57]

José Afonso da Silva[58] é ainda mais enfático quanto à importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Ele entende que a dignidade é um valor supremo, fundante não só da República, mas também do País, da Democracia e do Direito. Além de ser um princípio da ordem jurídica, o é também da ordem política, social, econômica e cultural.

A despeito da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana nem ela pode ser considerada absoluta.

> Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação, porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra). Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe a concretização radical; ele logicamente não admite atenuação. Se afastado nada sobra do princípio da dignidade.[59]

Para Junger Habermas[60], não se nega um valor intrínseco à vida humana antes do nascimento não importando se se considera um caráter sagrado ou não. A necessidade de se proteger a vida humana antes de ser reconhecido como pessoa não é racionalmente aceitável por todos os cidadãos. Para o autor, contudo, num ambiente democrático importaria apenas aquilo que ele chama de proposições morais em sentido estrito. Assim, somente proposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é bom para todos devem ser consideradas aceitáveis por todos por boas razões.

Para o autor, a dignidade humana:

> [...] não é uma propriedade que se pode 'possuir' por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela 'intangibilidade' que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas. Emprego o termo 'intangibilidade' não com o mesmo sentido de 'indisponibilidade', pois uma resposta *pós-metafísica* à questão de como devemos lidar com a vida humana pré-pessoal não pode ser obtida ao

---

[57] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 37, n 145, p. 185, jan./mar. 2000. p. 195.
[58] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo.** Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 92.
[59] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais / Fasc. Civ**. a. 91, v. 797, março/2002. p. 11-26. p. 19.
[60] HABERMAS, Junger. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

> preço de uma definição *reducionista* do homem e da moral.[61]

Para Habermas, a individualização da história da vida ocorre por meio da socialização. O nascimento seria o ato de individualização social, de admissão no contexto público de interação com o mundo. Somente a partir desse momento a simbiose com a mãe seria rompida e a criança entraria no mundo das pessoas. Assim, antes de estar inserida no contexto público de interação, a vida humana deve ser objeto de proteção legal, sem que com isso seja por si só sujeito de direitos e deveres.

Neste sentido, para o autor haveria uma diferença entre uma proteção à dignidade da vida humana, que pode ser concedida à chamada vida pré-pessoal, e à dignidade da humana juridicamente garantida a toda pessoa. Esta diferenciação será retomada e ganhará especial relevância ao tratar do direito à vida do feto.[62]

II.2- Direito à vida

II.2.1- Conceito de direito à vida

O direito à vida é garantido pela Constituição Federal de 1988 já em seu art. 5º, *caput*, sendo descrito pela Magna Carta como inviolável. Pode ser considerado, assim, o direito à vida um pré-requisito de existência dos demais direitos, sendo, portanto, entendido como o mais fundamental de todos os direitos.[63]

Por muito tempo, adotou-se como uma ideia clássica de que a vida seria sagrada, de modo que o seu conceito era definido por uma forte influência religiosa. Com o processo de secularização, a ideia de que a vida seria um conceito absoluto e intangível começou a ser questionado.[64]

Alexandre de Moraes entende que o direito à vida, tal como disposto na Constituição Federal, impõe ao Estado a obrigação de assegurá-lo sob duas perspectivas. A primeira diria respeito ao direito de continuar vivo, enquanto que a segunda ao direito de ter uma vida digna quanto à sua subsistência. *In verbis:*

> O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequada com a condição humana* respeitando

[61] HABERMAS, 2004, p. 47.
[62] HABERMAS, *Op.cit.*, p. 50-1.
[63] MORAES, 2011, p. 80.
[64] GONÇALVES, 2010, p. 449-450.

> os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. [65]

Pensa-se, normalmente, no direito à vida com uma dicotomia radical. Ou há vida e o direito está amplamente assegurado ou não há vida e há uma clara violação ao direito. A discussão do direito à vida, nesta dicotomia, fica um pouco prejudicada e precisa ser ultrapassada. Há quem cogite[66], assim, de duas definições do direito à vida, a restritiva ou clássica e a dinâmica ou social.

Pela posição restritiva, o direito à vida significaria tão-somente o direito de não estar morto. Haveria somente um direito à vida física, de modo que o Estado não teria a obrigação de assegurar ao indivíduo uma vida decente. Por outro lado, pela visão dinâmica, o Estado teria a obrigação de não apenas impedir a morte intencional de seus cidadãos, mas de tomar as medidas necessárias à garantia de uma vida digna.

Pode-se perceber, portanto, que o conceito de direito à vida está intrinsecamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Há, inclusive, quem defenda que uma vida sem dignidade não seria uma verdadeira vida, o que permitiria, portanto, uma relativização de sua proteção jurídica. Há, por outro lado, outra corrente que entende que a vida seria um pressuposto lógico da dignidade, de tal maneira que não haveria que se pensar em qualificar a vida como digna ou indigna se não houver vida. Independentemente de como o direito à vida é entendido, é preciso ter em mente tratar-se de um direito relativo, inclusive em nosso ordenamento, em que a Constituição prevê um caso de pena de morte.[67]

Ainda neste sentido, o direito à vida envolveria, assim, o direito a manter um corpo saudável e também o direito de dispor do próprio corpo. O direito do homem de ter um corpo saudável não pode ser tomado como absoluto, pois nenhum Estado terá capacidade de garantir a seus cidadãos uma vida livre de doenças e de risco de morte.[68]

Valle Labrada Rubio[69] entende que a depender do conceito que se tenha de

---

[65] MORAES, 2011, p. 80.

[66] OLINGA, Alain Didier. **Le droit à des conditions matérielles d'existence minimales en tant que'élément de la dignité humaine (articles 2 et 3 de la CEDH***)* in *Les droits fondamentaux.* Bruxelas, 1997, p. 93-5.

[67] GONÇALVES, 2010, p. 450-1.

[68] AQUIJ-MRAD, Amel. Droit à l'a vie, droit à la mort. **Droit Ecrit. Toulouse**. n.1. p.59-69. mars. 2001, p. 61

[69] RUBIO, 1998, p. 136.

dignidade, o direito à vida será considerado de maneira diferente. Por uma perspectiva relativista, o conceito de dignidade humana depende de diversas circunstâncias, tais como o direito positivo que decidirá qual vida deve ser protegida, a coletividade que poderá optar por uma política ou outra de natalidade. Assim, a proteção ao direito à vida dependerá da circunstância que será considerada prioritária em cada momento.

Continua o autor afirmando que as concepções metafísicas, ainda que diferentes entre elas quanto ao seu fundamento ou sua justificativa, são coincidentes ao identificar a essência da pessoa humana como algo absoluto, que todo conceito de dignidade de pessoa humana deve respeitar.

De acordo com José Afonso da Silva[70], não se deve definir o que significa vida, mas é preciso determinar, no texto constitucional, se ela não deve ser considerada apenas em seu contexto biológico, mas também em seu conceito biográfico. Juntamente com o direito à vida, o autor trata do direito à existência, que "consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável."[71]

O autor ainda ressalta que houve a tentativa de se incluir no texto constitucional o direito a uma existência digna que acabaria por fundamentar o desligamento de equipamentos que mantivessem pessoas vivas artificialmente. Afonso da Silva entende que se o direito a uma existência digna tivesse sido constitucionalizado haveria o risco também de se permitir a eliminação de portadores de deficiências físicas. Conclui o autor que o direito a uma existência digna é diferente de simplesmente existência digna.

De um modo geral, entende-se que o direito à vida é a base dos demais direitos fundamentais, sem vida não se pode falar em nenhum outro direito.[72]

Opez Rocca[73] entende que direito à vida, considerado em sentido mais estrito, corresponde ao direito ao desenvolvimento e à evolução da vida orgânica. Suprimido este direito, esvazia-se o conteúdo de todos os direitos individuais. Se é negado o valor da existência humana, desaparecem todos os valores que fixam os demais direitos fundamentais.

Para o autor, direito à vida é o primeiro de todos os direitos, agregando-se a

---

[70] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 68.
[71] SILVA, *Op.cit.*, p. 68.
[72] GOZZO, Débora. Nascimento anônimo: em defesa do direito fundamental à vida. **Revista Mestrado em Direito.** Osasco. v.6. n.2. p.123-37. jul./dez. 2006, p. 130-1.
[73] OPEZ ROCCA, Elbio J. Derecho a la vida. **Cuadernos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.** Montevideo, n. 13, 1990, p. 90-3.

ele o direito à integridade física, que deverá ser considerado uma prolongação do primeiro. A concepção de ser humano não é unicamente o de um corpo físico, um organismo vivente, é algo mais. O ser humano, na visão do autor, seria também um ser espiritual, um ente detentor de sentimentos. E alguns destes sentimentos também devem ser objeto de tutela jurídica.

Neste sentido, aparece o direito à integridade moral, como por exemplo, o direito à honra e à reputação, como bens espirituais do homem. Surge, assim, o direito ao decoro, o direito à consideração que todo homem se faz merecedor com a sua conduta e do qual nenhuma pessoa ou autoridade estatal pode privá-lo.

Esses direitos a que o autor se referiu caracterizam de maneira elementar a dignidade da pessoa humana. Essa evolução histórica termina por considerar o direito à vida e à integridade física e moral do homem como atributos inerentes ao homem.

A vontade do constituinte quando se pronuncia já se pressupõe a existência de direitos como o direito à vida, à integridade física e à honra. Estes direitos não são uma criação técnico-jurídica, não constituem uma categoria jurídico-formal, no sentido de ser efeito de uma decisão política do constituinte. O direito constitucional não é a única fundamentação do direito. Também participa dessa condição o caráter de fonte de fundamentação do direito natural.

Prossegue o autor afirmando que admitidos implícita ou explicitamente pela Constituição, em nenhum caso, podem ser objeto de privação por parte de ato jurídico de espécie alguma, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional.

Além de ter uma função de fixação e interpretação dos valores mencionados, estes direitos estariam vinculados com o próprio conceito de Estado de Direito. A eficácia do Estado de Direito depende de uma relação dialética com o direito à vida e à integridade física e moral. Quando o Estado de Direito é plenamente vigente, não há necessidade de vigilância desses direitos pelo Estado e vice-versa.

Tratando-se ainda do âmbito de proteção do Direito quanto à vida, há quem[74] entenda que o direito existe em decorrência de uma necessidade humana de viver dentro de uma ordem, de forma pacífica e com garantias de segurança. Para a ordem jurídica importa a dimensão social do homem, ou seja, importa mais o conviver do que o viver. O direito não protege apenas a vida humana biológica, mas também a dimensão social da vida humana.

---

[74] BONIFAZ A, Leticia. Al aborto (analisis filosofico-juridico). **Revista Mexicana de Justicia.** v.4. n.4. out./dez. 1986, p. 199-200.

Ivete Senise Ferreira[75] entende que o valor essencial da pessoa humana surgiu apenas com o cristianismo, principalmente considerando-se as práticas e concepções existentes na Antiguidade.

Analisando o direito à vida na Convenção Europeia de Direitos Humanos, Jean Renucci[76] afirma que o direito à vida deve considerado um princípio essencial, já que ele permite que todos os demais direitos sejam usufruídos. Apesar de se costumar afirmar pelo caráter absoluto do direito, diversas limitações são admitidas. O direito à vida, assim, é tanto um direito essencial quanto um direito que admite restrições.

O direito à vida é garantido pelo art. 2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual a vida de toda pessoa é protegida, proibindo, portanto, a ideia de morte intencional. O conceito de intencional não deve ser interpretado literalmente. Por muito tempo, a Comissão entendeu que um homicídio culposo não violaria a Convenção. Com as críticas sofridas, a Comissão passou a realizar o controle de regularidade do uso da força sem perquirir as intenções da pessoa envolvida.

Renucci entende que o direito à vida é o primeiro dos direitos humanos, de tal modo que, a não ser pelas exceções previstas em lei, o direito à vida é absoluto. Neste aspecto, o direito à vida deve ser compreendido de maneira estrita, pois não engloba o direito a um padrão de vida confortável, que seria um direito econômico e social.

O conteúdo do direito à vida também gera profundas discussões, uma vez que há dissenso na doutrina quanto à possibilidade de ser incluído o direito à integridade física. O real significado do art. 2, segundo o autor, é o de que o Estado tem obrigações não apenas de se abster em provocar a morte, mas o de promover as medidas necessárias para garantir a vida. A Comissão tem se preocupado com as obrigações positivas do Estado, entendendo que ele deve proteger a vida contra a liberdade das pessoas privadas, inclusive, contra a sua própria vontade.

A determinação das fronteiras do direito à vida é bastante difícil, principalmente, no que tange à determinação do fim desta garantia fundamental. A legislação europeia é bastante diversa quanto à eutanásia. A França ignora a existência da eutanásia na legislação, de modo que o consentimento da vítima não representa uma justificativa razoável. A existência de um direito à morte ainda não foi definido pelas instâncias europeias.

---

[75] FERREIRA, 2009, p. 219.
[76] RENUCCI, Jean-François. **Droit européen des droits de l'homme.** 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 77-80.

Para Jacques Robert[77], o direito à vida, por ter um conceito bastante vago, pode dividir-se em direito à segurança pessoal e direito a uma vida decente.

No que tange ao direito à segurança pessoal, entende o autor que não é suficiente para garantir o direito à vida que o Estado apenas declare que as suas leis respeitam o direito à vida. Não basta, assim, que o Estado se abstenha de provocar a morte, já que ele deve tomar as medidas necessárias para a proteção da vida das pessoas. O Estado deve garantir um mínimo de ordem e segurança, mesmo em épocas de crise.

O Estado tem o dever de garantir a segurança em todo o território nacional, de defender as instituições e os interesses nacionais, de respeitar as leis, a manutenção da paz e da ordem públicas e de proteger as pessoas e os bens.

Quanto ao direito a uma vida decente, direito à vida inicialmente diz respeito à garantia de uma vida física. Mas a garantia vai mais além, fazendo com que o objeto deste direito envolva as condições necessárias para a manutenção de uma vida digna. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 já dizia que toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado para assegurar a sua saúde, seu bem-estar e de sua família, principalmente em relação à alimentação.

O artigo 11 § 1º do Pacto relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais desenvolve o artigo 25 da Declaração, ao determinar que os Estados signatários reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida que seja adequado a ela e sua família e compreende alimentação, vestimenta e habitação suficientes e uma melhoria constante de suas condições de vida.

Neste cenário, questionam os autores se situações extremas de pobreza não seriam uma violação à garantia do direito à vida. O direito interno francês também prevê garantias constitucionais e legislativas a um direito a uma vida decente. A alínea 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946 prevê que o Estado garantirá a todos, notadamente às crianças, às mães e aos idosos trabalhadores, a proteção à saúde, à segurança material, ao repouso e ao lazer.

De um modo geral, pode-se dizer que o direito à vida "opõe-se frontalmente a tudo aquilo que possa ameaçá-lo ou ofendê-lo, assim como as condições que lhe são adversas, como a miséria, a fome, a opressão política, econômica, ideológica, as discriminações de toda a ordem."[78]

---

[77] ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. **Droits de l`homme et libertes fondamentales.** 7ª ed. Paris: Montchrestein, 1999, p. 355-9.

[78] SOARES, Orlando. Direito à vida. **Revista Forense.** Rio de Janeiro. v.92. n.336. out/dez. 1996, p. 149

A despeito da importância do direito à vida, não se pode pensar em direito absoluto. Como todo direito fundamental, também o direito à vida apresenta caráter de relativo.

Renucci[79] ressalta que falar em limites de um direito considerado intangível parece antinômico. Na verdade, o paradoxo é apenas aparente. O caráter absoluto do núcleo duro dos direitos fundamentais não impede que se fale em limites.

Pensando o direito à vida à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o autor salienta que o direito teria uma dupla limitação. A primeira estaria no art. 2º, que prevê algumas hipóteses em que o Estado pode interferir no direito à vida. A primeira envolve a execução de uma sentença capital pronunciada por Tribunal ou quando há a previsão de um delito punido por pena de morte pela lei. Desta maneira, percebe-se que a pena de morte não é proibida pela Convenção, na sua redação original, desde que respeitado o princípio da legalidade. A supressão desta pena foi consagrada pelo Protocolo n. 6. A França ratificou o protocolo, mas o Conselho Constitucional entendeu que a pena de morte poderia ser prevista em tempo de guerra ou em perigo iminente de guerra.

A Convenção também permite a morte em caso de uso da força em situações extremamente necessárias, para assegurar a defesa de pessoa contra violência ilegal, para efetuar uma prisão regular ou para impedir a fuga de uma pessoa regularmente detida ou para reprimir, de acordo com a lei, uma insurreição.

Enfatiza o autor que as restrições mencionadas ao direito à vida devem ser interpretadas restritivamente. O artigo 15, § 2º, por sua vez, autoriza as mortes decorrentes de atos lícitos de guerra. Esta exceção permite que o Estado em época de guerra ou de perigo para a Nação adote medidas derrogatórias das garantias da Convenção.

Não há dúvidas de que não se pode pensar no direito à vida como um direito absoluto, seja para tratar do direito à vida em geral, seja tratando do direito à vida do feto. Não há que se pensar em direito fundamental absoluto, por mais relevante e importante que ele seja para o quadro constitucional. Exatamente pela importância e necessidade de sobrevivência harmônica é que devem os direitos fundamentais (todos eles) serem considerados relativos.

[79] RENUCCI, 2002, p. 88-92

II.2.2- Teorias sobre o início do direito à vida

A discussão sobre o início da vida e os parâmetros para o reconhecimento do direito à vida do feto são questões fundamentais no debate sobre o aborto. Tratar do início da vida é uma missão muito árdua e impregnada de conceitos religiosos e filosóficos. Considerando que não há consenso científico sobre quando se dá o início da vida, o foco do estudo será sobre quando se dá o início do **direito** à vida.

Ainda que se pretenda discutir juridicamente tão-somente o início do direito à vida, não há uma definição científica inequívoca sobre o seu início.[80] A análise do início da vida "envolve o estudo de vários outros temas, todos conjuntamente interligados, como numa teia, e nem sempre temas unicamente jurídicos, envolvendo conceitos de diversas ciências como, por exemplo, a medicina e a biologia." [81]

É inegável que, para delimitar em que termos é garantido o direito à vida, é necessário pensar ainda que brevemente sobre o que é vida e mais especificamente o que é vida humana. Roberto Colombo e Angelo Serra[82] analisando a vida do embrião, sob uma perspectiva biológica, retomam a ideia de que os extremos da vida humana (nascimento e morte) são conceitos que não dependem somente da biologia, mas são influenciados por visões da filosofia, teologia, psicologia, sociologia, direito, política.

Reconhecendo a incapacidade de se discutir o início da vida por somente uma perspectiva, os autores afirmam que os biólogos desistiram de adotar um conceito teórico de vida física, uma vez que o seu conceito depende de recurso a princípios metafísicos.

Neste sentido, os autores entendem que sempre que se quer falar sobre o começo e o fim da vida num sentido biológico, é preciso especificar que tipo de fenômeno vital se está referindo, se célula, organismo, população ou espécie. Este corte ganha especial relevância quando se pensa na vida humana como um processo contínuo, afinal:

> As células e os membros humanos existem na Terra continuamente desde o aparecimento do primeiro homem. Por outro lado, a mesma afirmação é falsa se se refere a um organismo humano singular ou a uma população humana. Os organismos não preexistem no começo do seu ciclo vital, que é individual e limitado no tempo. O conceito biológico de vida é analógico, não unívoco, e seu uso requer a especificação do objeto a que nos estamos referindo. Biologicamente falando, não faz sentido levantar e

[80] RENUCCI, 2002, p. 81
[81] PUSSI, 2005, p. 81
[82] SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto. **Identidade e estatuto do embrião humano: a contribuição da biologia in** CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. **Identidade e estatuto do embrião humano – Atas da Terceira Assembleia da Pontifícia Academia para a Vida.** EDUSC: Bauru, 2007, p. 154-7.

> estabelecer a questão de quando começa a vida individual humana (organísmica)[83]

A discussão sobre o início da vida é difícil em todos os ramos da ciência, assim mostra-se fundamental tentar analisar o início da vida naquilo que diz respeito à sua proteção jurídica. O conceito jurídico de vida foi bastante influenciado por outros ramos, principalmente pelo pensamento que cristão, que se debruçou longamente sobre o conceito de vida.

Autores[84] notam que a Igreja Católica reconhece ser muito difícil decidir com bases irrefutáveis quando se dá o início da vida humana e mais difícil ainda quando começa a pessoa. Frente a esta dificuldade, prefere considerar que a pessoa existe desde a fecundação, quando surge uma carga genética distinta dos pais.

Esta, contudo, não foi sempre a posição da Igreja Católica. No século IV, Santo Agostinho estabelecia um aspecto temporal para que o feto se tornasse pessoa. Para o feto masculino, ele somente seria considerado pessoa 40 dias após a fecundação e, para o feto feminino, o tempo seria de 80 dias. Posteriormente, no século XIII, São Tomás de Aquino reafirmou a ideia de que antes de 40 dias o feto não teria a chamada alma racional. Esta posição foi adotada como doutrina oficial da Igreja Católica a partir do Concílio de Trento (encerrado em 1563). Este posicionamento sempre foi profundamente questionado por outros teólogos que defendiam a "hominização" imediata do feto.

Ivete Senise Ferreira[85] relembra que o estabelecimento de um período temporal a partir do qual o feto seria considerado humano, baseia-se na doutrina de Aristóteles, segundo a qual o feto era considerado animado no momento em que a alma era recebida pelo corpo já formado. E isso aconteceria a partir do 40º dia a contar da concepção para os homens e do 80º para as mulheres.

Santo Afonso de Ligório (morto em 1787) chegou a admitir o aborto terapêutico, em caso de risco de morte para a mãe. Esta discussão acabou oficialmente com a divulgação da *Apostila Sedia* em 1869, em que o Papa Pio IX condena qualquer interrupção da gravidez. Neste século, começou-se a discutir a questão do aborto direto e indireto, em que a preservação da vida da mãe exige medidas que indiretamente causam o aborto.[86]

---

[83] SERRA; COLOMBO, 2007, p. 157.
[84] PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2007, p. 315-6.
[85] FERREIRA, 2009, p. 220.
[86] PESSINI; BARCHIFONTAINE, *Op.cit.*, p. 315-6

Prosseguindo no tratamento que a Igreja Católica deu ao início da vida. Na Encíclica Matrimônio Cristão de Pio XI, em 1930, entendeu-se que o direito à vida do feto tem o mesmo valor que a vida da mulher, de modo que toda medida anticoncepcional passou a ser considerada crime, com exceção de abstinência sexual nos dias férteis. Em 1976, o Papa Paulo VI afirmou que o feto teria pleno direito à vida, a partir do momento da concepção, não havendo nenhum caso de aborto admitido, nem para salvar a vida da mãe. A Igreja, assim, reconhece o feto como uma pessoa, portador de vida humana desde a concepção.[87]

O tratamento conferido por outras religiões é um pouco diferente. Os protestantes são mais flexíveis que os católicos sobre o aborto. Os protestantes não fundamentalistas admitem o aborto necessário ou de concepção resultante de estupro. As religiões islâmicas, por sua vez, são desfavoráveis ao aborto. O ponto de vista judaico, que também parte do respeito à vida humana e na igualdade de todos perante Deus, o aborto não é considerado assassinato, apesar de não desejável, devendo prevalecer sempre a saúde da mulher.[88]

Tratando-se ainda de como o direito à vida vem sendo entendido, é interessante citar que o direito romano compreendia que o início da vida ocorria com o nascimento e, portanto, com a completa separação do feto do ventre materno. Além do nascimento com vida, o direito romano exigia as seguintes condições: parto perfeito, ocorrido após sete meses da concepção; b) o ser nascido deveria ter a forma humana; c) nascimento com vida. O direito romano, apesar de todas essas características, protegia também o nascituro desde o momento da concepção, desde que para favorecer o *status libertatis* ou a fruição dos atributos honoríficos do pai ou a preservação de direitos sucessórios.[89]

Com o iluminismo no século XVIII, algumas mudanças foram produzidas na compreensão do aborto, principalmente com a atenuação das penas que eram estabelecidas ao aborto, abolindo-se, principalmente, a pena capital. Mesmo não se considerando o feto como ser humano, mas sim como uma esperança de vida, entende-se que o Direito Penal deveria proteger essa esperança de vida para que ela pudesse se tornar vida humana.[90]

---

[87] SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 57-8.
[88] SEMIÃO. *Op. cit.*, 58-60.
[89] RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 683.
[90] FERREIRA, 2009, p. 220-9.

Debatendo somente sobre o início (jurídico) do direito à vida, a doutrina tampouco apresenta consenso.

Alexandre de Moraes entende que:

> [...] o início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.[91]

Prossegue o autor afirmando que a Constituição protege também a vida intrauterina, já que a gravidez gera um terceiro com vida distinta da mãe. Desta maneira, a criminalização do aborto pelo Código Penal representaria uma proteção à vida do nascituro. Para o autor, é cristalino que a proteção à vida na Constituição não envolve apenas a vida extrauterina, mas engloba necessariamente a intrauterina, já que o feto teria expectativa de vida exterior. [92]

Caso não fosse protegida a vida intrauterina, a proteção ao direito à vida não seria ampla o suficiente, pois poderia obstaculizar a vida em seu momento inicial.

Compartilha da mesma concepção de que a vida tem início com a concepção Valle Labrada Rubio[93], ao entender que nenhum cientista deixará de afirmar que a vida tem início com a fecundação. Afirma que a vida é um ser biológico e que estaria superada qualquer discussão sobre a vida nos primeiros meses de gravidez, já que ela existiria.

Caberia discutir, para o autor, se haveria disponibilidade sobre a vida no início da gravidez. E ele entende que não. Se a defesa e a proteção da vida dependessem de o feto se identificar com algo querido, conveniente e adequado, estar-se-ia instrumentalizando a pessoa humana, uma vez que ela seria tratada como objeto.

Não se poderia esquecer que o homem socialmente tem direito a não ser privado injustamente da vida, tendo direito a não sofrer ataques injustos do próximo ou do poder público contra a sua vida. A conclusão do autor é de que o Estado não pode desproteger a vida humana, ou considerar que é uma questão privada a destruição de vidas humanas, permitindo que uns disponham da vida de outros.

O aborto provocado seria, portanto, a destruição direta da vida do feto no

---

[91] MORAES, 2011, p. 81.
[92] MORAES, *Op. cit.*, p. 85
[93] RUBIO, 1998, p. 137-45.

seio de sua mãe. O aborto, que reúne estas condições, se identificaria, para Valle Labrada Rubio, a um homicídio direto já que a ação tem como fim acabar com a vida humana existente e para conseguir tal fim são empregados todos os meios adequados. Para o autor, o aborto coisifica a vida humana e a instrumentaliza, já que uma terceira pessoa determina se outra deve viver ou morrer. Tratar-se-ia de uma seleção feita segundo as circunstâncias que relativizam a própria existência.

Silmara Almeida Chinelato[94] também entende que a vida humana tem início no momento da fertilização do óvulo pelo espermatozoide O termo inicial do desenvolvimento humano seria, portanto, a fecundação. De acordo com a autora, o desenvolvimento se faz de maneira contínua, podendo ser dividido em algumas etapas marcantes, tais como, implantação, período embrionário, período fetal, nascimento, primeira infância, segunda infância e puberdade.

Apesar de autora entender que a vida começa com a fecundação, ressalta que o que garante a sobrevivência é a implantação ou nidação. Salienta, ainda, que o nascituro deve ser considerado pessoa desde a concepção, inclusive *in vitro.*

Este posicionamento, contudo, não é assente na doutrina.

A ideia de que a vida, ou melhor, o direito à vida tem início com a concepção é apenas uma das teorias de início da vida. Esta teoria é a chamada teoria concepcionista, em que o feto deve ser considerado pessoa humana desde a concepção. Assim, o embrião é considerado desde a concepção um ser distinto da mãe, com autonomia genético-biológica, inclusive desde a concepção *in vitro*.[95]

A segunda teoria, chamada de genético-desenvolvimentista, leva em consideração as fases por que passa o embrião, quais sejam, pré-embrião, embrião e feto. Por esta teoria, o embrião humano não poderia ser considerado como pessoa no início de sua existência. A principal consequência dessa teoria é a dificuldade de se reconhecer direitos ao embrião, já que ele é entendido como um conjunto de células e não como uma pessoa.

A terceira corrente entende o embrião como uma potencialidade de pessoa, fazendo uma mescla entre pontos de ambas as teorias. Esta teoria não considera o embrião como humano, mas não lhe nega a possibilidade de ser humano.[96]

Estas, contudo, não são as únicas teorias que tentam explicar o início do

---

[94] ALMEIDA, 2000, p. 113-296
[95] PUSSI, 2005, p. 191.
[96] PUSSI, *Op.cit.*, p. 191-8

direito à vida. Pessini e Barchifontaine[97] tratam de duas visões sobre o início da vida, a primeira de acordo com a lei natural e a segunda de acordo com a escola genética. A lei natural seria aquela que embasaria a doutrina da Igreja Católica, aqui já exposta. Pela escola genética, seria considerado humano todo ser que tivesse um código genético próprio, o que aconteceria com o embrião a partir do momento da fecundação.

Prosseguem os autores discorrendo que as ciências biológicas distinguiriam pessoa humana de vida humana. Neste sentido, pode ser citada ainda a escola desenvolvimentista, que apesar de reconhecer que a carga genética se forma na fertilização, um certo grau de desenvolvimento seria necessário para o indivíduo ser considerado humano. Os desenvolvimentistas entendem fundamental a interação entre o genótipo e o meio ambiente.

Além da escola desenvolvimentista, pode ser citada também a escola das consequências sociais, que não se preocupa tanto com a discussão de quando a vida começa, mas foca na questão de quando a vida humana começa. Esta teoria lista alguns argumentos que demonstrariam a impossibilidade de se ter certeza de que desde a fecundação haveria uma pessoa humana. São eles:

> 1. A grande maioria dos zigotos não se implanta no útero; será possível que a natureza desperdiça tantas pessoas ao eliminar tantos zigotos? 2. Antes da nidação, não existe individualização, e sem individualização não se pode falar de pessoa. 3. Para que haja pessoa, requerem-se informações genéticas que não estão presentes no zigoto; requerem-se também informações operativas exógenas, e a informação que possui o zigoto é operativa para gerar os processos ulteriores do desenvolvimento. 4. Entre o zigoto e a pessoa futura, não existe relação física contínua como da potência ao ato, porque o zigoto sozinho é potência em termos de informação genética; se não entram em jogo muitos elementos exógenos, a potência que é o zigoto nunca passará a ser ato; somente com 6 a 8 semanas, o embrião terá as características de formação física e fisiológica. 5. O processo do zigoto para a pessoa futura não é um contínuo físico senão um desenvolvimento em continuidade, porque no período inicial embrionário (6 a 8 semanas) sucedem importantíssimas e decisivas mudanças qualitativas.[98]

Isabel Ruiz Gallardon[99] também expõe as diversas posições sobre o direito à vida. A postura mais conservadora parte da premissa de que o feto é um ser humano, desde a concepção. Seu desenvolvimento desde a concepção, nascimento e infância é contínuo e seria arbitrário estabelecer uma linha a partir da qual existe e antes da qual não existe uma

[97] PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2007, p. 316-8.
[98] PESSINI; BARCHOFONTAINE, *Op. cit.*, p. 318.
[99] RUIZ GALLARDON, 1997, p. 282-3.

pessoa. Salienta, ainda, a autora um aspecto que ganha relevância sobre o direito à vida, ao demonstrar que o momento de início do direito à vida não seria tão relevante. Afinal, o direito à vida não supõe o direito a não ser privado de sua vida, mas o de não ser privado injustamente de sua vida. Assim, não basta provar que o feto é uma pessoa e que todas as pessoas têm direito à vida. É preciso provar que o aborto é uma privação injusta da vida.

Em meio à tamanha discussão sobre o início da vida, há também quem[100] afirme categoricamente que a vida tem início com o nascimento e não com a concepção.

Eduardo Tomasevicius Filho elenca algumas posições encontradas na doutrina sobre o início da vida:

> Hoje em dia há três correntes sobre este tema. A primeira delas é a que declara que o embrião é pessoa humana desde a sua concepção, e seria exatamente igual a qualquer outro indivíduo da coletividade. Com a fecundação do óvulo, forma-se um DNA distinto das células somáticas dos pais, adquirindo identidade genética. A segunda corrente é a genético-desenvolvimentista, adotada pela Medicina. De acordo com esta corrente (Leite; 1996; p. 25), o embrião humano não é pessoa: é apenas um conjunto de células. Só se pode falar em vida a partir do 14º dia, quando se forma o sistema nervoso, porque, segundo a Medicina, a vida se inicia a partir do momento em que há atividade cerebral. Na Medicina, o embrião, embora possua identidade genética, não é um indivíduo; logo não é pessoa. Somente se poderia falar em vida do ponto de vista filosófico ou jurídico. Do ponto de vista científico, ainda não haveria vida. A terceira corrente entende que o embrião é uma pessoa em potencial. Para esta corrente (Leite; 1996; p. 27), sem classificar o embrião na categoria 'humana' nem tampouco negar sua possibilidade de tornar-se 'humano', a terceira tendência visualiza no embrião um estatuto específico e irredutível que lhe é próprio. A gravidez seria um processo determinador da humanidade. [101]

Daniel Sarmento[102] entende que, ao se falar em direito à vida do nascituro, não se pode partir de concepções religiosas ou metafísicas particulares. Compreende o autor que a vida intrauterina é protegida pela Constituição, mas não o é da mesma maneira que a vida extrauterina. Ademais, afirma que a proteção à vida do feto não se mostra uniforme ao longo da gestação, mas vai aumentando com o passar do tempo, na medida em que o feto vai ganhando viabilidade extrauterina.

Para demonstrar que, de fato, a proteção jurídica à vida do feto é menor que a de alguém nascido, Sarmento compara a pena dada ao crime de aborto e aquela dada ao

---

[100] ELUF, Luiza Nagib. Prática do aborto. **Revista dos Tribunais.** Sao Paulo. v.82. n.691. p.285-92. maio. 1993, p. 289

[101] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo**.** Direito civil entre a vida e a morte. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo. v.100. p.433-71. 2005, p. 441-2.

[102] SARMENTO, 2006, p. 118-123.

homicídio, sendo a do aborto bem menor.

Entende ainda que a sua concepção encontra fundamentos científicos no fato de que até a formação do córtex cerebral, o que acontece por volta do segundo trimestre, o feto não teria condições de nenhuma racionalidade. Dessa maneira, ainda que o nascituro tenha vida, não pode ser considerado como pessoa.

Prossegue, assim, afirmando que falar em vida humana e em pessoa humana não significa a mesma coisa. O feto poderia ser considerado como vida humana, tendo identidade própria e não se confundindo com o corpo da mãe. Apesar de ser vida humana, o feto não pode ser considerado como pessoa humana.

Segundo o autor, esta posição intermediária que concede ao feto uma tutela jurídica menor do que a concedida a alguém nascido tem prevalecido no mundo todo. Entende inclusive que não há incompatibilidade entre esta teoria e o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seu art. 4.1: "*toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*"

Assim:

> Com efeito, a tese que ora se sustenta também parte da premissa de que a proteção da vida se inicia no momento da concepção. Apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante.[103]

Neste mesmo sentido, pronuncia-se Dworkin[104] no sentido de questionar se o feto deve ser considerado uma pessoa indefesa e não nascida, com direitos e interesses desde a concepção. Se for assim considerado, pondera o autor que permitir o aborto equivaleria a permitir um assassinato. Já, pelo contrário, se a resposta for negativa, os grupos chamados de pró-vida ou estariam incorrendo num equívoco terrível ou deveriam ser considerados sádicos, por tentarem condenar as mulheres por aquilo que consideram um pecado sexual.

Prossegue o autor no entendimento de que este debate polarizado não ajudará na conquista de nenhuma consideração lógica.

Há quem argumente que o feto tem interesse próprio desde a concepção,

---

[103] SARMENTO, 2006, p. 123

[104] DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11-8.

principalmente, o de permanecer vivo. Há também quem afirme que a vida humana tem um valor intrínseco e sagrado e que tal caráter sagrado começaria com o início da vida biológica. Assim, há quem condene a realização do aborto, por considerar moralmente equivocado por fim à vida humana. Contudo, tal posicionamento não impede que a decisão caiba à gestante.

Essa coexistência de opiniões guarda, inclusive, mais sentido com uma sociedade democrática, que privilegia a liberdade de consciência dos cidadãos. Seria, portanto, bastante razoável imaginar que não cabe ao Estado dizer aos seus cidadãos como eles devem se comportar em questões éticas e morais.

A posição do Dworkin sobre o aborto e o início da vida é usada como referência por muitos que defendem a constitucionalidade do aborto. Os argumentos usados pelo autor são igualmente bastante criticados e questionados.

Gerard Bradley[105] faz uma crítica à linha argumentativa de Dworkin. Para ele, Dworkin é bastante audacioso em seus argumentos. Ele acredita que aborto e eutanásia são prerrogativas da soberania individual. E Dworkin não nega a verdade. Ele admite que o aborto deliberadamente mata um embrião em desenvolvimento e a eutanásia deliberadamente mata uma pessoa. Ambas são escolhas pela morte. A crítica de Bradley é que o livro de Dworkin é um argumento de moral individual e de liberdade legal para conscientemente destruir vidas humanas.

Para o autor, Dworkin entende que crenças religiosas não devem justificar assassinatos. As pessoas costumam dizer que o aborto se assemelha a um assassinato. Dworkin entende que ninguém realmente acredita que o feto é uma pessoa. Na realidade, as pessoas se opõem ao aborto com base na simples ideia de que o aborto desrespeita o valor básico da vida humana. Esse é o terreno para as regras morais. A Constituição elimina regras morais, especialmente porque o aborto e a eutanásia são questões religiosas.

Bradley questiona se Dworkin se esforça para tornar coerente os seus argumentos sobre aborto, eutanásia e liberdades individuais. Uma crítica de Bradley é que Dworkin afirma que os Estados podem proibir totalmente o aborto quando há viabilidade do feto. O que afirmou a Suprema Corte em Roe e reafirmou em *Doe vs. Bolton* e em *Planned Parenthood v. Casey* é que se o Estado tiver interesse em proteger a vida do feto após a viabilidade, ele pode fazer isso proibindo o aborto durante o período da viabilidade, exceto se o aborto for necessário para preservar a vida ou a saúde da mãe. E por saúde

[105] BRADLEY, Gerard V. Life's dominion: a review essay. **Notre Dame Law Review**. Notre Dame. v.69. n.2. p.329-91. 1993.

entende-se por fatores físicos, emocionais, psicológicos, familiares e a idade da paciente. Para Bradley, a interpretação dada por Dworkin a *Roe* é bem mais defensável do que o disse verdadeiramente a decisão.

Dworkin se esforça em demonstrar que o argumento do Juiz Blackmun é um argumento forte. O autor discorda e, para tanto, cita John Hart que é a favor do aborto. Para Hart, a decisão tomada em *Roe* é ruim, porque não é direito constitucional e nem se esforça para ser. De acordo com o que disse o Juiz White, em seu voto dissidente, *Roe* foi um exercício de puro poder judicial.

Luís Roberto Barroso[106] afirma não haver consenso científico ou filosófico sobre o momento em que começa a vida. Dessa maneira, enuncia algumas posições que são defendidas sobre o início da vida: (a) com a fecundação; (b) com a nidação; (c) quando o feto tem viabilidade extrauterina (entre a 24ª e a 26ª semana); (d) quando se forma o Sistema Nervoso Central (SNC).

Considerando todas essas possibilidades, poder-se-ia entender que existe um desacordo moral razoável. E nesse ambiente, entende o autor, que o papel do Estado seria o de assegurar o exercício da autonomia privada, respeitando a valoração ética de cada um.

E mais teorias sobre o início da vida podem ainda ser citadas:

> [...] podem ser listadas cinco respostas básicas da ciência, a saber: a visão genética (que teoriza a vida humana começa na fertilização, opinião que hoje é acatada pela Igreja Católica); a visão embriológica (segundo a qual a vida humana tem início na terceira semana de gestação); a visão neurológica (a vida só teria início com a atividade elétrica do cérebro, sendo certo que não há consenso temporal, eis que alguns estudiosos já afirmam existir tais sinais na 8ª semana de gestação, enquanto que outros só o encontram na 20ª semana. A razão central desta teoria decorre do fato da necessidade de uniformização de critérios com relação ao momento terminal da vida, cuja corrente majoritária afirma ser a morte cerebral); a visão ecológica (que leva em consideração a capacidade de vida fora do útero, algo que ficaria entre a 20ª e a 24ª semana, sendo induvidoso que este foi o critério seguido pela Corte Constitucional norte-americana, no julgamento permissivo do aborto naquele país) e a visão metabólica (segundo a qual a questão do início da vida humana é irrelevante).[107]

A discussão sobre o início da vida apresenta-se nos mesmo termos na doutrina estrangeira. O debate não está apenas entre concepção e nascimento, mas sim

[106] BARROSO, 2005, p. 98-9.
[107] GONÇALVES, 2010, p. 455.

entre fases da gestação.

Um autor argentino expõe na mesma linha o debate sobre o início da vida. A doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que a vida humana começa com a concepção. Este posicionamento já é em si mesmo muito controvertido, já que setores mais conservadores indicam que a concepção se produz no mesmo momento da fecundação enquanto que outros entendem que a vida começa com a nidação. Algumas correntes doutrinárias entendem que até o terceiro mês de gestação não há pessoa, mas tão-somente um feto.[108]

Esta distinção de entendimentos entre fecundação e nidação implica algumas consequências, principalmente, em relação ao contraceptivo de emergência e dos embriões congelados. A pílula do dia seguinte impede que o óvulo fecundado se implante no útero.

Silmara Chinelato[109] entende que o início da vida não foi expressamente definido pela CF/88, ficando, portanto, tal definição a cargo da legislação ordinária. À época da Assembleia Constituinte de 1987/88, houve propostas tanto para estabelecer o início da vida com a concepção (Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), quanto para entendê-lo no nascimento (Parecer Substitutivo da mesma Comissão, art. 3º, I, *a*, que resultou no Projeto de Constituição de Comissão de Sistematização – art. 12, I, *a*). Assim, no primeiro substitutivo do Relator foi suprimida a expressão "desde o nascimento com vida", o que acabou por proteger genericamente o direito à vida, sem estabelecer a partir de qual momento teria início a vida.

A autora entende que, a despeito do silêncio da Constituição, ela teria privilegiado a anticoncepção e não o aborto, já que previu no art. 226, § 7º o planejamento familiar como livre decisão do casal e baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. Prossegue a autora entendendo que o aborto não pode ser incluído como uma forma ou meio de planejamento familiar ou como método de controle de fecundidade. Seria este o motivo de ter se tentado incluir o aborto como método de planejamento familiar na Conferência Sobre População e Desenvolvimento, em setembro de 1994 no Cairo, o que não ocorreu.

A autora entende que uma interpretação sistemática da Constituição demonstraria que ela protege a vida desde a concepção. Ainda relembra que os dispositivos

[108] VAGGIONE, 2006, p. 620
[109] ALMEIDA, 2000, p. 246-9.

sobre direito e garantias individuais consistem em cláusulas pétreas, alcançando tanto aqueles decorrentes da Constituição Federal, quanto dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º da CF). Dentre os tratados internacionais, a autora entende como relevante o art. 4º, § 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe que toda pessoa tem direito à vida, protegida desde a concepção.

Com base nesta argumentação, entende a autora ser impossível a descriminalização do aborto, nos termos do art. 60, § 4º, IV.

Ives Gandra da Silva Martins[110] relembra que a Constituição de 1988 faz clara menção ao direito à vida, diferentemente da Constituição anterior que falava somente em direitos concernentes à vida. Para ele, o Código Civil somente reproduziu o princípio constitucional, colocando a salvo os direitos do nascituro. Segundo o autor, seria ilógico dizer que o nascituro tem todos os direitos garantidos, com exceção do direito à vida. Desse modo, o direito à vida seria garantido desde a concepção, nos planos internacional, constitucional e penal.

Dimitri Dimoulis[111] afirma que a Constituição Federal não reconhece mas também não exclui a possibilidade de o nascituro ser titular de direitos, em especial o direito à vida. Para o autor, esse silêncio normativo significaria que a decisão foi relegada ao legislador ordinário. No que diz respeito ao direito à vida do nascituro, o silêncio da Constituição é proposital, pois diante das controvérsias existentes à época da constituinte, preferiu-se não estabelecer uma solução no texto da Constituição.

Compreendendo-se que a solução ficou para o legislador ordinário, o Código Penal decidiu que o feto tem direito à vida, mas sem definir sobre o início da vida. Os artigos da legislação penal que tratam do crime de aborto dizem respeito somente à conduta de provocar aborto, sem indicar qual seria o início legal da vida.

Ao se debater o início da vida frequentemente se recorre ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 4º dispõe que: “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.”

Ives Gandra[112] salienta que muitos querem relativizar a proteção conferida pelo tratado em razão da expressão "em geral". O autor entende que a leitura relativista

---

[110] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** São Paulo. n.5. p.18-27. jan./jun. 2005, p. 18-9.
[111] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.
[112] MARTINS, *Op.cit.*, p. 18-9.

seria pobre e literal e não corresponderia ao sentido do dispositivo. A proteção internacional teria dois comandos normativos essenciais: respeito ao direito à vida do nascituro e do nascido e a proibição de que o ser humano, inclusive o feto, seja privado arbitrariamente da sua vida. Quanto à expressão *em geral*, Ives Gandra entende de que há também um comando formal segundo o qual a lei deverá garantir a vida desde a concepção, que é o que ocorre em geral.

O debate internacional sobre o direito à vida não se restringe apenas ao Pacto de São José da Costa Rica. Jean Renucci[113] salienta que legislações nacionais e internacionais são silentes sobre este ponto, o que contribui para grandes discussões sobre manipulações genéticas, experimentações com embriões humanos e procriação assistida. Para o autor estes procedimentos podem gerar graves violações, pois a proteção do feto deve ser a mesma daqueles seres já nascidos. Estas questões poderiam levar, inclusive, à eugenia.

A discussão sobre tais práticas, como relembra o autor, fica mais difícil, uma vez que a Convenção Europeia é silente sobre o início do direito à vida. Pensando que sempre existirão avanços científicos que não poderão ser previstos pela legislação, o autor posiciona-se pela necessidade de ser editada uma recomendação europeia incitando que os países entendam que o direito à vida tem início com a concepção.

O desenvolvimento da biomedicina pode gerar, segundo o autor, muitas inquietações primordialmente em relação ao embrião. O autor acredita que o mais adequado seria dotar o embrião de um *status* jurídico que permitisse a ele uma proteção eficaz. Para autor, é questão de proteção da dignidade humana e de sua origem. O embrião, assim, não poderia ser considerado uma coisa, uma vez que ele é uma pessoa por destinação ou uma pessoa em potencial. O Conselho da Europa teria seguido esta linha ao analisar casos de engenharia genética.

Diante do silêncio da Convenção, a Comissão e a Corte demonstraram uma grande cautela no debate de tais questões. A Comissão não decidiu se o artigo 2 engloba o feto ou se seria conveniente reconhecer um direito à vida acompanhado de limites implícitos. A ausência de resposta da Comissão fez com que se concedesse ao feto uma certa personalidade, distinta da mãe. A Corte evitou a questão já que ela não se pronunciou sobre o direito à vida de uma criança concebida num processo relativo à proibição do aborto. A questão ficou resumida à liberdade de expressão, já que o assunto principal do

[113] RENUCCI, 2002, p. 82-4.

processo era a obtenção de informações para a realização de aborto fora do país.

No julgamento Vo *versus* França, de 8 de julho de 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu não haver consenso entre os países europeus sobre a existência ou não de direito à vida do nascituro. O caso levado à Corte discutia a interrupção da gravidez de Thin Nho Vo em razão de erro médico. A requerente ingressou com uma ação penal no Judiciário francês alegando homicídio culposo de seu filho. Como não teve sucesso na justiça interna, a requerente recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando ofensa do Estado francês à Convenção Europeia de Direitos Humanos ao não considerar o direito à vida do feto. O Tribunal entendeu que o direito à vida somente existira após o nascimento. Antes dele, a mãe no máximo faria jus a uma indenização, mas não seria possível a responsabilização do médico por homicídio.[114]

A discussão sobre a proteção jurídica do feto não se restringe apenas ao momento em que tem início o direito à vida, pois ela se estende também para o início da personalidade. Essa dupla discussão contempla a ideia de que o momento de início da vida humana não necessariamente coincidiria com o início da personalidade e, portanto, do reconhecimento do feto enquanto pessoa.

Haveria diferença entre pessoa e ser humano? Refletindo sobre a questão de o ser humano não nascido ser considerado pessoa, Charles Lugosi[115] entende que o direito e a filosofia deveriam entender que não há qualquer distinção entre pessoa e ser humano, sendo que estes são dotados de um inalienável direito à vida.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho[116], ter personalidade significa ter reconhecida a dignidade do ser humano. Atribuir personalidade, portanto, não significa apenas ser titular de direitos patrimoniais, mas sim ser titular de todos os direitos fundamentais da pessoa.

Silmara Chinelato[117] endossa o posicionamento de Limongi França, entendendo que de acordo com a doutrina aristotélica-tomista, o nascituro já seria pessoa, pois já teria o germe de todas as características do ser racional. Para a autora, de acordo com o personalismo jurídico, todo homem está dotado de dignidade intrínseca e, portanto, deve ser considerado necessariamente pessoa.

A autora expõe ainda a posição realista, personalista e jusnaturalista da

---

[114] GOZZO, 2006, p. 131-2.

[115] LUGOSI, Charles I. Respecting human life life in 21st century America: a moral perspective to extend civil rights to the unborn from creation to natural death. **Saint Louis University Law Journal.** Saint Louis. v.48. n.2. p.425-74. 2004, p. 425.

[116] TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 441.

[117] ALMEIDA, 2000, p. 99-101.

personalidade jurídica, segundo a qual:

> a) a personalidade jurídica da pessoa natural é um atributo inerente, por natureza, à pessoa em sentido ontológico, constituindo seu reconhecimento um verdadeiro direito natural do homem;
> b) todos os indivíduos humanos vivos têm, por consequência, essa qualidade;
> c) a existência desta remonta ao momento da concepção, sendo, portanto, o nascituro sujeito de direitos, mormente do direito à vida;
> d) o conceito jurídico de pessoa é uma categoria-chave da ciência jurídica, necessária e adequada à representação do ser humano como sujeito de direito.[118]

Neste sentido, reforça a autora que o nascimento com vida não seria condição para aquisição da personalidade, mas seria apenas uma condição para certos atributos da personalidade serem consolidados. A capacidade seria apenas um elemento da personalidade.[119]

Pode-se destacar na doutrina a existência de três teorias da personalidade: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

A teoria natalista fundamentou-se a partir do art. 4º do Código Civil de 1916, segundo o qual a personalidade jurídica do nascituro começaria apenas com o nascimento. Não há a preocupação de salvaguardar os direitos naturais e reais, mas sim de demonstrar que o nascituro tem apenas expectativa de direitos. [120]

Assim, a personalidade civil do ser humano ocorreria apenas a partir do nascimento com vida, momento em que o feto deixaria de ser nascituro e passaria a ser pessoa. Antes do nascimento seria mera expectativa de pessoa. Para esta teoria, a proteção dada pelo Direito Penal ao nascituro não se daria enquanto pessoa nascida, a despeito de o crime de aborto ser considerado um crime contra a vida.[121]

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, entende que o feto tem personalidade desde a concepção, mas está subordinada ao nascimento com vida. Assim, o nascituro seria titular de um direito sob condição suspensiva. Durante a gestação, o feto teria a proteção da lei, garantindo-lhe alguns direitos personalíssimos e patrimoniais, mas sujeitos a uma condição suspensiva. Com o nascimento com vida, implementa-se a condição.[122]

---

[118] ALMEIDA, 2000, p. 101.
[119] ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 297.
[120] PUSSI, 2005, p. 89-91.
[121] SEMIÃO, 2000, p. 33-44.
[122] PUSSI, *Op.cit.*, p. 94-5.

Por fim, há a teoria concepcionista que entende que a personalidade do nascituro existe desde a concepção, não estando os seus direitos condicionados ao nascimento com vida. Para os defensores desta teoria, se houver alguma condição, ela deve se restringir somente aos direitos patrimoniais e jamais aos direitos fundamentais.[123]

Esta teoria parte do pressuposto de que a vida é um direito inalienável, de tal modo que haveria somente um direito à vida e não um direito sobre a vida. Dessa maneira, não se poderia dispor do direito à vida do nascituro.[124]

Vê-se, portanto, que a doutrina não é pacífica quanto ao âmbito de proteção da vida do feto. Parece não encontrar guarida doutrinária a ideia de que o feto não teria direito à vida. A discussão restringe-se à amplitude da tutela jurídica. Há quem entenda que o feto tem vida, amplamente protegida, desde a concepção e há quem, por outro lado, entenda que mesmo tendo vida, sua proteção seria menor do que das pessoas já nascidas.

Parece mais razoável a segunda concepção que não coloca em pé de igualdade a proteção da vida intrauterina com a da vida extrauterina. Até porque esta teoria permite uma maior correlação entre todos os princípios constitucionais, de modo a conferir um caráter não absoluto para o direito à vida do feto.

Considerando todo o conjunto normativo constitucional, não é razoável entender que o feto não merece qualquer tipo de proteção jurídica, devendo ser considerado como uma coisa. O feto, pela potencialidade de se tornar uma pessoa nascida, deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. A grande questão está em delimitar a partir de que momento e em que medida se dá a proteção ao feto.

As teorias sobre o início do direito à vida são várias. Ao operador do direito, parece um pouco arbitrário escolher uma. Vale, portanto, entender que o feto tem direito à vida desde a concepção. Ocorre que se trata de uma proteção à vida com características distintas do direito à vida das pessoas nascidas.

A primeira distinção entre o direito à vida do feto e de uma pessoa nascida é que, no caso do feto, a proteção à vida é gradativa, i.e., o feto é mais protegida à medida que a gestação avança. Quanto mais perto do nascimento ou da viabilidade fora do útero, maior a proteção jurídica. Nos momentos iniciais da gravidez, em que se considera a gravidez embrionária, a proteção existe, porém, num grau reduzido. Afinal, até o primeiro trimestre da gravidez, não há formação do Sistema Nervoso Central.

A partir do segundo trimestre, a proteção à vida do feto deve ser maior,

[123] PUSSI, 2005., p. 97-8.
[124] SEMIÃO, 2000, p. 36.

afinal com a formação do sistema nervoso central, é possível cogitar que o feto tenha alguma consciência. E por fim, no terceiro trimestre, o feto já tem viabilidade fora do útero, o que faz com que sua proteção seja quase semelhante a de uma pessoa nascida.

Não se pode, porém, confundir proteção do direito à vida com personalidade, já que esta pressupõe uma existência autônoma, distinta da mulher. Neste quesito, é de se compreender que o feto não é pessoa, apesar de ter direito à vida, que se repita tem conteúdo jurídico diferente do direito à vida das pessoas nascidas. Os atributos da personalidade virão apenas com o nascimento com vida. Tal asserção leva à conclusão de que não se poderia cogitar a existência de direitos contrapostos entre o feto e a mulher, já que o primeiro não é pessoa.

Nesta toada, a questão do aborto, como se verá adiante, não poderá ser resolvida como uma mera colisão de direitos fundamentais. Ela demandará um esforço conciliador entre o direito à vida do feto e os direitos da mulher, nunca perdendo-se de vista que há no debate apenas uma pessoa, a mulher grávida, numa situação única.

É importante notar que ainda que se adotasse a ideia de que a vida começa com a concepção e o feto teria tratamento igual ao conferido à vida extrauterina não se impediria de plano qualquer consideração sobre o aborto. Por óbvio que pensar o direito à vida do feto com uma proteção menor que o direito à vida de uma pessoa nascida torna mais fácil a argumentação tendente a ampliar as hipóteses de aborto.

II.2.3- Direito à vida e a regulamentação do aborto

Vistas as teorias sobre quando se dá o início da vida, é fundamental analisar como tais teorias vêm sendo aplicadas e utilizadas pelos Estados ao regulamentar o aborto. A análise do Direito estrangeiro demonstra que as decisões sobre o aborto vieram ou de decisões do Tribunal Constitucional ou por meio de alterações legislativas.

Uma das mais relevantes e importantes decisões sobre o aborto é a tomada pela Suprema Corte Americana em *Roe v. Wade*[125], de 1973.

Roe, uma mulher grávida, questionou a constitucionalidade da lei do Texas, que criminalizava o aborto, exceto se o aborto fosse necessário para preservar a vida da mãe. A Suprema Corte entendeu que qualquer lei que criminalizasse o aborto sem considerar o estágio da gravidez seria inconstitucional.

[125] EUA - Suprema Corte - *Roe vs. Wade* – Julgado em 22/01/1973 – Disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html

Daniel Sarmento [126] demostra que a Corte entende que o direito à privacidade da mulher abrangeria inclusive a decisão de interromper ou não uma gravidez. Caso o Estado impedisse que a gestante realizasse esta escolha estaria impondo a ela danos específicos e diretos, que poderiam levar a gestante a uma vida ou futuro infeliz. Logicamente que o direito à privacidade não é absoluto e deve ser sopesado com outros direitos.

O autor entende que a Constituição Americana não define o conceito de vida, mas aparentemente as garantias constitucionais começam após o nascimento. Não cabe ao Judiciário definir quando a vida começa, principalmente, se as áreas médicas e científicas não chegam a um consenso. Toma-se como ponto fundamental para decisão o momento em que o feto se torna viável, o que pode ocorrer a partir de 24 semanas.

Até o fim do primeiro trimestre, em que a taxa de mortalidade na realização de aborto é menor que nos partos, o médico junto com o seu paciente deve analisar a viabilidade do aborto, podendo realizá-lo sem qualquer intervenção estatal.

A partir do momento em que o feto tem viabilidade fora do útero, com o intuito de proteger a potencialidade da vida humana, o Estado pode regular e até mesmo proibir a realização do aborto, exceto quando for necessário para salvar a vida da mãe.

O que fica decidido pelo Corte Americana é que no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser permitido pelo Estado. Já no segundo trimestre, o aborto ainda continuaria permitido, mas haveria interesse do Estado em regulamentar o aborto, devendo, contudo, sempre ser permitido para proteger a saúde da gestante. Já a partir do terceiro trimestre em que há viabilidade do feto fora do útero, os Estados podem proibir o aborto, para proteger a vida do feto, a não ser quando a interrupção seja para salvar a vida da gestante.

Como o foco do presente estudo é determinar qual a proteção conferida ao direito à vida do feto através da regulamentação do aborto, é necessário verificar em que termos se deu o reconhecimento à vida do feto.

Para o Dworkin[127], a Constituição dos EUA determina que o Estado deve tratar todas as pessoas como iguais, de acordo com a 14ª Emenda. Na visão do autor, se a Corte tivesse entendido que o feto deve ser considerado pessoa constitucional, o debate não poderia prosseguir.

---

[126] SARMENTO, 2006, p. 99-100.

[127] DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 151-9 e 235-8.

A decisão tomada por Blackmun é distinta da questão de determinar se seria moralmente condenável violar eventuais direitos morais ou interesses do feto. Por motivos religiosos, muitos acreditam que no momento da concepção o feto seria dotado de uma alma racional que resultaria em um direito moral à vida. Quem defende esse posicionamento também defende que tal consideração não é relevante já que por expressa disposição constitucional, o Estado é separado da Igreja. Seria possível, assim, não abandonar as convicções pessoais e ainda admitir que o feto não pode ser considerado uma pessoa constitucional.

O Juiz Blackmun reafirma que, pela história jurídica, o feto nunca foi considerado pessoa constitucional e, neste sentido, a decisão em *Roe* assim não o considera. Para Dworkin, se o feto fosse considerado pessoa constitucional, os Estados teriam obrigação de proibir o aborto em alguns casos. Sendo o feto uma pessoa, o Estado não teria nenhum motivo razoável para permitir livremente o aborto.

Para o autor, a Constituição dos EUA não declara que o feto deva ser considerado pessoa constitucional. O que se poderia questionar é se os Estados teriam tal competência.

Não há dúvida de que os Estados podem proteger o feto de maneiras distintas e ao fazê-lo podem acabar entendendo o feto como pessoa. Um Estado pode, por exemplo, punir aquele que fere uma mulher e tornar o crime ainda mais grave se da lesão resultar um dano ao feto ou a um aborto espontâneo. Para o autor, a lei dos Estados pode declarar o feto como pessoa, desde que isso não implique restrições a direitos de outras pessoas.

Quando se fala que o Estado pode considerar o feto como pessoa constitucional pretende-se dizer que o Estado poderia reduzir os direitos constitucionais ao acrescentar novas pessoas. Neste sentido, Dworkin rejeita a competência dos Estados, já que eles não poderiam revogar a ordem constitucional nacional.

Prossegue Dworkin afirmando que a questão crucial da controvérsia não está em saber se o feto é pessoa ou não, mas sim em saber se os estados têm o legítimo poder de determinar como os cidadãos devem entender o valor inerente à vida. Como para Dworkin toda interpretação da Constituição deve abranger o direito à autonomia procriadora, os estados nunca podem proibir totalmente o aborto.

A sentença também estava correta em afirmar que os Estados têm um interesse legítimo em regulamentar o aborto. Resta discutir se o sistema de trimestre é razoável para compatibilizar o interesse do Estado e o direito das mulheres.

O autor questiona qual a força da viabilidade do feto para tornar o direito à autonomia menos poderoso ou efetivo. Há duas respostas possíveis. Perto da época em que o feto se torna viável, é possível que o feto já tenha se desenvolvido suficientemente, de modo a gerar uma sensibilidade fetal. Nesse momento, seria possível pensar que o feto teria interesses próprios.

A decisão do que deve ser considerado uma pessoa constitucional deve ser tomada nacionalmente. Não há impedimento, porém, que os Estados queiram proteger interesses de criaturas (e.g., animais), que não são pessoas constitucionais, desde que respeite os direitos das pessoas reconhecidas pela Constituição.

Ademais, antes da viabilidade do feto, a mulher tem um período de reflexão bastante grande. Em geral, quando a mulher descobre a gravidez há tempo suficiente para que se tome uma decisão. Assim, os estados não oprimem excessivamente os direitos das mulheres se exigem que ela tome a decisão antes da viabilidade do feto.

Do ponto de vista moral, o aborto se torna mais complicado quando o feto já tem características de criança. O insulto ao valor da vida humana é maior quando a vida destruída se encontra numa fase mais avançada de desenvolvimento.

O juiz Blackmun escolheu o momento da gravidez que parecia tardio o suficiente para permitir que a mulher exercesse o seu direito em circunstâncias normais. A viabilidade seria o momento mais precoce em que o feto poderia ter interesse. O aborto realizado após esse período mostraria profundo desprezo pela vida humana.

Vê-se aqui que já se começa a delinear a importância da relação entre a viabilidade do feto e a restrição imposta a outro direito central à questão do aborto, que é o direito à autonomia reprodutiva.

A Suprema Corte americana não tomou uma posição sobre quando começa a vida humana. Charles Lugosi[128] afirma que a história do *common law* revela a existência de leis de homicídio, protegendo todos os seres humanos, inclusive o feto. Blackstone, em 1765, entende que a proteção legal contra o homicídio do feto ocorreria a partir do momento em a mãe sentisse o bebê se movimentar no útero materno. À época, não se falava em personalidade.

Segue o autor afirmando que o *common law*, historicamente, protegia o feto depois dos seus primeiros movimentos no ventre materno, dentro dos conhecimentos médicos possíveis à época. Antes deste momento, acreditava-se que o feto não tinha vida,

[128] LUGOSI, 2004, p. 425-32

já que a medicina não permitia que se tivesse conhecimento pleno da gravidez. A primeira lei criminal americana, editada entre 1820 e 1840, proibia o aborto somente após tal período da gestação.

A proteção legal do feto contra o homicídio expandiu na medida em que o conhecimento médico se desenvolveu. Na Inglaterra, o avanço da ciência médica fez com que se considerasse a morte de um ser humano, quando o aborto era realizado antes do momento em que sentia o movimento do feto. O Ato de Lord Ellenborough's de 1803 foi a primeira lei a proibir o aborto desde o início da gestação. Antes do momento em que o bebê se movimentava, o crime de aborto era considerado um crime simples, já o aborto após tal momento da gestação era considerado crime capital. Uma lei de 1837 aboliu a distinção entre os períodos da gravidez.

Em 1873, o Congresso aprovou a Lei Comstock que proibiu a circulação de qualquer tipo de material sobre aborto. Em 1887, o aborto que era crime apenas após do quarto ou quinto mês de gravidez, tornou-se um crime contra um ser humano, independentemente da idade ou do tamanho do feto.

Em 1961, as leis de aborto foram relaxadas para permitir o aborto nas seguintes circunstâncias: quando houvesse risco à saúde física ou mental da mulher ou quando o feto tivesse um sério defeito físico ou mental.

O debate moral sobre a aquisição da personalidade pelo feto ganhou relevância em 1973 quando a Suprema Corte, em *Roe v. Wade* definiu pela inexistência de personalidade do feto.

A decisão em *Roe v. Wade* abriu as portas para o fim de qualquer vida humana não nascida a qualquer tempo antes do nascimento. A Corte se valeu de uma análise com base nos trimestres da gravidez, considerando as etapas de desenvolvimento do feto. Contudo, o Juiz Blackmun se recusou a enfrentar a questão de quando começa a vida.

A Corte escapou da discussão do direito à vida, afirmando que a Constituição ao falar em pessoa não se refere ao feto. Não sendo pessoa, não teria direito à vida.

Apesar de a Corte negar a personalidade do feto, ela afirma que o direito à privacidade (que decorre da 14ª Emenda) não elevou o aborto a um direito constitucional. O direito ao aborto estaria sujeito ao interesse de regulamentação dos estados. O primeiro interesse dos estados em regular o aborto refere-se à proteção da saúde da mulher. E tal interesse do estado tem início com o fim do primeiro trimestre. Antes desse momento, o

aborto não pode ser regulamentado e sua realização depende de decisão exclusiva da mulher. O segundo interesse estatal começa com a viabilidade extrauterina do feto. No terceiro trimestre, permite-se que o estado proíba o aborto.

Conclui Lugosi que, ao feto é negado o direito à vida pela Constituição, por ele não ser considerado pessoa e, portanto, legalmente em situação desigual à da mulher grávida.

Entende a Suprema Corte que os não nascidos não têm proteção constitucional, uma vez que o texto da Constituição ao falar na XIV Emenda afirma que mereceriam proteção apenas aqueles nascidos nos EUA ou naturalizados. Uma vez negada a proteção ao feto, a Corte entende que a escolha da mulher em abortar, ou não, está dentro do seu direito à intimidade ou privacidade, que segundo o definido em *Griswold* é um direito fundamental amparado pelo devido processo legal da XIV Emenda. Este direito somente poderia ser restringido mediante um interesse substancial do Estado.

Assim, na questão do aborto, o Estado teria um duplo interesse. O primeiro seria o de preservar e proteger a saúde da mulher e o segundo seria o de proteger uma potencial vida humana. Esses interesses aumentam à medida que a gravidez vai chegando ao seu término. A Corte distingue três estágios, em que o direito individual e o interesse do Estado devem necessariamente harmonizar-se. No primeiro trimestre, o feto não é viável e a mulher poderia decidir livremente sobre a interrupção da gravidez. No segundo trimestre, justifica-se a intervenção do Estado para proteger a saúde da mãe. No terceiro trimestre, considerando a viabilidade do feto, o Estado pode proibir a realização do aborto.[129]

Para Ian Shapiro [130] o debate na Suprema Corte acerca da proteção constitucional do direito a abortar é desconectado do debate público sobre o aborto. A discussão principal sobre o aborto é a existência ou não de vida do feto e o que nos faz ser humano. A Suprema Corte, contudo, não se pronuncia sobre a Constituição considerar o feto pessoa ou não.

Para o autor, se a Suprema Corte fosse determinar que o feto é uma pessoa jurídica dentro do significado da 14ª Emenda à Constituição, isto poderia trazer consigo a obrigação de proibir o aborto como uma questão de direito constitucional federal – pelo menos, numa ampla gama de circunstâncias.

---

[129] ANSELMINO, Valeria L. Consagración del derecho a la vida en la doctrina judicial. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.** La Plata. v.6. n.39. p.268-76. 2008, p. 269.

[130] SHAPIRO, Ian. El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Alicante. n.31. p.437-63. 2008, p. 440-1.

Aqueles que argumentam que a decisão de *Roe* é inconstitucional não argumentam neste sentido. Entendem que deve ser restaurado o *status quo ante*, em que o aborto era regulamentado por cada Estado. A oposição a *Roe* por parte de juízes como Rehnquist, White, Scalia e Thomas não necessariamente é uma oposição ao direito de abortar, mas sim uma oposição a federalizar a questão.

Esta divisão baseada em trimestres limitou enormemente a faculdade dos Estados para regular o aborto. Antes de finalizar o primeiro trimestre, o aborto não poderia ser regulamentado em absoluto.

É importante notar que a origem do direito ao aborto consagrado pela Suprema Corte em *Roe vs. Wade* encontra fundamento no reconhecimento do direito à privacidade ocorrido em *Griswold.*

Os argumentos sobre intimidade e liberdade reprodutiva tem como fundamento a decisão *Griswold vs. Connecticut* de 1965. A Suprema Corte derrubou uma lei de 1879 que havia tornado ilegal o uso de qualquer droga ou produto para evitar a concepção sustentando que a relação conjugal está incluída na esfera da intimidade, que tem mais peso do qualquer interesse do Estado em evitar a imoralidade sexual. Desta decisão vieram os fundamentos lógicos usados por Blackmun em *Roe*, que entendeu que decisões relativas a concepção e aborto estão incluídas na esfera da intimidade.

Segundo o autor, *Griswold* dizia respeito somente a pessoas casadas, não podendo gerar o conceito de intimidade individual assegurado em *Roe*. O autor cita *Eisenstadt vs. Baird* (1972), em que o juiz Brennan afirmou que em casos de contracepção o direito à intimidade seria o direito do indivíduo, solteiro ou casado, a não sofrer a intromissão do governo em matérias que afetam tão fundamentalmente uma pessoa como a decisão de ter ou não um filho.[131]

A decisão da Suprema Corte americana, apesar de regulamentar longamente o direito de abortar, não define sobre a proteção do direito à vida do feto.

Para Lugosi[132], *Roe v. Wade* fez mais do que simplesmente permitir o aborto. Se o feto não é considerado ser humano, ele ainda precisa ser considerado algo. Assim, o julgamento teria tornado o feto uma "coisa". A Suprema Corte teria criado base para a legalização da escravidão de seres humanos não nascidos que poderiam ser legal e comercialmente explorados, consumidos ou destruídos como um produto ou como um alvo de pesquisa científica desenhado para o bem do resto da humanidade.

[131] SHAPIRO, 2008, p. 435
[132] LUGOSI, 2004, p. 439-61

Tanto aqueles que são favoráveis ao aborto quanto os que apoiavam a escravidão argumentavam que certas classes de seres humanos não são pessoas, não têm direitos constitucionais nem liberdades e são propriedades para serem exploradas de acordo com a vontade do seu dono. Idade, tamanho, localização física substituíram a raça como forma de discriminação.

Para o autor, a teoria da personalidade acaba desumanizando o feto, já que ela tem o condão de separar o ser humano da personalidade. Para o autor, a personalidade começa quando a vida humana começa. Na tentativa de identificar os critérios necessários para se ter um ser humano, segundo o autor, costuma-se esquecer que o feto possui todas as características necessárias para ser qualificado como ser humano. Para ser uma pessoa, basta ser um organismo humano vivo da espécie *homo* sapiens.

O autor cita Judith Jarvis Thomson que reconhece que o feto é um ser humano desde a concepção, mas entende que a mulher não teria a obrigação moral de levar a gravidez até o fim. Thomson ressalta que não há nenhuma obrigação constitucional em ser um bom samaritano. Lugosi até concorda que inexiste tal obrigação constitucional, mas salienta que é a preocupação com o outro que nos diferencia dos bárbaros.

O autor salienta que todo filósofo que estabelece uma lista de atributos essenciais para se ter uma pessoa se certificou de que ele mesmo cumpre todos os critérios que ele criou para os outros. O objetivo de certos filósofos é criar meios objetivos para discriminar seres humanos. A teoria da personalidade continuará enquanto houver preconceito contra o ser humano não nascido.

Para Lugosi, a distinção legal entre pessoa e ser humano deveria ser abolida caso se quisesse ter uma verdadeira igualdade entre todos os membros da família humana. A justiça exige que o respeito à vida de todos os seres humanos ocorra desde o começo até o fim da vida.

Para Blanca Rodriguez[133], o discurso da Suprema Corte dos EUA em *Roe v. Wade* parte de uma aproximação autorreferencial à regulação do aborto. A Corte havia sido chamada a decidir sobre a constitucionalidade daqueles preceitos do Código Penal do Texas que, na linha da maioria dos Estados da Federação, criminalizavam o aborto com a única exceção daquele praticado para salvar a vida da mãe.

A Corte logo se apressa em declarar que sua função é resolver o assunto com base em parâmetros constitucionais, livre de emoções e preferências. A Corte, assim,

[133] RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. Género en el discurso constitucional del aborto. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid. n.156. p.49-83. abr./jun. 2012, p. 57-9.

dessacraliza o aborto, fazendo um discurso histórico sobre a sua regulação desde a antiguidade, mostrando a diversidade e a relatividade cultural das soluções jurídicas. A partir daí, a Constituição Federal dos EUA se torna o único ponto de referência.

Dentro do marco da Constituição Federal, salienta a autora, a Corte Suprema assume como ponto de partida o direito das mulheres de abortar, que entende como integrante do direito à privacidade protegido como direito de liberdade na 14ª Emenda à Constituição Federal.

Quanto ao interesse na proteção do feto, a Corte Suprema se concentra, não na questão metajurídica de quando começa a vida humana, mas sim na questão jurídica de qual vida importa à Constituição e em que medida a vida importa. Começa afirmando que, apesar de não ser o caso de reduzir o feto a um conjunto de tecidos da mulher gestante, juridicamente tampouco é uma pessoa. É uma potencialidade de vida, cuja proteção pode ter interesse para aqueles que serão seus pais.

A partir desse ponto, a Corte conclui, num salto lógico, que os poderes públicos também podem ter interesse em proteger essa potencialidade de vida. A Corte não estabelece em que consiste este interesse e nem qual pode ser a sua base constitucional, apenas declara que sua existência é legítima. Este interesse somente se torna imperioso quando o feto já tem viabilidade.

Para Ruiz, tampouco houve definição pela Corte sobre o interesse dos poderes públicos na vida do feto. Essa indefinição da Corte em *Roe* permitiu que se justificasse que, havendo viabilidade do feto, o aborto seria proibido nos termos da Constituição. Parece razoável concluir que o interesse do poder público em proteger a vida humana somente qualificar-se-ia como imperioso desde que essa vida pudesse ser individualizada em relação à mulher.

Após *Roe*, a regulamentação do aborto voltou a ser questionada diversas vezes na Suprema Corte dos EUA, contudo, não alteraram substancialmente a regulamentação do aborto.

Daniel Sarmento[134] cita decisões relevantes posteriores da Suprema Corte que envolvem o aborto. Em *Planned Parenthood vs. Casey* (1992), a Suprema Corte admitiu que os Estados pudessem prever casos de proibição do aborto antes dos três meses iniciais, caso pudesse ser provada a viabilidade extrauterina. Nota, também, o autor que a Suprema Corte julgou inconstitucional lei que condicionava a realização do aborto ao

[134] SARMENTO, 2006, p. 100-1.

consentimento do futuro pai. Por fim, cita a decisão tomada em *Harris vs. McRae*, em que a Suprema Corte entendeu que o Estado não teria a obrigação de custear, pelo serviço público de saúde, a realização de abortos, nem para mulheres carentes.

Para Ruiz[135], em *Casey*, a Corte analisou a constitucionalidade da Lei de Controle do Aborto na Pensilvânia, concretamente nos seguintes pontos: o aborto deve contar com o consentimento informado da mulher que o solicita e com um período de reflexão de 24h, salvo emergência médica; de que as mulheres menores deveriam contar com o consentimento informado do pai ou da mãe, salvo autorização judicial; de que as mulheres casadas deviam declarar que notificaram os seus maridos da sua intenção de abortar, salvo casos excepcionais. De todas essas restrições, a Corte somente entendeu inconstitucional a obrigação da mulher em informar o marido.

Para a autora, *Casey* confirma a inconstitucionalidade de proibir o aborto de fetos inviáveis e a constitucionalidade de se proibir o aborto de fetos viáveis. *Casey* declara constitucional que os poderes públicos regulem o acesso ao aborto desde o início da gravidez para proteger tanto a mulher gestante quanto o feto e que o façam inclusive com o objetivo aberto de dissuadir as mulheres de sua decisão de abortar. O único requisito é que não seja imposto um ônus indevido, um obstáculo substancial a seu direito de abortar fetos inviáveis.

Em *Casey*, novamente a Suprema Corte deixou de enfrentar a questão do direito à vida do feto. A Juíza O'Connor, em *Casey*, admite que crenças individuais poderiam implicar mudança na concepção se o feto deve ser considerado como tendo vida ou como sendo vida em potencial. Mas apesar desse reconhecimento, a Corte permanece tratando o feto como vida em potencial e, portanto, sem vida.[136]

Reafirma Ruiz que *Casey* foi uma oportunidade para que a Suprema Corte americana revisse o decidido em *Roe.* Não foi, contudo, o que o ocorreu. Um núcleo duro de quatro juízes, o Presidente da Corte Rehnquist, White, Scalia e Thomas pretendiam anular o precedente de *Roe v. Wade*. Três outros juízes, O'Connor, Kennedy e Souter declararam numa opinião comum, que não há sentido em anular o precedente criado em *Roe*. Dois juízes, Stevens e Blackmun, permaneceram fiéis às suas posições anteriores, pretendendo reafirmar com mais força o decidido em *Roe*. Stevens relembra que uma emenda constitucional impede que os Estados-Membros e o governo federal proíbam o aborto com base em conceitos religiosos ou teológicos (1ª Emenda).

[135] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 60-1
[136] LUGOSI, 2004, p. 434.

Roger Pinto[137] também demonstra que a opinião comum, em *Casey*, constatava que não teria ocorrido nenhuma evolução do direito constitucional que tornaria *Roe* obsoleto. Ademais, a situação de fato existente em 1973 não se alterou a ponto de mudar a jurisprudência. Aparentemente, o único motivo para se pensar numa mudança de jurisprudência seria o fato de os juízes da Suprema Corte, na época de *Casey*, terem opiniões distintas daqueles que proferiram a decisão em *Roe* e isso não é motivo para superação da jurisprudência.

A opinião comum relembra que a cláusula do *due process* protege a liberdade individual não somente naquilo que diz respeito aos procedimentos que as autoridades públicas estabelecem para privar as pessoas de sua liberdade, mas há mais de cem anos se relaciona com o próprio conteúdo da liberdade. A opinião comum estabelece que a jurisprudência da Corte estabelece expressamente que a cláusula do *due process* incorpora todos os direitos do *Bill of Rights* e que os direitos não estão limitados apenas àqueles originalmente previstos pela 14ª Emenda.

O conceito de uma liberdade constitucionalmente protegida não se exprime em uma regra cujas fronteiras são delimitadas e fixadas uma única vez para todos. Há um caráter evolutivo.

Para o autor, a opinião comum da Corte analisa os fundamentos da liberdade de abortar. A liberdade da mulher representa um papel único para a condição humana e também para o direito. A mãe que carrega uma gravidez a seu termo está sujeita a ansiedades, a contratempos físicos, a dores que somente ela sofre. Por muito tempo, a ideia reinante do Estado foi de que a mulher dever-se-ia submeter a todas adversidades causadas pela concepção.

A opinião comum reafirmou o precedente de *Roe*, nas suas três partes: a) reconhecimento do direito da mulher de escolher pelo aborto antes que o feto seja viável; b) poder do Estado de limitar o aborto após a viabilidade do feto; c) princípio segundo o qual o Estado, havendo uma gravidez, tem legítimo interesse em assegurar a proteção da saúde da mulher e da vida do feto em potencial.

O Presidente da Corte Rehnquist, em nome dos três outros membros favoráveis à anulação do precedente de *Roe*, não enxerga na evolução da jurisprudência da Corte o reconhecimento de um direito geral a respeito da vida privada que compreenda o

[137] PINTO, Roger. La Cour Supreme americaine et l'avortement. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger.** Paris. n.4. p.907-38. juil/aout. 1993.

direito ao aborto. O aborto tem um caráter *sui generis*. Scalia entende que o direito de abortar não é um direito protegido pela Constituição.

O julgamento de *Casey* pretende dar aos juízes diretivas mais claras e precisas para apreciar a constitucionalidade das restrições impostas pelo Estado à liberdade de abortar. As decisões da Corte Suprema pós *Roe* oscilam em interpretações mais extensivas ou mais restritivas.

Os princípios formulados pela opinião comum são: a) a liberdade de escolha da mulher; b) a determinação dos períodos da gravidez; c) garantias de que a decisão seja tomada de maneira consciente; d) assistência a ser dada pelo Estado; e) obrigações impostas aos centros de aborto; f) "reserva" de emergências médicas.

As decisões da Suprema Corte Americana são bastante questionadas e criticadas. Gerard Bradley[138] interpreta a decisão *Roe v. Wade* de uma maneira bastante distinta e crítica da majoritária. Para o autor, o Juiz Blackmun, ao expor sua opinião, tinha em mente a garantia de que a privação da vida não ocorreria sem o devido processo legal previsto na 14ª Emenda. Ele imaginou que dar personalidade ao feto impediria todos os tipos de aborto. Blackmun não conseguiu contemplar a existência de um direito constitucional ao aborto, que fosse possível de ser exercitado com o reconhecimento da vida do feto. Não haveria nenhum direito *prima facie* ao aborto, se o feto fosse considerado pessoa.

Para Bradley, Dworkin segue a mesma linha de Blackmun e afirma que se se considerar o feto como pessoa não haveria mais o que se discutir em termos de aborto. Dworkin fala que se o feto for pessoa, a Constituição exigiria que o aborto, em algumas circunstâncias, fosse necessariamente proibido. Na visão de Bradley, Dworkin poderia ter se valido dos chamados "compelling interests". Dworkin entende que uma gravidez indesejada seria uma verdadeira escravidão para a mulher, podendo inclusive destruir a sua vida. Questiona Bradley se a escravidão e autodestruição não seriam motivos suficientes para se permitir o aborto.

Bradley indaga quais seriam os padrões para se estabelecer o direito ao aborto. Se o Estado não pode impor o dano de uma gravidez indesejada às mulheres (*Griswold*), disso decorreria a impossibilidade de o Estado poder exigir um mal maior, o de carregar uma criança indesejada.

Outra crítica de Bradley à decisão da Suprema Corte é que Blackmun não

[138] BRADLEY, 1993, p.329-91.

usa os mesmos critérios para definir o direito à vida do feto e o direito ao aborto da mulher.

Dworkin entende que o aborto pode ser um importante direito constitucional mesmo que aqueles que debateram a 14ª Emenda não tivessem pensado nisso conscientemente. Assim, os juízes agindo com a autoridade dos autores da Constituição, articularam um princípio, mas não pensaram em todos os seus desdobramentos.

Para o autor, os argumentos de Dworkin e de Blackmun contra a personalidade do feto são plausíveis, mas não persuasivos. A interpretação plausível é de que todos os seres que são pessoas devem ser consideradas pessoas constitucionais. E, para Bradley, a verdade é que o feto é pessoa.

O autor fala da importância da influência do direito natural na interpretação constitucional. O que a Constituição usualmente adota como conceito de pessoa não vale para todos os casos possíveis. Corporações são pessoas para alguns propósitos mas não para outros. O contexto é extremamente relevante para saber o que a Constituição quer dizer por pessoa. Blackmun identifica treze referências à pessoa na Constituição e nenhuma delas refere-se à pessoa não nascida. A questão relevante deve ser se o feto deve ser considerado pessoa para proteção igualitária. O autor entende que a ideia de se falar em pessoa inclui todas as pessoas naturais ou todos os seres humanos.

De acordo com Bradley, os fetos são pessoas desde o momento da concepção e possuem, a partir desse momento, capacidade para florescer como pessoa. Mas durante a gestação, o desenvolvimento do feto é limitado pelo desenvolvimento biológico. Proibir o aborto é uma forma de reconhecer a personalidade do feto e permitir livremente o seu desenvolvimento.

É sabido que a 14ª Emenda foi desenhada para estabelecer igualdade racial, mas sua amplitude não foi pensada para a questão da segregação em escolas. Não até 1954, em que tal erro foi corrigido. Pouquíssimas pessoas questionam hoje a legitimidade da decisão unânime da Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*. O que aconteceria se o feto fosse considerado pessoa? Todos os tipos de aborto seriam permitidos? Na verdade, poucos abortos seriam proibidos, pois de acordo com a cláusula do devido processo legal, o mal que a cláusula proíbe é aquele mal extralegal ou arbitrário cometido pelo Estado e poucos abortos são cometidos pelo Estado. Assim, a maioria dos abortos não cumpre a exigência de uma ação estatal para que incida a proteção do devido processo legal.

Neste ponto, Bradley tem alguma razão. Reconhecer o feto como pessoa não impediria de pronto que a Suprema Corte reconhecesse o aborto como constitucional. Contudo, equivoca-se nas conclusões sobre se considerar o feto como pessoa.

Bradley entende que o resultado de reconhecer o feto como pessoa seria incluí-lo na lei do homicídio. Assim, não poderia ser considerado aborto ou homicídio culposo os casos em que a morte do feto ocorre de maneira intencional ou para proteger a vida da mãe e como efeito ocorre a morte do feto. Pode-se pensar também em outros motivos escusáveis que isentariam de pena o comportamento da mãe que realiza um aborto. Para Bradley, o regime mais justo seria aquele em que não há uma lei especial para o aborto.

Dworkin também se preocupa em tratar do conceito de vida face a questões religiosas. Segundo Bradley, a única preocupação de Dworkin é falar na Igreja Católica Apostólica Romana e não na questão religiosa em si. Dworkin argumenta que decisões de matar o feto e de matar pessoas sem benevolência são puramente religiosas e a 1ª Emenda à Constituição separou o Estado da religião.

Dworkin trata as questões de eutanásia e de aborto como baseadas nas convicções das pessoas. Bradley lista algumas posições de Dworkin que, segundo ele, não refletem em nada a crença dos americanos nas questões religiosas e, portanto, na questão do aborto.

O problema de Dworkin não é que a Igreja tenha afirmado por séculos que todo tipo de aborto é injusto, mas sim que aqueles que o afirmaram não acreditam naquilo que defendem. E para defender isso, Dworkin não apresenta nenhum estudo. No máximo, Dworkin confia nos escritos católicos daqueles que dissentem da Igreja.

Dworkin entende que a discussão religiosa de quando o feto adquire alma é independente da questão da personalidade. E para ele esta afirmação é suficiente para provar o seu ponto. Bradley entende que isso é um equívoco, já que o injusto do aborto não depende da prova de existência da alma.

Para Bradley, Dworkin baseia-se na ignorância do seu leitor de como o pecado e a imoralidade são relacionados ao pensamento católico.

Dworkin tem um ponto que merece consideração. Por muito tempo, a Igreja Católica distinguiu aborto precoce de aborto tardio, assim como distinguiu feto inanimado do animado. Por volta de meados do século XIX, a Igreja passou a condenar todos os tipos de aborto. Dworkin contesta essa mudança de política. Para Bradley, a mudança tem um motivo óbvio que é a evolução científica no sentido de que a vida do feto não surge no seu desenvolvimento, mas sim com a concepção. Para o autor, a Igreja não teve nenhuma influência nas leis que proibiram o aborto no séc. XIX. Para ele, não há qualquer relação entre a Igreja e as leis de aborto.

Dworkin ainda fala que a decisão da Suprema Corte é a única possível perante o sistema constitucional americano.

Bradley acha incontroverso que o feto seja uma pessoa, já que a partir da fecundação há uma carga genética própria. O autor, ainda, critica a falta de coerência de Dworkin ao reconhecer por vezes a personalidade do feto e por vezes não.

Tão importantes quanto a decisão da Suprema Corte Americana são as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que trataram o tema do aborto sob uma perspectiva bastante distinta da americana, apesar de em ambos os países o aborto ser permitido. Há duas importantes decisões sobre o aborto, que ficaram conhecidas como Aborto I e II.

Sarmento[139] afirma que a primeira lei sobre aborto foi editada em 1974, descriminalizando a sua realização até as doze primeiras semanas de gestação. A lei foi levada à analise do Tribunal Constitucional, que proferiu a famosa decisão conhecida como Aborto I. A Corte refutou a teoria de que a vida começaria com o nascimento, afirmando que o nascituro é um ser em desenvolvimento e que, portanto, mereceria, proteção constitucional. E esta proteção teria início na 14ª semana, no momento da nidação.

Nesta oportunidade, o Tribunal não deixa de reconhecer o direito à privacidade da mulher em relação à procriação, porém entendeu que, numa ponderação de valores, o direito do feto deveria prevalecer, com exceção de algumas situações, tais como: risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação dramática da família e gravidez resultante de violência sexual.

Após o julgamento do Tribunal Constitucional foi editada nova lei, em 1976, para se adequar à decisão proferida.

Rodriguez Ruiz[140] entende que se a Corte Suprema dos EUA enfrentou a legislação restritiva ao aborto, analisando a sua constitucionalidade pela perspectiva dos direitos da mulher gestante, os Tribunais Constitucionais da Europa continental enfrentaram a legislação que configura o aborto como crime, mas que o isenta de pena em alguns casos, analisando-o pela perspectiva da posição jurídica do feto.

Partem abertamente de considerações metajurídicas relativas ao valor da vida humana e ao seu momento de início. De tais considerações derivam seu lugar na

[139] SARMENTO, 2006, p. 104-7.
[140] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

ordem constitucional e as obrigações do Poder Público. Tais obrigações não são concebidas em termos meramente negativos, numa lógica liberal, mas encerram uma dimensão positiva que impõe a adoção de medidas de tutela. O resultado é um discurso jurídico-constitucional em torno do aborto centrado no feto, em seu direito à vida e na obrigação dos poderes públicos de protege-lo.

As linhas mestras desse discurso, segundo a autora, aparecem na primeira sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Pronunciada dois anos após *Roe*, a sentença declarou inconstitucional uma reforma do Código Penal, aprovada em 1974, que despenalizava o aborto durante as doze primeiras semanas de gestação, limitando-se a exigir que a sua prática fosse precedida de um processo de assessoramento médico e social à mulher gestante, orientado a informa-la sobre os serviços públicos e privados de assistência a mulheres grávidas.

A inconstitucionalidade foi declarada por se entender que não havia compromisso explícito e efetivo com a proteção da vida do feto. Não considerou inconstitucional, entretanto, o aborto eugênico durante as primeiras 22 semanas de gestação. O Tribunal apontou para a possibilidade de se descriminalizar o aborto criminal, o ético e o aborto social. O Tribunal entende que todos têm direito à vida e à integridade física, englobando a vida nascida e não nascida.

Os poderes públicos teriam a obrigação de proteger a vida humana não nascida inclusive contra a gestante. O feto seria um ser humano independente, cuja existência pode entrar em conflito com os direitos da mãe. Quando há este conflito, cabe ao poder público intervir para proteger o direito à vida do feto. E tal proteção poderia ceder somente em casos excepcionais, notadamente quando há risco à saúde da mulher e em casos em que a gravidez e a maternidade impõem às mulheres uma carga que excede as exigências da natureza (e.g., aborto eugênico).

O Tribunal considera arbitrárias as negativas das mulheres de assumir as renúncias e os deveres maternos naturais e impõe ao poder público a obrigação constitucional de proteger o nascituro frente ao que classifica como busca do prazer imediato da gestante. Admite o Tribunal que o legislador tem uma ampla margem para decidir como articula tal proteção, em concreto, se o faz obrigando a mulher a assumir os seus deveres maternais, penalizando o seu descumprimento, ou se acolhe técnicas preventivas, tentando restabelecer nas mulheres sua inclinação natural em cumprir os seus deveres.

O legislador, contudo, deve-se manter com atento ao compromisso de

proteger o feto. Isso é especialmente importante quando se opta por técnicas preventivas que, em última instância, não impedem a prática do aborto, ainda que ausentes as circunstâncias excepcionais. O aborto pode ser algo que o ordenamento jurídico tolera, mas não aprova.

Gerard Neuman [141] entende que na Alemanha o aborto não teria sido legalizado, mas apenas descriminalizado em algumas circunstâncias. Para o autor, a Corte acabou decidindo que o aborto livre no primeiro trimestre feriria o direito à vida do feto, sendo obrigação do Estado protegê-lo. A Corte reconheceu que, em algumas situações excepcionais, a continuação da gravidez seria algo demais a ser exigido da mulher. E as indicações para o aborto legal seriam: risco à saúde da mulher e defeitos sérios de nascimento. A Corte aprovou tais exceções e recomendou mais uma, em caso de estupro.

O legislador seguiu a decisão do Tribunal Constitucional e editou uma lei nova em 1976. Assim, nenhum médico poderia realizar um aborto sem que fosse determinada a existência de alguma das quatro causas permissivas. Aborto realizado com base em defeitos físicos eram permitidos até a 22ª semana. Aqueles baseados na ocorrência de um crime (estado de necessidade) até a 12ª semana. As mulheres deveriam passar por um aconselhamento psicológico, pelo menos, três dias antes do procedimento. A aplicação da lei na prática fez com que quase qualquer mulher, invocando o estado de necessidade, conseguisse realizar um aborto.

Daniel Sarmento [142] afirma que, com a unificação da Alemanha, foi necessário novamente adequar a legislação, já que a Alemanha Oriental permitia o aborto nos três primeiros meses de gestação livremente. Foi, então, editada lei em 1992 que permitia o aborto no primeiro trimestre da gravidez, desde que a gestante se submetesse a um serviço de aconselhamento e aguardasse, no mínimo, três dias para realizar a interrupção da gravidez.

Novamente, a Corte foi chamada a decidir. A decisão, proferida em 1993, ficou conhecida como **Aborto II**. Permaneceu a Corte considerando que a interrupção da gravidez seria inconstitucional, a não ser em casos específicos. A inovação, contudo, está em entender que a proteção ao feto não precisava necessariamente ocorrer por meios repressivos, mas poderia também ser realizada por meios assistenciais.

Entende o Tribunal que os embriões também possuem dignidade, uma vez

[141] NEUMAN, Gerald L. Casey in the mirror: abortion, abuse and the right to protection in the United States and Germany. **The American Journal of Comparative Law.** Berkeley. v.43. n.2. p.273-314. 1995.
[142] SARMENTO, 2006, p. 104-7.

que ela não é atributo apenas das pessoas nascidas. Ocorre que a Constituição não deu posição hierarquicamente superior à dignidade do embrião, de modo que seu direito à vida não pode ser considerado absoluto. Dessa maneira, pode o direito à vida do feto acabar chocando-se com o direito da mulher à sua própria dignidade, à vida, à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade.

Não haveria necessidade assim de que o Direito Penal fosse a primeira medida de proteção do feto. A aplicação da legislação estaria subordinada ao princípio da proporcionalidade. Havendo medidas adequadas para a proteção do nascituro, não há razão para que a mulher seja punida por realizar um aborto. O importante é que a lei estabeleça, como regra geral, a ilegalidade do aborto.

Em 1995, foi editada nova lei, que descriminalizou o aborto realizado nas doze primeiras semanas de gestação, mas estabeleceu um procedimento, pelo qual a mulher deveria passar antes de realizar a interrupção. Seria, então, obrigatório que a mulher passasse por um aconselhamento que tentaria convencê-la a manter a gravidez. Após um período de três dias, poderia a mulher então realizar o aborto.

Novamente, Rodriguez Ruiz[143] analisa criticamente a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão. O Tribunal Constitucional começa desenvolvendo o mesmo discurso da primeira sentença. Fala da obrigação constitucional do Estado de proteger a vida humana, da conexão desta com a dignidade, do feto como vida individual já determinada e indivisível, com uma identidade única e inconfundível desde o momento da concepção.

A partir daí o Tribunal Constitucional lembra que o direito penal não é a única garantia para o cumprimento das obrigações constitucionais e que enquanto *ultima ratio* deve estar reservada para sancionar condutas especialmente danosas para a vida em comunidade. Considerando a dualidade na unidade que caracteriza a gravidez, o Tribunal entende que o legislador pode renunciar à ameaça de sanção penal inclusive de abortos não justificados por circunstâncias excepcionais e optar por outras medidas de proteção.

A constitucionalidade delas dependerá de serem suficientemente protetoras do feto. Nesta lógica, cabe ao legislador assumir diretamente suas obrigações positivas com o feto, criando um contexto sócio-jurídico favorável à maternidade, evitando situações de carência material e de desvantagens laborais e profissionais, facilitando a conciliação da vida familiar e laboral.

[143] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

O Tribunal admitiu, portanto, a possibilidade de descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação. Declarou inconstitucional como um todo, a regulação específica do procedimento, por não estar suficientemente orientada a dissuadir a mulher gestante de realizar um aborto. O Tribunal começou a especificar, segundo a autora, numa atitude ativista, as condições para que o assessoramento pudesse se colocar para se ajustar às demandas constitucionais. O resultado é um discurso constitucional em termos de gênero. Ainda que o processo de assessoramento da gestante esteja destinado a dissuadi-la do aborto, a decisão final é exclusivamente da mulher.

As considerações feitas pelo Tribunal Constitucional foram incorporadas pelo legislador federal pela Lei de 21 de agosto de 1995. E esta linha está sendo adotada pela maioria dos países da Europa ocidental, em que o aborto é legal quando praticado entre as primeiras 10 ou 18 semanas de gestação, estando sujeito ou não a um prévio processo de informação ou assessoramento da mulher gestante.

Relembra Neuman[144] afirma que, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, o feto humano, pelo menos a partir do momento da concepção, possuía dignidade humana e que o Estado teria o dever de proteger a vida. O Estado teria esse dever não apenas com a vida humana em geral, mas sim com cada ser humano individualmente. O Estado deveria proteger ameaças à vida que venham de outros seres humanos, inclusive da própria mãe.

O dever de proteção, contudo, não seria absoluto. O interesse na vida do feto conflita com outros interesses constitucionalmente protegidos, incluindo a dignidade da mulher grávida, o seu próprio direito à vida e à integridade física e seu direito à personalidade. Tentando harmonizar esses interesses em conflito, o legislador tem espaço para uma certa discricionariedade. Primeiro, o direito à vida não varia em sua força de acordo com o tempo, mas tampouco seria independente do estágio do desenvolvimento do feto. Segundo, a balança deve reconhecer que o aborto envolve a destruição total do feto, de modo que não haveria oportunidade para medidas compensatórias. Ainda, o aborto poderia ser legalmente permitido em algumas circunstâncias excepcionais em que a gravidez imporia dificuldades além das aceitáveis além da típica magnitude da gravidez.

A ideia de 1975 permanece. O aborto deveria ser proibido a não ser que a continuação da gravidez envolvesse um sacrifício à mulher mais intenso do que o sistema legal poderia exigir (um padrão que será traduzido como exigências desarrazoadas). E as

[144] NEUMAN, 1995, p.273-314.

exigências seriam consideradas desarrazoadas quando houvesse sério risco à vida ou à saúde da mãe, se a gravidez resultasse de crimes sexuais ou se houvesse risco de deficiência do feto. Genericamente, outras situações de necessidades pessoais (a situação geral de necessidade) poderiam atingir o padrão se tivessem intensidade comparada às indicações citadas. A existência de uma exigência insuportável não retiraria, contudo, o dever do Estado de proteger o feto, que deveria oferecer à mulher aconselhamento e assistência.

Neuman salienta que o Tribunal elenca diversas medidas que o Estado poderia tomar para proteger as mulheres de realizar um aborto, inclusive no ambiente laboral. Locadores não poderiam rescindir contratos considerando o aumento da família. A seguridade social deveria considerar períodos gastos com o tempo não compensado em que a mãe cuida do filho. O Estado, em geral, precisaria criar um ambiente mais favorável à existência de crianças, reconhecendo que criar um filho é um serviço que os pais prestam para um benefício social.

O Estado poderia preocupar-se com a proteção da vida do feto de formas distintas daquela trazida pelo Direito Penal.

Aplicados estes padrões, o autor entende que o Tribunal afirma que a legislação agiu de maneira razoável ao transformar o sistema de indicações de terceiros para um sistema de aconselhamento. O elemento chave dessa alteração é que no início da gravidez, pessoas de fora não poderiam saber que a mulher estava grávida. O feto estaria, portanto, desprotegido e dependente da mulher. Assim, seria mais efetivo para evitar o aborto um sistema que dependesse da cooperação da mulher do que um sistema que a antagonizasse.

O Tribunal fala que o aconselhamento deve ser destinado a proteger a vida do feto, decidindo junto com a mulher se a sua situação envolve uma exigência desarrazoada. A mulher poderia revelar as razões para o aborto ou manter o anonimato ou se quisesse trazer o pai da criança ou membros da sua família.

O conselheiro, e não a mulher, deve decidir quando o assessoramento deve ser considerado completo. O médico que realizar o aborto não poderá o mesmo que faz o aconselhamento, contudo, o Estado deve garantir que o médico tenha um papel secundário na proteção do feto. O médico é obrigado a verificar se a pessoa passou pelo aconselhamento e se respeitou a espera de 3 dias, além de questionar as razões do aborto. Deverá também se certificar de que a mulher não está sendo pressionada por ninguém. O médico deve informar que o aborto importa a morte de uma vida humana. O sexo do bebê

não deveria ser revelado no primeiro trimestre, a não ser que a informação seja necessária.

Prossegue o autor, expondo que o Estado estava proibido de tratar o aborto como legal, a não ser em algumas situações em que tratar o aborto como crime iria reduzir a eficácia do sistema de aconselhamento, que seria um meio de proteger o feto. A descriminalização já tem um exemplo dessa exceção. A ameaça de uma sanção penal pode fazer com que a mulher pense em fraudar o processo. Neste caso, a retirada da sanção penal seria adequada.

Assim, a maioria do Tribunal entende que o aborto realizado após passar pelo sistema de aconselhamento não pode ser considerado contrário à lei (em vez de apenas ser isento de pena).

Ressalta Neuman que a parte mais controversa da decisão estava no financiamento estatal de abortos que não recebiam o parecer favorável do sistema de aconselhamento. Cinco juízes entenderam que se a mulher tivesse condições financeiras, o Estado não deveria custear o aborto. Afinal, a cobertura financeira pelo Estado poderia passar a ideia de que abortos em tese contrários à lei estariam sendo admitidos pelo Estado. Agora, se a mulher não tivesse condições de pagar o aborto, o Estado deveria fazê-lo para não haver risco à saúde da mulher. Ademais, o Tribunal entende que os empregadores deveriam fornecer auxílio-doença para a mulher que se ausentasse do trabalho em razão de um aborto.

O Tribunal afirma que o texto constitucional permite, mas não compele, que o direito à vida seja estendido ao feto a partir do momento da concepção e que tal direito à vida implicaria um dever de proteção mesmo contra a mulher grávida.

A inabilidade de percepção por terceiros da gravidez em seu início é que faz com que o Estado permita confiar na autonomia da mulher. O motivo não é um *status* diferenciado do direito à vida. A sessão de aconselhamento e a interação da mulher com o seu médico são vistas como oportunidade de desencorajar a mulher de realizar o aborto.

De maneira sintética, a legislação atual alemã não pune a gravidez quando:

> a) a mulher grávida solicitar a interrupção da gravidez tendo demonstrado ao médico por meio de um certificado da assessoria para a proteção da vida pré-natal (tem por objetivo o empenho de animá-la para continuar a gravidez e abrir-lhe perspectivas para a vida com o filho, nos termos da *Lei de conflito da gravidez*) que não deseja ser assessorada pelos três dias antes da intervenção. A assessoria contribui para que ela tome uma decisão responsável e conscientizada. Há uma legislação específica para os *casos de conflito da gravidez (Schwangerschaftskontiktgezets)*; b) a intervenção seja praticada por médico; c) desde a concepção *não* tenha

> decorrido mais de 12 semanas; d) praticada por médico com o consentimento, quando necessária para eliminar perigo de vida da gestante ou grave prejuízo à sua saúde física ou anímica, e, este perigo não posso ser eliminado de outra maneira; e) ter sido vítima de atos antijurídicos segundo os § 176 a 179 do StGB e existam fundadas razões que desde a concepção *não* tenham transcorrido mais de 12 semana; f) a mulher grávida *não* será punida quando a interrupção tenha sido praticada depois do assessoramento de um médico, *desde que entre a concepção não tenha decorrido mais de 12 semanas.*[145]

A decisão da Suprema Corte dos EUA, em *Roe v. Wade*, e as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão são dois marcos no tratamento do aborto. Apesar de as decisões tanto dos EUA quanto da Alemanha representarem decisões autorizativas do aborto, a argumentação utilizada por ambas é bastante distinta. A Suprema Corte americana se furta a decidir sobre a existência ou não de direito à vida do feto, enquanto que o Tribunal Alemão reconhece o direito à vida do feto e mesmo assim autoriza o aborto em algumas circunstâncias.

Rodriguez Ruiz[146] entende que todo o discurso em torno da regulação jurídica do aborto parte de uma determinada construção de gênero, de uma determinada visão das mulheres como pessoas e como parte da comunidade social e jurídica. Isso ocorre na medida em que tal regulação outorga relevância jurídica e social à capacidade natural da mulher de gestar e de dar à luz, transformando-a numa obrigação cujo inadimplemento deve ser penalizado

Para a autora, irreconciliáveis são as posturas que, apelando diretamente à metafísica, à teologia ou à ciência, partem do pressuposto de que onde há vida humana (vida humana inocente) individualizada – ou individualizável – existe a obrigação moral e jurídica de protege-la de forma também individualizada. As divergências surgem em torno do momento em que se entende que essa vida humana individualizável passa a existir. Em um extremo, este momento coincide com o nascimento. Em outro, com a concepção ou com a implantação no útero do óvulo fecundado, sob a premissa de que toda manifestação de vida humana, nascida ou não, é individualmente merecedora de proteção jurídica.

Próximo a este extremo, encontram-se aqueles que entendem o aborto como um atentado contra a vida, mas sem equiparar a vida não nascida com a nascida, nem o aborto com o homicídio, sob a alegação de que existe a obrigação moral e jurídica de proteger o feto, não como pessoa, mas como manifestação da vida humana.

---

[145] COSTA, 2010, p. 17
[146] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

Ruiz afirma que questionamentos deste tipo permitem uma maior flexibilidade analítica. Neles se encaixam aqueles que, partindo de uma posição intermediária, partem do feto como uma forma de vida humana carecedora de proteção jurídica, mas admitem que ela não ocorre na mesma medida de uma pessoa nascida, porque não é titular de interesses individualizados e individualmente merecedores de proteção, já que dependentes da mulher gestante, esta sim titulares de direitos, que por vezes colidem com o desenvolvimento do feto. É esta a postura que prevalece no discurso constitucional sobre o aborto na Europa continental, liderada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Sem uma construção metafísica que o respalde, o feto não aparece como um ator autônomo em direito, como credor de tutela jurídica *per se*. Mas poderá ser objeto de tutela jurídica na medida em que a comunidade sócio-jurídica tenha interesse em protegê-lo e na medida em que este interesse seja coerente com os parâmetros normativos em que a comunidade se erige, inclusive com a posição social e jurídica das mulheres. Para Ruiz, esta é a forma como a Suprema Corte dos EUA enfrentou a questão do aborto.

As tradições constitucionais europeia e americana em matéria de aborto diferem em seus pontos de partida. Segundo a autora, a primeira parte de premissas metajurídicas que convertem o feto em objeto de tutela *per se* desde o momento da concepção – ou da nidação. A segunda parte da posição jurídica das mulheres gestantes, contemplando o feto como possível objeto de tutela em uma lógica que, em princípio, quer ser auto-referencial e atender somente ao interesse da comunidade jurídica de protege-lo. A introdução de considerações metafísicas no discurso jurídico constitucional do aborto produz o efeito de impregnar tal discurso de uma construção de gênero que está na base de nosso Estado Moderno.

Essa diferença de tratamento na regulamentação do aborto é reafirmada já pela primeira decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Como será demonstrado, a Espanha, da mesma forma que a Alemanha, trata o feto como objeto de proteção constitucional, ainda que não lhe seja garantido expressamente direito fundamental à vida.

O primeiro marco espanhol na discussão do aborto é a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional em 1985, em controle preventivo de constitucionalidade da Lei 9/1985 que ampliava as hipóteses de aborto.

A lei, objeto de questionamento, permitia o aborto nos seguintes termos: a qualquer tempo, nos casos de risco grave à vida ou à saúde física ou psíquica da gestante;

nas doze primeiras semanas em caso de gravidez decorrente de estupro e; nas vinte e duas primeiras semanas em hipótese de má-formação fetal.

A Corte Constitucional, em análise ao texto, entendeu pela sua constitucionalidade, com exceção da ausência de previsão, nos casos de aborto eugênico ou terapêutico, de diagnóstico a ser realizado por médico distinto daquele que realizaria o aborto.

Nesta oportunidade, a Corte entendeu que o feto tem a sua vida protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da proteção conferida após o nascimento. Não haveria, assim, um direito fundamental à vida do feto, mas sim um bem constitucionalmente protegido. Desta maneira, seria possível a ponderação entre a vida do feto e outros direitos da gestante, que não o direito à vida.[147]

Rodrigues Ruiz[148] entende que, assim como o Tribunal Constitucional alemão, o Espanhol parte de considerações em torno do direito à vida, a sua conexão com a dignidade humana e a seu alcance e a obrigação de o poder público de protege-la. O direito à vida seria uma projeção de um valor superior do ordenamento jurídico constitucional – a vida humana – e constituiria um direito fundamental essencial enquanto pressuposto ontológico sem o qual os demais direitos não teriam existência possível.

Neste ponto, salienta a autora que o Tribunal Constitucional entendeu, por não ser pessoa de direito com base no art. 30 do Código Civil, que o feto não é titular do direito à vida nem de nenhum outro direito fundamental. O que estaria em jogo não seria a pretensão jurídica de uma pessoa em potencial, mas sim a dimensão objetiva do artigo 15 da Constituição, que entende a vida humana como bem jurídico. E a interpretação conferida é a de que tal bem jurídico abarca todas as etapas da vida humana, entendida como o processo que inclui o desenvolvimento do feto. Contudo, a obrigação do poder público de proteger a vida do feto está submetida a limites constitucionais.

Com esse fundo jurídico, o Tribunal Constitucional analisa se a Constituição permite a descriminalização do aborto nas três hipóteses examinadas. E a análise é feita na linha do Tribunal Constitucional Alemão, a partir da lógica do conflito entre direitos, bens e princípios constitucionais. Para a autora, a influência alemã é tão grande que se analisa se o legislador pode renunciar ao direito penal e optar por outros mecanismos para proteger o feto.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional afirma que não é inconstitucional

[147] SARMENTO, 2006, p. 109-10.
[148] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

descriminalizar o aborto terapêutico para proteger a vida da gestante. Tampouco seria inconstitucional descriminalizar o aborto ético, para proteger a dignidade da pessoa, a integridade física e moral e a intimidade, num arrazoado que parece apontar a descriminalização do aborto ético como uma exigência constitucional e não como uma mera possibilidade.

O discurso do Tribunal Constitucional muda quando se fala de aborto eugênico. Sem fazer referência a nenhum direito ou cláusula constitucional que permita justificar o aborto eugênico, o Tribunal argumentou aqui sobre o ponto de que não é razoável obrigar as mulheres a levar a termo sua gravidez quando o feto apresenta graves defeitos físicos ou psíquicos e que fazer tal exigência seria uma imposição de conduta que excede a que normalmente é exigível da mãe e da família.

Para a autora, o mais interessante é que o Tribunal Constitucional teria introduzido uma visão relacional do aborto que facilmente poderia ser aplicada para o tratamento do aborto em geral. O Tribunal fala das obrigações das gestantes, sem relacioná-las com suas obrigações morais. A atenção volta-se para a insuficiência das prestações estatais e sociais à disposição de quem tem um feto com má-formação física.

A comparação da decisão do Tribunal Espanhol com aquela tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão é bastante frequente na doutrina. Afinal, diferentemente dos EUA, os Tribunais Europeus preocupam-se em garantir proteção jurídica ao feto e, por consequência, devem assumir o ônus argumentativo de tratar o aborto como um procedimento constitucionalmente permitido.

Stith,[149] autor americano, discorre longamente sobre a decisão de 1985 do Tribunal Constitucional e das suas semelhanças com a decisão alemã. Para ele, a Corte espanhola não considera o feto como uma pessoa detentora de direitos, nem como estando sujeito à vontade de uma pessoa que tem direitos. A feto é tratado como um tipo constitucional distinto. Tanto a Espanha quanto a Alemanha protegem a vida do feto com base na importância de valores públicos, mas retiram tal proteção quando a continuação da gravidez se torna inexigível da mulher.

Para a Corte, a vida humana é um valor constitucional superior, de modo que um Estado Social como a Espanha tem o dever de garanti-lo. A vida do feto deve ser considerada distinta da vida da mãe desde o início da gestação, mas isso não impede que o nascituro seja considerado um bem jurídico protegido pela Constituição.

---

[149] STITH, Richard. New constitutional and penal theory in spanish abortion law. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v.35. n.3. p.513-58. 1987.

A Corte entende que não haveria nada de inconstitucional em permitir a destruição da vida do feto para garantir a vida da mãe. Na mesma linha de raciocínio, a violação à dignidade causada pelo estupro leva a que não possa ser exigido da mulher o ônus de levar a termo uma gravidez causada por um ato de violência.

A Corte Constitucional Espanhola entende que o nascituro não tem direito a ter direitos constitucionais. Mas ao mesmo tempo, afirma que o feto é protegido pela Constituição e pelo comando de que todos têm direito à vida.

A sentença espanhola de fato não encara a questão da personalidade legal de uma maneira radical. Apesar de considerar que o feto não tem um direito constitucional à vida, entende, contudo, que ele é possuidor de uma vida humana.

Não haveria outra escolha para a Corte que entender que o feto é um ser humano não nascido. A doutrina espanhola tradicional entende que nem todos os bens devem pertencer a um indivíduo, como propriedade. A vida do feto pertenceria mais à sociedade do que à mulher em si. Aqueles que argumentam contrariamente ao aborto entendem que mesmo não havendo um direito individual, o feto poderia ser protegido como um bem social.

Neste sentido, a Corte Constitucional pega o conceito tradicional de não nascido como estando protegido por um valor jurídico e o insere no sistema de valores constitucional. Assim, em razão da superioridade da Constituição, a comunidade teria adotado um compromisso com o valor da vida não nascida, de modo que ela não estaria à disposição do legislador.

A vida não seria apenas um valor, mas deveria ser considerada como um valor superior, fundamental e central. A Corte chega a esta conclusão por entender que a vida é o pressuposto para a existência de todos os demais direitos.

O feto incorpora esse valor, tanto porque o constituinte quis que o feto fosse protegido pela cláusula do direito à vida, quanto pelo fato de que a vida humana é considerada uma realidade desde o início da gestação. Mas o feto só adquire completa individualidade humana com o nascimento.

A Corte implicitamente decide que o aborto eletivo é inconstitucional. E isso ocorre ao indicar que a obrigação do Estado em proteger o feto envolve evitar que nenhum aborto seja realizado a não ser que haja real ameaça à vida da mãe.

Direitos individuais do feto não são a única alternativa para os direitos individuais das mulheres grávidas. A preocupação da comunidade pela vida do ser humano não nascido, para o autor, fornece uma forma alternativa de enxergar a questão do aborto.

No início da gestação, o feto não é visto como sendo uma entidade separada da mãe. Por outro lado, um recém-nascido é considerado um ser humano e possui aquilo que os alemães chamam de valor inerente. O valor do recém-nascido é tido como inerente ao ser humano, mas não é percebido aos olhos dos pais ou dos operadores do direito.

O maior interesse na proteção ao valor da vida aparece após o nascimento com vida, contudo há necessidade de se preocupar com a proteção antes do nascimento. A Corte afirmou a doutrina do Bem-Estar Social no caso do aborto, entendendo ser um valor constitucional fundamental a vida do feto.

O autor discorda da posição tomada pela Corte Constitucional tanto da Espanha quanto da Alemanha. Para ele, deve ser reconhecida a possibilidade de princípios implícitos. A preocupação do autor está no ativismo judicial, quando ele combina os valores implícitos com deveres afirmativos do Estado.

A vida é um valor superior, fundamental e central constitucionalmente na Espanha e o feto incorpora esse valor. O Estado teria um dever afirmativo de proteger a vida não nascida através da criminalização da conduta de exterminar a sua vida. A Corte, contudo, permite o aborto nos seguintes casos: grave perigo à vida e à saúde da mãe, estupro e severa deficiência do feto.

A vida nem sempre é o maior valor constitucional. Em alguns casos, outros valores são mais importantes que a vida do feto. Entende-se que em muitas situações a continuidade da gestação é um sacrifício excessivo a ser exigido de um indivíduo. Haveria um limite para aquilo que o Estado poderia exigir do indivíduo para a garantia dos direitos constitucionais. Esse conceito tem origem na doutrina alemã.

Na Espanha, esses atos não exigíveis apenas não poderiam ser punidos (excludente de punibilidade). Há quem entenda também que a inexigibilidade de conduta diversa poderia ser uma justificativa. A Corte Constitucional não deixa claro se entende que a inexigibilidade seria uma excludente ou uma justificativa.

A primeira crítica do autor a este sistema é que o conceito de exigência excessiva não tem o condão de tornar alguns tipos de aborto admissíveis. A segunda crítica é que se trata de um conceito fático que não pode ser aceito como princípio da razão. Por fim, a terceira crítica é que o conceito apenas demonstra a existência de uma tensão entre a comunidade e os interesses individuais.

Há, assim, duas formas de se entender a doutrina constitucional espanhola sobre aborto. Ou o aborto se encontra perdoado ou justificado. A primeira interpretação parece a mais razoável para o autor. Considerando que ambas as Cortes se recusam a dar

ao feto um tratamento inferior ao da vida da mãe, aparentemente a única solução seria considerar que o aborto poderia ser perdoado. Em ambos os países (Espanha e Alemanha), o tipo penal do aborto não é alterado. A única modificação está na pena.

Agora, se o aborto continua sendo um ato "errado", não seria possível considerar indenizações por danos morais por parte do pai do feto abortado? E mais, não seria possível aceitar atitudes que impedissem a realização do aborto? Pela doutrina espanhola da legítima defesa, seria possível que uma pessoa tivesse justificativa suficiente para impedir que outra destrua algo que não é seu, mas que tenha utilidade social.

A posição da Espanha, com a decisão de 1985, proíbe qualquer tipo de aborto, mas exclui a punibilidade em alguns casos. Em efeitos jurídicos, esta decisão pode não ser muito diferente daquela que permite o aborto em casos excepcionais. A diferença de efeito é, contudo, política. Afinal, tal solução evita que as mulheres sejam presas, mas não endossa a permissão do aborto.

Valendo-se da teoria de que o aborto seria perdoável em alguns casos em que não se poderia exigir conduta diversa da mulher (não se pode exigir que as pessoas ajam como heróis), concede-se o aborto como uma liberdade (já que não há punição), mas não como um direito.

Mas se o aborto é apenas uma liberdade e envolve somente a ausência de pena, a doutrina ainda enfrenta dificuldades em justificar as políticas que visam a prevenir o aborto.

Em 2010, entrou em vigor, na Espanha, uma lei que permitia a interrupção da gravidez até as primeiras catorze semanas, para mulheres a partir de 16 anos, e até as vinte e duas semanas em caso de risco à saúde da gestante e de graves anomalias do feto. Tal legislação causou bastante controvérsia na sociedade espanhola, levando, inclusive, a que o Governo anunciasse possíveis mudanças na legislação para proteger a vida do feto e a situação das menores.

Rodrigues Ruiz [150] relembra que a Lei Orgânica 2/2010 altera completamente a regulação do aborto na Espanha vigente desde 1985. Aborda-se a problemática do aborto por uma perspectiva preventiva e não punitiva, com base numa dupla estratégia. Primeiramente, persegue-se evitar a gravidez indesejada, mediante uma política de formação e educação sexual. Consumada a gravidez, a estratégia preventiva consiste em permitir o aborto durante as primeiras 14 semanas de gestação, reconhecendo

[150] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

um direito legal à prática do aborto, sempre que a sua realização seja precedida de um processo informativo, realizado pelo menos três dias antes da intervenção, em que deve ser informado à gestante, de um lado, os auxílios, os direitos e prestações, e de outro, as consequências médicas, psicológicas e sociais vinculadas tanto à interrupção quanto à continuidade da gravidez.

A partir daí volta-se a criminalizar o aborto, salvo durante as primeiras 22 semanas de gestação quando há risco para a saúde da mulher grávida ou quando o feto tem uma grave anomalia e em qualquer momento da gestação quando o feto tem alguma anomalia que seja incompatível com a vida. Essas decisões sempre são tomadas com base em informes emitidos por dois médicos especialistas distintos daquele que irá realizar a intervenção. No último caso, é necessária a confirmação por um comitê clínico.

A estratégia da lei assume uma conexão dos destinos do feto e da mulher gestante, tratando de harmonizá-los, não de opô-los, canalizando a proteção do primeiro através do respeito da autonomia da mulher e não em contraposição a ela.

Assumindo a proposta do Conselho de Estado, estabelece a lei que deverá receber informação médica, de forma presencial e de acordo com as circunstâncias pessoais, sobre as consequências médicas, psicológicas e sociais tanto do prosseguimento quanto da interrupção da gravidez, de acordo com os arts. 4 e 10 da Lei 41/2002, reguladora da autonomia do paciente para qualquer intervenção no âmbito da saúde. A Lei Orgânica 2/2010 não exige que a informação seja neutra, mas não exige que seja um serviço destinado a dissuadir a mulher. E o período de reflexão deve ser de três dias.

A introdução deste período de reflexão na legislação espanhola responde ao intento do legislador de satisfazer as obrigações constitucionais dos poderes públicos com o feto que o Tribunal Constitucional especificou na STC 53/1985 e de fazê-lo nos termos em que se ajustem à tendência dominante na legislação europeia.

Outro país que enfrentou recentemente a questão do aborto foi Portugal. O Tribunal Constitucional português, em controle de constitucionalidade preventivo, entendeu legítima a lei que permitia o aborto nas seguintes condições: risco à vida ou à saúde (física ou psíquica) da gestante, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual.

No Acórdão 25/84, o Tribunal entendeu que a Constituição protege a vida do feto, mas não com a mesma intensidade que o faz para as pessoas nascidas, de tal modo que a possibilidade do aborto deve ser discutida através de ponderações entre o direito do nascituro e os direitos da mulher. Neste ponto, entendeu o Tribunal que o sopesamento

realizado pelo legislador deveria ser respeitado.

Novamente chamado a se pronunciar, o Tribunal no acórdão 85/85 reafirmou que a vida do feto não é irrelevante para o ordenamento constitucional, mas somente as pessoas poderiam ser consideradas titulares de direitos fundamentais. Assim, os direitos, liberdades e garantias pessoais não valeriam diretamente para a vida intrauterina.[151]

O tema do aborto foi levado recentemente ao Tribunal Constitucional em 1998 (Acórdão 288), com uma proposta de referendo que descriminalizaria totalmente o aborto nas dez primeiras semanas de gestação, por vontade da gestante. O aborto, contudo, somente poderia acontecer caso a mulher passasse por um processo de aconselhamento. O sistema adotado pela lei trata-se da combinação de um sistema de prazos com o regime de indicações genéricas. O projeto ainda previa a interrupção da gravidez até as primeiras 16 semanas, quando indicada para evitar morte e lesão duradoura para a saúde física ou psíquica da mulher, mesmo que por razões sociais e econômicas.[152]

Nesta oportunidade, a Corte reitera o seu entendimento de que a vida intrauterina, apesar de protegida pela Constituição, tem uma proteção menor que o das pessoas já nascidas. Assim, seria possível aceitar uma ponderação entre o direto à vida do feto e os direitos das mulheres. Lembrando que o Tribunal entendeu que o tempo de gestação seria um fator importante para a solução da colisão de interesses. No referendo, a lei foi rejeitada.[153]

Em 2007, por referendo à Lei 16/2007, o aborto foi legalizado até a décima semana, independentemente de qualquer motivo. A lei exige um período de três dias de reflexão e garante acompanhamento psicológico à gestante durante o período de reflexão. Ademais, a lei permite o aborto até as dezesseis semanas em caso de violência sexual e até as vinte e quatro semanas em caso de malformação do feto.

A nova lei também previa um período de reflexão da mulher antes da realização do aborto que não poderia ser inferior a três dias contados da data da realização da consulta. O período de reflexão teria como finalidade permitir que a mulher tivesse acesso a todas as informações relevantes para que possa tomar a sua decisão. A mulher ainda deveria ser informada sobre o estágio de desenvolvimento do feto e quais os métodos empregados para se realizar a interrupção da gravidez. Os estabelecimentos de saúde

[151] SARMENTO, 2006, p. 107-9.
[152] COSTA, 2010, p. 19
[153] SARMENTO, *Op.cit.*, p. 107-9.

seriam obrigados a encaminhar para tal aconselhamento a mulher que manifestar vontade de interromper a gravidez. Sendo tomada a decisão pela interrupção, a mulher deverá ser encaminhada para um estabelecimento que disponha de serviços de acompanhamento psicológico e de assistência social. Garante-se a possibilidade de escusa de consciência aos médicos e demais profissionais de saúde, bem como impõe a eles o dever de sigilo.[154]

Ruiz[155] cita o Acórdão 75/2010, de 23 de fevereiro, em que o Tribunal Constitucional português analisou a constitucionalidade da descriminalização do aborto durante as 10 primeiras semanas de gestação, operada pela Lei 16/2007. O Tribunal assume, assim como o Tribunal espanhol, os pontos principais da última jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão na matéria, mas se distancia expressamente em seu lastro moralizante.

Partindo de uma obrigação constitucional de proteger o feto, mas também dentro de uma visão relacional da gravidez como uma dualidade na unidade, o Tribunal português incorpora a noção de que a relação entre o feto e a mulher gestante não é estática, mas que evolui com o crescimento do feto. Assim as medidas protetivas não devem ser vistas numa relação de tudo ou nada, mas sim numa ideia de mais ou menos a depender do momento em que se encontra a relação entre gestante e feto.

O Tribunal, relembra a autora, considera razoável renunciar ao direito penal num período em que a dualidade entre feto e gestante é bastante pequena. A ameaça de uma sanção penal para resolver um conflito interno, de caráter existencial, na esfera pessoal de alguém que simultaneamente provoca e sofre a lesão, não tem a eficiência que em geral lhe cabe. Ante esse conflito, a ameaça do direito penal pode ser contraproducente, como prova o fracasso da estratégia punitiva para impedir o aborto.

Com base no princípio da proporcionalidade, o legislador pode apostar na eficácia protetora da ação conciliadora e objetivamente incentivadora de um processo de comunicação genuína com a mulher gestante, em que sem pressão moral ou ideológica, coloque todas as prestações estatais à disposição da mulher.

O Tribunal Constitucional português afirma a constitucionalidade do sistema de prazos introduzido pela Lei 16/2007 e de sua estratégia preventiva, enfocando o aborto a partir de uma lógica relacional, distanciando-se expressamente da construção moderna de gênero, de cidadania passiva das mulheres e do paradigma cuidado/controle que a sustenta.

---

[154] COSTA, 2010, p. 19
[155] RODRÍGUEZ RUIZ, 2012, p. 49-83.

Essa visão de Ruiz em ver o aborto como uma questão relacional é bastante interessante. Afinal, no início da gestação há uma mínima diferença entre a mulher e o feto, uma vez que este é totalmente dependente da mulher. A solução conciliadora entre os interesses da mulher a proteção ao feto é essencial para se garantir a autonomia da mulher. Não há como separar o tratamento que se dá à mulher e ao feto. Não é possível proteger o feto independentemente do corpo da mulher. Eis o fundamento de entender pela inexistência de colisão de direitos fundamentais entre os direitos da mulher e do feto. Notadamente, no início da gestação, não há como separar a mulher do feto.

Na França, a legalização do aborto ocorreu por decisão do legislador. A história legislativa da França desempenhou um papel significativo no desenvolvimento da legislação sobre aborto de vários países francófonos. Inicialmente, na França, o aborto era proibido por ser considerado como algo contrário à moralidade da Igreja.

Em 1556, o Rei Henrique II transformou a posição religiosa em legal, fazendo com que o aborto fosse punido com morte. O Código Penal de 1791 previa pena de 20 anos de prisão para quem realizasse o aborto, mas concedia imunidade à mulher. Essa imunidade desapareceu em 1810 com o advento do Código Penal Napoleônico, que previa prisão para quem realizava o aborto e para a mulher.[156]

Lei de 1920, modificada em 1923, passou a considerar o aborto como homicídio individual, além de um crime contra a Nação. O endurecimento da legislação do aborto, aponta-se, estaria relacionada com o alto número de mortes durante a I Guerra Mundial.[157] Não é incomum relacionar-se a política de aborto do país com a existência de políticas de natalidade.

Colliard[158] demonstra que a liberdade de dispor do próprio corpo é uma antiga reinvindicação feminista, ligada à liberdade sexual. Os movimentos feministas pleiteavam o direito à liberdade sexual, sem o risco da maternidade.

Segue o autor analisando que após a I Guerra Mundial, a França adotou políticas fortemente contrárias aos métodos anticoncepcionais e ao aborto, uma vez que o país enfrentava sérios problemas com a baixa natalidade. Em 1920, a propaganda e venda de anticoncepcionais era crime, apesar de o seu uso não o ser.

Em 1939, houve uma nova reforma em que se manteve a criminalização da incitação ao aborto e a punição para aqueles que realizavam o aborto profissionalmente foi

---

[156] KNOPPERS, 1990, p. 893
[157] PUSSI, 2005, p. 244.
[158] COLLIARD, Claude-Albert**. Libertés publiques.** 7 ed. Paris: Dalloz, 1989, p. 362-5.

aumentada. A legislação fala em mulher grávida ou que presumidamente estaria grávida. Assim, uma mulher poderia ser punida se tentasse realizar um aborto mesmo que não estivesse grávida. O auto aborto era punido pela lei, apesar de menos grave.[159]

A lei Neuwirth de 1967 foi responsável por criar um direito à contracepção, mas mesmo assim partindo de um pressuposto natalista, já que continuava reprimindo propagandas de anticoncepcionais. A venda de produtos e objetos contraceptivos fica subordinada a uma autorização ministerial e se efetuava na farmácia.

O Código Penal que criminalizava o aborto passou a ser visto como insustentável, já que a proibição não impedia a realização de abortos clandestinos. A criminalização passou a ser vista como antidemocrática, já que as mulheres ricas acabavam fazendo abortos em outros países, enquanto que as mais carentes acabavam recorrendo a abortos clandestinos.[160]

Daniel Sarmento[161] relembra que foi aprovada a Lei 75-17 (em 1975), que permitia realização do aborto por médico em duas situações: a) nas dez primeiras semanas, quando a gestante alegasse que gravidez que causaria angústia; b) a qualquer tempo, quando houver risco à saúde da gestante, ou quando houver forte probabilidade de que o feto tenha "doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico."

A lei foi analisada pelo Conselho Constitucional francês que a entendeu constitucional. A compatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi analisada posteriormente pelo Conselho de Estado, sendo declarada compatível.

A lei de 1975 exigia que a mulher passasse por uma consulta, em que ela teria todas as informações para o caso de uma possível adoção e sobre toda a assistência disponível se a mulher desistisse do aborto. Após essa consulta inicial, a lei ainda exigia uma segunda consulta uma semana após a primeira, devendo o pedido de interrupção da gravidez ser realizado por escrito, a mão, pela gestante. Apesar da exigência de consulta, o exame da necessidade material ou psicológica é de livre apreciação da mulher.[162]

Em 2001, foi aprovada uma nova lei sobre o aborto (Lei 2001-588), que ampliou o período em que o aborto é permitido, de 10 para 12 semanas e tornou facultativa para mulheres adultas a consulta, previamente à realização do aborto a instituições de aconselhamento, o que antes era obrigatório. Esta nova lei também foi considerada

[159] KNOPPERS, 1990, p. 894
[160] COLLIARD, 1989, p. 365-7.
[161] SARMENTO, 2006, p. 102.
[162] AZAMBUJA, 2003, p. 475.

constitucional pelo Conselho Constitucional.[163]

Atualmente, a legislação francesa pune tão-somente o aborto clandestino, com a finalidade precípua de proteger a saúde da mulher. Na mesma linha, a venda e a propaganda de material abortivo são punidas pela legislação. A legalização do aborto, contudo, diminuiu sensivelmente o número de abortos clandestinos.[164]

A legislação francesa influenciou bastante os demais países de língua francesa, de tal modo que é patente a semelhança de algumas legislações. França e Luxemburgo permitem o aborto no período de 12 semanas contadas desde o início da última menstruação. A nova lei belga menciona 12 semanas desde a concepção. Todos esses países impõem condições para a realização do aborto. Na França e na Bélgica, o aborto é permitido quando a mulher está em situação de estresse. Em Luxemburgo, a causa deve residir em justificativas médicas, má formação do feto ou razões jurídicas. E esse estresse da França e da Bélgica normalmente recairá em questões terapêuticas ou sócio-econômicas. Vale mencionar que na França e em Luxemburgo, o aborto continuará sendo permitido após esse período inicial caso haja risco para a vida ou saúde da mulher.[165]

A Itália também pode ser incluída entre os países europeus que descriminalizou o aborto, com importante participação da Corte Constitucional.

A primeira manifestação na Itália sobre a legalização do aborto ocorreu em 1975, quando a Corte Constitucional declarou parcialmente inconstitucional artigo do Código Penal que punia o aborto, sem excepcionar a hipótese de risco ou dano à saúde da gestante.

A Corte entende que a tutela do nascituro tem fundamento constitucional, já que a Constituição impõe a proteção da maternidade e entende que dentre os direitos do homem está a situação jurídica do nascituro.

Ao analisar a constitucionalidade do artigo do Código Penal, entende a Corte que a proteção conferida ao nascituro pode se chocar com outros interesses igualmente protegidos pela Constituição e não há motivo para se entender que o direito do nascituro seja absoluto e deva prevalecer sempre sobre os demais.

Em 1978, foi editada uma lei que permitia o aborto até os 90 primeiros dias de gestação nas seguintes hipóteses:

---

[163] SARMENTO, 2006, p. 102.
[164]PUSSI, 2005, p. 246
[165] KNOPPERS, 1990, p. 904.

> (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nestas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez.[166]

A mesma lei permitiu que o aborto fosse realizado a qualquer tempo, quando a gravidez representasse grave risco de morte para a gestante, ou quando se verificassem processos patológicos, tais como anomalias fetais, que possam gerar danos à saúde física ou psíquica da mulher.

Em 1997, foi levado novo questionamento ao Tribunal sobre uma proposta de referendo, com o intuito de revogar todas as normas que disciplinavam o aborto nos primeiros 90 dias de gestação. A Corte entendeu que a revogação sem qualquer critério seria incompatível com a tutela do nascituro.[167]

Novamente aqui há de se perceber que o reconhecimento de um direito à vida do nascituro não impede que o aborto seja permitido em alguns casos, já que nenhum direito, nem o direito à vida, pode ser considerado absoluto. A discussão do aborto envolve diversos outros direitos igualmente protegidos pela Constituição e que devem ser considerados na legislação que disciplina o aborto.

A Inglaterra é conhecida por ter uma das legislações mais liberais sobre aborto na Europa, gerando inclusive alguns questionamentos na Corte Europeia de Direitos Humanos.

> O primeiro estatuto do aborto na Inglaterra foi o *Ellenbrogh´s Act*, de 1803, que punia com a pena de morte o aborto praticado sobre o feto animado com emprego de veneno e com menos gravidade (deportação para a colônia penal) quando praticado antes da animação fetal. Com o *Abortion Act*, a Inglaterra (1967) liberou aos médicos decidir qual a melhor estratégia a ser adotada para a defesa da vida e do bem-estar da gestante. A agência *Aid for Women* cobrava de 80 a 100 libras esterlinas sempre que a interrupção da gravidez se produzia nas doze primeiras semanas. O *turismo abortivo* chegou a denominar Londres como a 'capital mundial do aborto'.[168]

O *Abortion Act* já causou uma queixa na Corte Europeia de Direitos Humanos. O texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não trata

[166] SARMENTO, 2006, p. 103-4.
[167] SARMENTO, *Op. cit.*, p. 103-4.
[168] COSTA, 2010.

especificamente do nascituro. Há, contudo, julgamento da Comissão da década de 80, provocado por um cidadão inglês, questionando a decisão de sua mulher de realizar um aborto, com base na lei inglesa (Abortion Act de 1967). A Comissão não aceitou o pleito, por entender que o termo pessoa empregado no art. 2º, que prevê o direito à vida, somente seria aplicável a pessoas já nascidas. Tampouco entendeu haver qualquer violação ao direito à vida familiar, uma vez que o aborto foi realizado na fase inicial da gravidez.

O caso *Vo v. France*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, envolve um erro médico causado em que não intencionalmente foi realizado um aborto terapêutico na paciente errada. A confusão ocorreu entre duas pacientes que têm o mesmo nome e o aborto foi realizado por equívoco. Deu-se início a um processo criminal em que o médico foi inicialmente acusado de causar lesão culposa. Posteriormente, foi acusado de homicídio culposo. Em 1996, a Corte Criminal de Lion absolveu o médico. Em 1997, a Corte de Apelação reverteu a sentença absolutória e condenou o médico por homicídio culposo e ao pagamento de uma indenização. A Corte de Cassação reverteu a condenação, entendendo que os fatos não são suficientes para caracterizar um homicídio culposo. Dessa maneira, a Corte não vê o feto como alvo de proteção do direito criminal. Os interessados recorreram à Corte Europeia de Direitos Humanos.

A Corte entendeu que a discussão sobre se o feto deve ser considerado pessoa humana ou não é um tema a ser decidido em âmbito nacional. Primeiramente, porque a maioria dos Estados que ratificaram a Convenção não tinham opinião sobre o assunto. Particularmente na França, o assunto já havia sido alvo de debate público. Em segundo lugar, pontua a Corte, não havia consenso europeu sobre a definição científica e legal quanto ao início da vida. Assim, a Corte entendeu que não seria possível definir em abstrato se o feto poderia ser considerado pessoa nos termos do art. 2 da Convenção.

Há que se notar o caso levado à Corte em 1992, envolvendo a Irlanda, que tem a legislação mais repressiva ao aborto da Europa, proibindo a sua realização em todos os casos. Muitas mulheres saíam da Irlanda e acabavam indo a outros países, principalmente a Inglaterra, para realizar o aborto. Havia clínicas na Irlanda que aconselhavam as mulheres na busca por demais clínicas estrangeiras. A Suprema Corte da Irlanda proibiu o funcionamento de tais clínicas, que por sua vez recorreram à Corte Europeia.

A Corte não analisou a questão do direito ao aborto ou à vida do nascituro, mas entendeu a proibição da Corte irlandesa inválida, por ofensa ao princípio da

proporcionalidade, já que a medida foi entendida como excessiva.[169]

O aborto é um procedimento que no Canadá deve ser realizado por um médico e é um procedimento que foi declarado por todas as províncias como medicamente necessário. De acordo com a Lei de Saúde do Canadá, o aborto está coberto como um serviço médico necessário e deve ser realizado de acordo com os seus princípios (administração pública, compreensão, portabilidade, universalidade e acessibilidade). Entretanto, rotineiramente as províncias restringem o acesso ao aborto.

Entre 1900 e 1972, 1.793 canadenses foram acusados do crime de aborto e deste número, 64,4% foram condenados. Em 1988, a Suprema Corte do Canadá derrubou a seção 251 do Código Penal, o que resultou na descriminalização do aborto. Uma reforma legislativa em 1969, permitia que a mulher realizasse um aborto num hospital público desde que obtivesse a permissão de uma comissão, formada por três médicos, que deveriam analisar risco que a gravidez produzia à saúde física ou mental da mulher. As decisões dessa comissão variavam bastante, mas em geral eram bastante restritivas.

A decisão da Suprema Corte entendeu que a seção 251 do Código Penal infringia o direito da mulher de segurança pessoal e de controle do próprio corpo. O Juiz Dickson entendeu que forçar uma mulher, sob pena de um processo penal, de carregar um feto até o fim da gravidez seria uma profunda interferência em seu corpo e, portanto, uma agressão à segurança pessoal. A Juíza Bertha Wilson salientou que o direito à liberdade garante a todo indivíduo um grau de autonomia sobre decisões importantes que afetam a vida íntima da pessoa.

Uma limitação à liberdade de escolha da mulher ocorreu no caso de Chantal Daigle. A Corte de Quebec entendeu que era necessário o consentimento do pai para a realização do aborto. A Suprema Corte Canadense, em *Tremblay v. Daigle*, reverteu a decisão da Corte de Quebec e afirmou que o feto não deve ser considerado pessoa nos termos da Carta de Quebec. Contudo, a Corte não se pronunciou sobre se o feto deveria ser considerado pessoa, nos termos da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Para o autor, essa ausência de definição faz com que as províncias possam restringir o direito das mulheres. [170]

No México, há também uma longa história de mudança legislativa no

[169] SARMENTO, 2006, p. 111-2.
[170] PALLEY, Howard A. Canadian Abortion Policy: National Policy and the Impact of Federalism and Political Implementation on Access to Services. **Publius: The Journal of Federalism.** Easton. v.36. n.4. p.565-86. 2006.

tratamento do aborto. Santillán Ramirez[171] aponta que Código Penal Federal, vigente de 1931 até 1996, sancionava as mulheres que praticavam o aborto com pena de 1 a 5 anos de prisão, prevendo a diminuição da pena de 6 meses a 1 ano se concorressem as seguintes três circunstâncias: a) inexistência de má fama; b) que a mulher tivesse conseguido ocultar sua gravidez e; c) que a gravidez fosse fruto de uma união legítima.

O aborto não era punido quando a gravidez era fruto de violência ou quando colocava em risco a vida da mulher ou quando o aborto tivesse sido produto de uma imprudência da mulher. A lei era omissa sobre quem deveria autorizar o aborto e como e onde ele deveria ser praticado.

Rosario Robles promoveu perante a Assembleia Legislativa do Distrito Federal, em agosto de 2000, uma reforma do então novo Código Penal do Distrito Federal para descriminalizar o aborto nos casos em que o feto tivesse algum problema genético ou congênito ou tivesse sido consequência de uma inseminação artificial não consentida.

De igual modo, propôs-se a inclusão no Código de Processo Penal do Distrito Federal um artigo que ordenava ao Ministério Público, nos casos de violação ou inseminação não consentida, a obrigação de autorizar a interrupção da gravidez num prazo de 24h contadas da solicitação, sempre que houvesse a prévia denúncia do ilícito, que a vítima declarasse a existência da gravidez, a sua comprovação por instituição de saúde pública ou privada e a existência de elementos que permitissem o Ministério Público acreditar que o delito teria acontecido. A lei foi aprovada e ficou conhecida como Lei Robles.

A constitucionalidade da lei foi questionada perante a Suprema Corte de Justiça da Nação, alegando-se violação ao direito à vida prescrito na Constituição.

Em 2002, a Suprema Corte entendeu que a lei que previa o aborto eugênico seria válido e constitucional, além de confirmar a competência do Ministério Público de autorizar o aborto.

Em novembro de 2006, iniciou-se uma nova proposta de reforma do Código Penal, na Assembleia Legislativa do DF, em matéria de aborto, de acordo com o art. 4º da Constituição que tratava do direito de decidir de forma livre, responsável e informada sobre o número de seus filhos. A iniciativa delineava a descriminalização do aborto sempre que ocorresse dentro das 12 primeiras semanas de gestação e uma redução de pena para as

[171] SANTILLÁN RAMÍREZ, Iris Rocío; TENORIO TAGLE, Fernando. El aborto en México. Un debate abierto (Abortion in Mexico. an open debate). **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Politica, Filosofia y Derecho.** México. n.30. p.121-35. jul./dic. 2010

mulheres que praticassem o aborto após esse período.

Em 2007, a Assembleia Legislativa do DF aprovou uma norma que descriminalizava o aborto da 1ª a 12ª semana e obrigava o governo a conceder serviços de assistência médica e social gratuita sobre saúde sexual e reprodutiva. Logo após a sua aprovação, houve uma ação de inconstitucionalidade, alegando inclusive incompatibilidade com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em 1981, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que as disposições sobre o direito à vida da Convenção são compatíveis com o direito da mulher de ter acesso a abortos seguros e legais.

A decisão da Suprema Corte coube ao Min. Sergio Salvador Aguirre Anguiano, que entendeu que a lei seria inconstitucional, em razão de a Constituição proteger a vida desde o momento da concepção. O pleno da Suprema Corte decidiu, por maioria de 8 votos, que o projeto era constitucional naquilo que dizia respeito à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Entendeu-se que a Constituição Federal não protege de maneira expressa um direito específico à vida através de uma proibição ou mandado dirigido às autoridades do Estado. Ademais, o direito à vida é um direito humano e todos os direitos fundamentais e garantias individuais não são direitos absolutos, permitindo assim a sua modulação.

A decisão da Suprema Corte impulsionou reformas nas Constituições de diversos Estados para garantir a proteção à vida a partir da concepção.

Segundo Valeria Anselmino [172], o ordenamento jurídico argentino, preocupa-se com a questão do direito à vida tanto no Código Civil quanto no Código Penal que pune do aborto com prisão. Para a autora, a consagração do direito à vida está na Constituição argentina principalmente através dos tratados internacionais a ela incorporados.

A autora cita uma decisão da Suprema Corte de Justiça da Província de Santa Fé de 1988, em que discutia a obrigatoriedade de um médico denunciar paciente que procurou tratamento após ter ela mesmo realizado um aborto. A Corte, por unanimidade, entendeu que o dever de sigilo profissional deve ceder frente à existência de uma justa causa presente no cometimento de um delito de ação pública. A Corte reconhece como bem superior o direito à vida do feto, consagrado pela Constituição argentina através de tratados internacionais.

[172] ANSELMINO, 2008, p.268-76.

A autora salienta que os critérios utilizados pelos Tribunais argentinos são bastante distintos daqueles empregados pela Suprema Corte americana. Para a Câmara Nacional de Apelações Cíveis, os embriões fecundados fora do seio materno são considerados pessoas desde o momento da concepção, descartando-se todas as demais teorias sobre que reconhecem a condição de vida humana a etapas posteriores da gestação ou mesmo à implantação definitiva do embrião no útero materno. A Suprema Corte americana negou ao feto por nascer a proteção constitucional.

Em 2002, a Corte Suprema de Justiça da Nação decidiu por proibir a comercialização do medicamento *Imediat*, que impede a nidação do feto. Nesta oportunidade, teve a Corte que enfrentar a discussão do momento de início da vida, se com a fecundação ou se com a nidação. Na decisão, citaram geneticistas que entendem que a vida tem início com a fecundação e ainda reafirmaram que o direito à vida é o primeiro dos direitos naturais da pessoa humana, preexistente a toda legislação positiva e garantido tanto pela Constituição quanto pelos tratados internacionais incorporados a ela com hierarquia constitucional a partir da reforma de 1994.

Em 2007, a Suprema Corte julgou caso em que foi solicitada indenização ao Ministério de Justiça ante a morte, por forças policiais, de uma mulher que estava grávida. O Ministério negou a indenização pela morte do feto, entendendo que somente daria ensejo à indenização a morte de pessoas já nascidas. Em sede de recurso extraordinário, a Suprema Corte reconheceu o direito de indenização pela morte de uma pessoa por nascer, que seria considerada pessoa segundo o Código Civil.

Em 2012, a Suprema Corte entendeu que o aborto a ser realizado em caso de estupro independeria de autorização judicial. Afinal, exigir que a mulher busque uma autorização judicial imporia uma exigência desnecessária, já que o aborto em caso de estupro já era permitido por lei.[173]

A grande inovação na América Latina na questão do aborto é o Uruguai. Inicialmente, O Código Penal uruguaio de 1934 somente criminalizava o aborto se ele fosse realizado sem o consentimento da gestante. Em 1938, uma lei passou a criminalizar o aborto independentemente do consentimento da gestante.

Posteriormente, o Código Penal pune o aborto com prisão de três a nove meses, não havendo previsão de aborto necessário para salvar a vida ou a saúde da gestante. Há, contudo, previsão de isenção de pena, caso o aborto seja realizado com o

[173] http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,argentina-justica-autoriza-aborto-em-caso-de-estupro,847855 Acessado em 14/07/2016, as 22h41

consentimento da gestante. O juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade se o aborto for realizado para salvar a honra da esposa ou de um parente próximo. Da mesma maneira, se houver consentimento da gestante, poderá ser concedido perdão judicial. O mesmo tratamento é dado ao aborto econômico. Não há previsão de aborto em caso de estupro nem quando há graves anomalias do feto.[174]

Em 2013, o Uruguai editou uma lei, descriminalizando o aborto até as 12 primeiras semanas de gestação. Em caso de estupro, o aborto pode ser realizado até a 14ª semana e quando houver risco para a saúde da mãe ou o feto for inviável, não há prazo. A legislação exige, contudo, que a mulher passe por uma consulta com um ginecologista, um psicólogo e um assistente social e, ainda, respeite um período de reflexão de cinco dias. O movimento para a descriminalização do aborto teve início em 2001, quando a Associação de Obstetras do Uruguai lançou um regulamento sobre como praticar aborto seguro.

Aponta-se que, com a descriminalização do aborto, houve um abuso, pelos médicos, da objeção de consciência, que passou a ser utilizada não como um direito individual, mas sim como uma forma de protesto anti-abortista.[175]

A análise da jurisprudência estrangeira é importante para reafirmar a possibilidade de reconhecimento de um direito à vida ou de um direito à proteção do feto juntamente com a descriminalização do aborto. Reconhecer que o feto, ainda que não seja pessoa constitucional, merece ser protegido pelo ordenamento jurídico não implica automaticamente a proibição geral do aborto. A proteção ao feto pode ocorrer juntamente (e não de maneira excludente) com a proteção da mulher.

II.3- Direito à autonomia reprodutiva

II.3.1- Direito à intimidade, autonomia reprodutiva e aborto

Em diversos países, quando se começa a falar em legalização do aborto, a discussão, em geral, tem início no alcance do direito à intimidade. Hoje o que se fala em direito à autonomia reprodutiva e em direitos reprodutivos teve origem na concepção do direito à intimidade.

Nos EUA, o tratamento do aborto teve início com o reconhecimento de direitos reprodutivos ligados ao direito à intimidade. O caso *Griswold v. Connecticut*, julgado pela Suprema Corte dos EUA, costuma ser tratado como o grande precedente de

[174] PUSSI, 2005, p. 249
[175] http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html , acessado em 14/07/2016, às 23h38

Roe v. Wade.

No Caso *Griswold vs. Connecticut* (1965), foram questionadas leis do Estado que proibiam o uso de anticoncepcionais. A Corte declarou inconstitucionais tais leis por ferirem a intimidade (*right of marital privacy)*. De acordo com a Suprema Corte, as leis de Connecticut afetavam o direito de indivíduos livres de decidir em sua intimidade se pretendiam ou não ter filhos. Seria, portanto, uma intrusão indevida do Estado na liberdade dos cidadãos.[176]

A origem da ideia de privacidade e de direitos reprodutivos vem da decisão da Suprema Corte em *Griswold*. A proteção do devido processo legal incluiria uma zona de privacidade, em que o governo não poderia ingressar. Em *Griswold*, impediu-se que uma lei proibindo o uso de contraceptivo de invadir a decisão de pessoas casadas sobre direitos reprodutivos.[177]

O precedente criado em *Griswold* acaba sendo apontado como o primeiro fundamento de *Roe*, já que neste a Suprema Corte dos EUA entende também que o aborto é uma questão que pertence ao direito à intimidade.[178] A inovação trazida em *Griswold* recai no fato de que questões afetas ao direito reprodutivo foram consideradas como englobadas pelo direito à intimidade, que para a Suprema Corte, advém do direito ao devido processo legal.

Ainda que timidamente, a Suprema Corte começa a reconhecer o direito das mulheres em decidir sobre ter ou não filhos. Por óbvio que inicialmente a Corte trata do direito de casais. Fala, assim, em um direito marital e não em um direito da mulher. De qualquer maneira, o reconhecimento de que a vida sexual gera um direito à intimidade serve para despontar a ideia de que questões reprodutivas podem vir a ser protegidas pela Constituição.

A ideia de *Griswold* como um precedente para *Roe* é bastante defendida por Dworkin. Essa ideia, contudo, é igualmente bastante criticada.

Dworkin[179] relembra que o caso *Roe v. Wade* certamente é um dos mais famosos casos julgados pela Suprema Corte Americana. Os críticos da decisão de *Roe* entendem que a Suprema Corte autorizou o homicídio, uma vez que o feto deveria ser considerado pessoa desde a concepção. Os críticos mais sofisticados afirmam que a

[176] ANSELMINO, 2008, p.268-76.
[177] ELLIOTT, Jennifer Landrum. Will Charlie Brown finally kick the football? Missouri enacts the next generation of partial birth abortion restrictions. **Saint Louis University Law Journal**. Saint Louis. v.44. n.3. p.1083-120. 2000, p. 1091.
[178] ANSELMINO, *Op.cit.*, p.268-76.
[179] DWORKIN, 2009, p. 141-9.

definição do aborto não caberia à Suprema Corte, mas sim ao Poder Legislativo de cada Estado. Assim, a decisão não teria sido jurídica, mas sim política.

Dworkin assevera que, apesar do número excessivo de críticas, poucas pessoas entendem de verdade quais os fundamentos de *Roe*. O autor acredita que as leis que proíbem ou dificultam o aborto acabam privando as mulheres de uma liberdade que para elas é essencial. O autor compara à escravidão a impossibilidade de uma mulher realizar um aborto, pois ela deixa de ser dona do próprio corpo. Dworkin ainda demonstra que, para muitas mulheres, ter um filho indesejado pode representar a destruição da vida delas, seja por não ter maturidade para ser mãe, seja por não poder estudar, seja por não poder trabalhar, enfim por não poder viver de acordo com o que ela entende ideal.

De acordo com a interpretação dada pela Suprema Corte, a Constituição dos EUA estaria impedindo que o Estado causasse um dano substancial a seus cidadãos. E isso ocorreria por meio de dois testes de constitucionalidade. O primeiro repousa no devido processo legal, que deve ser respeitado toda vez que o Estado pretender restringir a liberdade dos indivíduos.

Tal garantia, para Dworkin, não seria suficiente por si só para proteger a liberdade das mulheres. O Juiz Blackmun em *Roe* entendeu que a mulher teria um direito constitucional à privacidade, naquilo que diz respeito à procriação, o que envolveria o direito ao aborto. E tais direitos constitucionais somente poderiam ser limitados quando houvesse uma razão inexorável. Assim, as razões para proibir o aborto até o sexto mês de gravidez não seriam inexoráveis.

O voto dissidente de Renhquist é construído no sentido de que não haveria um direito constitucional de controlar a sua reprodução. As mulheres teriam apenas um interesse de liberdade, que seria suficiente para impedir a proibição do aborto para salvar a vida da mãe. No mesmo sentido, seriam legítimos os objetivos estatais em proibir o aborto por outros motivos.

Para Dworkin, em diversas decisões anteriores, a Suprema Corte já tinha afirmado o direito a tomar decisões sobre procriação. Em *Griswold*, a Corte entendeu que o Estado não poderia proibir a venda de anticoncepcionais para pessoas casadas. Em decisões posteriores, acabou estendendo os efeitos da decisão aos solteiros. Em *Eisenstadt v. Baird*, de 1972, o Juiz Brennan afirma que o direito à privacidade significaria o direito do indivíduo, seja ele casado ou solteiro, de ser livre da intrusão governamental em questões que afetam a pessoa, tais como a de ter um filho.

O autor relembra que *Griswold* é uma decisão bastante aceita na sociedade

americana e de que não há dúvida de que ela estabelece que as mulheres têm um direito constitucional à privacidade e que ele engloba a decisão de conceber ou não filhos, bem como a de não os ter. Griswold e as demais sentenças correlatas, para Dworkin, demonstram que tais decisões são tão íntimas que o indivíduo deve ter a liberdade de toma-las de acordo com as suas convicções pessoais e sem qualquer imposição da sociedade.

Neste sentido, a decisão sobre o aborto deveria ser considerada tão íntima quanto qualquer outra decisão protegida pelo direito à intimidade. Haveria assim argumentos jurídicos fortes para *Roe*, se se admitir que a decisão em *Griswold* foi correta. Neste raciocínio, se na decisão de *Griswold*, o Estado deveria apresentar um argumento inexorável para restringir a liberdade de acesso a métodos contraceptivos, para proibir o aborto, a razão deveria ser ainda mais forte, já que a restrição à intimidade seria maior.

Muitos dizem que a razão para que os Estados proíbam o aborto é a proteção da vida humana. Para Dworkin, esse é um argumento bastante ambíguo. O governo pode ter um interesse derivativo em proteger a vida humana, entendendo que o feto tem direitos desde a concepção e que o Estado deve proteger a sua vida da mesma maneira que protege toda a vida humana. Pode também o Estado invocar um interesse independente em proteger a vida do feto, ao proteger a vida humana como um valor sagrado, cujo valor intrínseco independe de seu valor pessoal. E o autor afirma que esses interesses podem por vezes entrar em conflito (e.g., permitir a eutanásia para garantir o valor sagrado da vida).

Gerard Bradley[180] critica veementemente a postura adotada por Dworkin. O autor entende que a interpretação de Dworkin sobre *Griswold* é tão equivocada quanto a que ele faz de *Roe*. Além disso, mesmo que Dworkin tivesse feito a interpretação correta, *Griswold* não seria um precedente para *Roe*.

Para Dworkin, a Suprema Corte americana decidiu que os estados não poderiam proibir a venda de contraceptivos para pessoas casadas. *Griswold*, para o autor, no máximo impede a interferência estatal na vida marital. Dworkin diz ainda que *Griswold* e outras decisões sobre privacidade podem ser justificadas somente nas bases de que decisões afetando o casamento e o nascimento de crianças são tão íntimas e pessoais que as pessoas, em princípio, deveriam poder tomar decisões sobre elas por si mesmas sem qualquer imposição da sociedade. Para Bradley, não foi isso o que *Griswold* disse. Para o autor, o que pretendeu dizer *Griswold* é que a lei de Connecticut não tinha bases racionais.

[180] BRADLEY, 1993, p.329-91.

Para Bradley, seria possível pensar que a Corte não enxergou um direito ao uso do contraceptivo, pois tal utilização seria imoral e não pode haver um direito a praticar um erro moral. A decisão da Corte poderia ser interpretada no sentido de que uma política pública oficial sobre contraceptivo poderia ser mais danosa. Seja qual for a interpretação de *Griswold*, o fato é que se trata de uma decisão com caráter legislativo.

Para o autor, *Griswold* não justifica *Roe*. Dworkin entende que o aborto é um desperdício de vida humana. Ele diz que o aborto não é o mesmo que matar uma pessoa nascida. Ele também diz que o óvulo não fecundado não personaliza o valor intrínseco da vida humana da mesma forma que o feto. Assim, o aborto seria um ato contra à vida que se situaria moralmente entre a contracepção e o homicídio. Antes de *Roe*, sequer havia um direito claro à concepção. *Roe* além de estabelecer este direito também estabeleceu o direito ao aborto.

Para o autor, Dworkin pode estar certo que *Griswold* foi aceito pelo povo americano. Mas isso não justifica nem *Griswold* nem *Roe*.

Há, contudo, quem concorde com Dworkin. Ian Shapiro[181] defende que as questões de aborto são tão privadas quanto àquelas decididas em *Griswold*. A Suprema Corte fez muito mais do que apenas declarar inconstitucional uma lei do Texas. O julgamento da Suprema Corte basicamente estabeleceu quais as condições consideradas aceitáveis para que se elaborasse uma lei de aborto. Na prática, Blackmun escreveu ele próprio a lei federal de aborto nos EUA.

Tratando especificamente do que chama de autonomia procriadora, Dworkin[182] entende que em *Roe* a decisão mais difícil não é determinar se os Estados podem tratar o feto como pessoa dotada de direitos constitucionais, pois, para ele, claramente não existiria esse poder. Para Dworkin, as questões fundamentais são duas.

A primeira repousa no debate quanto à existência de um direito constitucional de autonomia procriadora, em que as mulheres poderiam controlar o seu papel na procriação, a não ser que o Estado tivesse uma razão inexorável para restringi-lo. A segunda diz respeito ao motivo de o Estado ter tal razão inexorável. A origem poderia ser o feto considerado como pessoa ou a responsabilidade independente do Estado em proteger a santidade da vida humana, como um valor intrínseco.

A maioria dos críticos a *Roe* afirma que a mulher não teria um direito constitucional à autonomia procriadora, pois o texto constitucional não menciona tal

[181] SHAPIRO, 2008, p. 437-63.
[182] DWORKIN, 2009, p. 207-224.

direito. Para Dworkin, tais considerações não devem prosperar, pois os dispositivos constitucionais que tratam da liberdade e da igualdade são bastante abstratos. O debate para Dworkin só faz sentido se se considerar qual seria a melhor interpretação dos direitos de liberdade e de igualdade.

A segunda questão, que também é interpretativa, vai no sentido de se descobrir se, com base na Constituição, o Estado teria a responsabilidade de proteger valores intrínsecos ou se tal responsabilidade cairia somente quanto a pessoas determinadas.

Dworkin relembra que as conquistas culturais, as espécies animais, os futuros seres humanos não podem ser considerados pessoas determinadas, contudo ninguém questiona que o Estado possa trabalhar, por exemplo, para preservar a arte e a cultura como valores intrínsecos. Qual o motivo, assim, de o Estado não poder impor a proibição do aborto para proteger o valor intrínseco da vida humana?

Reconhece o autor que a decisão individual da mulher em realizar o aborto certamente afeta outras pessoas além dela. Afinal, decisões individuais podem afetar valores compartilhados coletivamente.

Assim, se os Estados não têm poder para proibir o aborto, isso se deve a algo específico sobre o aborto ou sobre a reprodução, mas não porque os Estados não podem proteger valores intrínsecos. A questão dá-se no equilíbrio entre dois pontos convergentes do direito constitucional americano, que são a liberdade pessoal de um lado e a responsabilidade de proteger o espaço moral público, de outro.

A conjugação desses dois objetivos, para Dworkin, representa a relação entre responsabilidade e conformidade.

> Se pretendemos a responsabilidade, no final devemos deixar os cidadãos livres para decidir como lhes parecer melhor, pois é isso que implica a responsabilidade moral. Contudo, se nosso objetivo for a conformidade, exigiremos, ao contrário, que os cidadãos ajam de uma maneira que poderia ser contrária a suas próprias convicções morais; isso os desestimula, em vez de incentivá-los a desenvolver seu próprio senso de quando e por que a vida é sagrada.[183]

Na visão do autor, pensar no feto como pessoa obscurece a discussão do aborto, pois aparentemente teria o Estado o dever sempre de proibir o aborto e, portanto, proteger o feto como pessoa. Se a ideia é proteger o valor intrínseco da vida, então muitas

[183] DWORKIN, 2009, p. 210

vezes o próprio aborto pode ser a melhor forma de protegê-lo.

Assim, a santidade da vida seria um valor extremamente controverso e contestável. Dessa maneira, haveria duas possibilidades. Ou o Estado protege um valor contestável ao incentivar as pessoas a assim aceitá-lo, tornando-as responsáveis por suas decisões. Ou o Estado decide qual a interpretação correta e força que todos aceitem o que seria considerado correto.

Muitos juristas passaram a entender que as decisões posteriores a *Roe*, invalidaram parte do decidido inicialmente pela Suprema Corte. Contudo, analisando-se a questão pela perspectiva do valor intrínseco, vê-se que elas, principalmente *Casey*, decidiram questões que não haviam sendo abordadas em *Roe*. Assim, em *Casey* reafirmou-se a impossibilidade de proibição geral do aborto, mas reconheceu o interesse do Estado em incentivar uma decisão responsável sobre o aborto.

A mulher teria direito ao aborto, mas não necessariamente o direito de isolar-se da sociedade ao tomar essa decisão. Neste sentido, os Estados poderiam entender razoável que uma mulher estivesse consciente de todos os argumentos contrários ao aborto.

Para o autor, a Corte deve ter cuidado para não transformar uma regra que incentiva a responsabilidade como puramente coercitiva. A Suprema Corte entendeu que mesmo que a regra não proíba o aborto, ela deve ser considerada inconstitucional caso imponha um ônus excessivo à mulher que optar pelo procedimento.

Há uma diferença intelectual entre proibir o aborto e impor restrições, ainda que onerosas, à sua realização, que podem ser vistas como regras de incentivo à responsabilidade.

Todo o cerne da questão está na coerção, ou seja, verificar se as restrições impostas pelo Estado representam uma forma de coagir os cidadãos a atuar de acordo com a decisão estatal ou se configuram normas de incentivo de responsabilidade. Por vezes, o Estado age corretamente ao se valer da coerção. Assim, ao coagir as pessoas a pagar impostos para financiar museus (valor intrínseco da cultura), o Estado pode estar correto. Qual a diferença então com o aborto?

O caso do aborto, para Dworkin, seria diferente pois a coerção exercida sobre as mulheres grávidas tem um efeito muito mais grave, já que a criminalização do aborto teria o poder de destruir a vida da mulher. As decisões que envolvem a vida humana (e seu valor intrínseco) relacionam-se com questões fundamentais da personalidade. E essa relação é ainda mais evidente para as pessoas que são religiosas.

Mesmo pessoas não religiosas tem convicções gerais sobre vida e morte,

que afloram nos momentos críticos. Um ateu pode ter convicções tão abrangentes sobre o valor intrínseco da vida humana quanto um religioso. Para Dworkin, a maioria das crenças no valor intrínseco da vida humana tem uma convicção religiosa, principalmente, a veneração a uma divindade que seja desvinculada da ideia de religião.

O autor pensa então em como reconhecer uma crença como religiosa. Poderia ser considerada religiosa a crença que for suficientemente semelhante a uma crença inequivocamente religiosa. Assim, qualquer crença de que o valor intrínseco da vida humana transcende o indivíduo pode ser considerada uma crença religiosa, ainda que exarada por alguém que não acredita em Deus.

Por vezes, a crença no valor intrínseco da vida é vista por religiões como o resultado do amor a uma divindade em todas as vidas humanas. Assim, a crença no valor intrínseco da vida humana pode levar a que algumas pessoas acreditem que todas as vidas humanas devem ser preservadas e, portanto, todo caso de aborto deve ser condenado. Pelo contrário, há quem acredite que o aborto em alguns casos serve exatamente para proteger o valor intrínseco da vida humana. E ambas as posições podem ser consideradas como religiosas.

Essa peculiaridade mostra como o aborto é especial. Em todos os casos em que se pensa nos sentidos do aborto, surge uma formulação do direito abstrato à privacidade, na qual se baseia *Roe*.

> Os norte-americanos têm o direito constitucional de que o governo não infrinja certas liberdades pessoas quando atua de modo a garantir um valor intrínseco. Um estado não pode restringir a liberdade a fim de proteger tal valor quando o efeito sobre um grupo de cidadãos for especialmente grave, quando a comunidade estiver seriamente dividida a respeito do que o respeito por esse valor exige e quando as opiniões das pessoas sobre a natureza desse valor refletirem convicções essencialmente religiosas que são fundamentais para a personalidade moral.[184]

Aceitando-se que o feto não é uma pessoa constitucional, a indagação deve-se dar para descobrir se o Estado pode proibir o aborto para respeitar o valor intrínseco da vida humana. É exatamente neste ponto que faz sentido o direito à privacidade.

Pelo método de decisão do *common law*, as decisões judiciais que aplicaram o princípio geral da privacidade à reprodução, à contracepção e ao aborto foram agrupadas em um princípio mais distante, chamado de autonomia procriadora. Tal princípio

[184] DWORKIN, 2009, p. 220

determina que as decisões procriadoras individuais são fundamentais, já que as questões morais nas quais se articulam são consideradas religiosas.

Neste sentido, a Suprema Corte, ao negar aos Estados o poder específico de criminalizar a contracepção, afirmou o princípio geral da autonomia procriadora.

Considerando a estrutura da Declaração de Direitos dos EUA, Dworkin afirma que um direito tão básico quanto a autonomia reprodutiva encontra guarida não só em um, mas em vários dispositivos constitucionais.

O direito à autonomia procriadora decorreria assim de qualquer interpretação de cláusula do devido processo legal. A Primeira Emenda impede que o governo imponha qualquer religião e garante a todos a liberdade religiosa. A 14ª Emenda incorpora a 1ª e impõe a mesma responsabilidade para os estados. A autonomia procriadora decorre de ambos os dispositivos.

Após a paradigmática decisão de *Roe*, a questão do aborto voltou a ser debatida pela Suprema Corte diversas vezes. A grande questão não repousava mais no direito à vida do feto, uma vez que a admissibilidade do aborto já estava posta. As decisões pós *Roe* debatem questões procedimentais sobre o aborto, cuja solução se relaciona muito mais com a amplitude do direito à autonomia da mulher do que com o direito do feto. O procedimento de realização do aborto por vezes pode ser tão restritivo e coercitivo que tem como resultado constranger as mulheres que pretendam fazer um aborto.

Ainda que a admissibilidade inicial do aborto passe necessariamente pela discussão do direito à vida do feto, a implementação de uma legislação autorizativa do aborto depende muito mais da amplitude que é dada a outros direitos, como a intimidade e a autonomia da mulher.

O aborto como uma expressão da vida privada também já foi afirmado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

No já citado caso *Vo v. France*, a Corte trata claramente o aborto como um aspecto do direito à vida privada da mulher.

A Corte Europeia entendeu que, nos termos do artigo 8, a regulamentação do aborto representaria uma interferência no direito à vida privada da mulher. O caso mais recente antes de *Vo* sobre aborto julgado pela Comissão Europeia, *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, questionou a legislação alemã que criminalizou o aborto após a 12ª semana de gestação, por suposta violação ao artigo 8 da Convenção.

A Comissão reconheceu o interesse de se discutir a vida privada da mulher, mas também determinou que nem toda proibição do aborto configura uma violação à vida

privada. A Comissão analisou as especificidades da legislação alemã e ponderou que havia exceções, permitindo o aborto, em caso de risco de morte ou perigo à saúde da mãe. Daí concluiu-se que a Comissão entendeu que uma proibição genérica do aborto seria uma interferência exagerada no direito à vida privada da mulher.

Desde *Brüggemann*, a Corte e a Comissão passaram a reconhecer o direito ao aborto da mulher com base no artigo 8 da Convenção. A Corte e a Comissão reiteradamente afirmaram o direito da mulher em realizar um aborto quando há risco à vida ou à saúde. A Corte também passou a entender que o direito ao aborto envolvia o direito das mulheres de receber informações.

O reconhecimento do feto como pessoa também poderia representar uma agressão ao direito à igualdade e à não-discriminação da mulher. Ainda que a Corte não tenha expressamente tratado do assunto, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher da ONU forneceu uma análise sobre o impacto da restrição do aborto ao direito à igualdade da mulher. Analisa-se, neste sentido, o efeito do aborto ilegal na saúde física e psicológica da mulher.

A Corte entende, assim, que a perda não intencional de um feto é um dano sofrido pela mulher. Cabe a cada país determinar como a perda do feto será tratada, por exemplo, como um agravante da lesão corporal.

Em 2010, a CEDH tratou novamente da legislação irlandesa, em que três requerentes (dois irlandeses e um lituano) questionavam a aplicação do artigo 8 sobre a proibição do aborto em caso de risco à saúde e ao bem-estar da mulher e também em caso de risco à vida da gestante. As três requerentes saíram da Irlanda e foram para a Inglaterra para a prática de um aborto. A Constituição Irlandesa, em seu artigo 40.3, protege os direitos individuais do cidadão e, para muitos, representa o fundamento para a proibição do aborto, que ocorre também por expressa disposição legal. Em 1983, foi editada a 8ª Emenda à Constituição da Irlanda determinando que o direito do feto é reconhecido com a mesma hierarquia que o direito da mãe.

Após uma consulta pública, foram editadas as 13ª e 14ª Emendas à Constituição, estabelecendo, respectivamente, que a liberdade de viajar não pode ser restringida ainda que para realizar um aborto e que é permitida em território irlandês a propaganda informativa sobre a prática de aborto legal em outros países.

No julgamento, a Corte entende que o conceito de vida privada do art. 8 da Convenção inclui o direito de autonomia e desenvolvimento pessoais, além de envolver matérias de identificação de gênero, orientação sexual, vida sexual, integridade física e

psicológica, assim como a decisão sobre ter ou não um filho. A Corte também já havia decidido que a legislação que regulamenta o aborto diz respeito à vida privada da mulher, ainda que este não seja o único direito envolvido. O direito à vida privada da mulher mistura-se com o desenvolvimento do feto. O direito da mulher deve ser sopesado frente aos demais direitos envolvidos, inclusive os do feto.

Ainda que, para a Corte, o art. 8 da Convenção não preveja um direito ao aborto, no caso analisado, os abortos foram realizados para proteger a saúde e o bem-estar da gestante, consideradas facetas da vida privada e, portanto, protegidas pela Convenção.

Anteriormente, a Corte já havia entendido que não é qualquer regulamentação do aborto que tem o condão de violar a vida privada da mulher. No caso das duas primeiras requerentes, a Corte entendeu que há uma interferência na vida privada. A questão está em determinar se a interferência é desproporcional. A Corte entende que a interferência realizada pela lei é adequada para atingir o objetivo legítimo de proteção do feto. Lembrando que a Corte já havia decidido em *Vo v. França* que não é adequado determinar se o feto é ou não pessoa, cabendo a cada Estado definir o tratamento ao aborto.

Deve a Corte ainda analisar a proporcionalidade da interferência na vida privada da mulher como forma de garantir a vontade do povo irlandês de proteger o feto. A Corte entende que a margem de apreciação do Estado deve ser restrita caso haja um consenso entre os Estados europeus sobre o assunto. A Convenção deveria, assim, ser interpretada de maneira dinâmica. No tema do aborto, parece haver um consenso de que a legislação irlandesa é exageradamente restritiva aos direitos da mulher. O consenso por si só não é suficiente para restringir a margem de apreciação do Estado.

Quando o Estado legisla sobre aborto e, portanto, sobre a proteção à vida do feto acaba regulamentando também o direito à vida privada da mulher, já que esses dois direitos estão intrinsecamente conectados. Considerando a possibilidade de as mulheres viajarem para realizar o aborto legal em outros países, a Corte entende que a legislação irlandesa está dentro da margem de apreciação do Estado. Dessa maneira, ela entende que houve um sopesamento legítimo entre o direito da mulher e do feto.

No caso da terceira requerente (risco à vida), a Corte entende que o Estado falhou em sua obrigação de esclarecer à mulher que ela teria direito a realizar um aborto no próprio país.

Interessante notar neste julgamento que a Corte reafirma o direito à autonomia e à vida sexual como integrantes do direito à vida privada da mulher. Por se tratar de uma corte internacional, alguns fatores impedem que a Corte emita a sua opinião

sobre o aborto em caso de risco à saúde o ao bem-estar da mulher. Por entender que cabe a cada Estado definir o grau de proteção da vida do feto, a Corte entende que o sopesamento feito pela Irlanda estaria abarcada pela margem de apreciação nacional, o que impediria a revisão pela Corte. Isso, contudo, não significa dizer que a Corte entende que não se poderia, em outro Estado, permitir o aborto nos mesmos casos proibidos pela Irlanda. O julgamento determina, apenas, que a regulamentação feita pela Irlanda pode ser aceita, considerando os valores existentes no país.

A questão do aborto e o direito de viajar surgiu não apenas na Irlanda, mas foi também discutido em outros países como os EUA, em que o problema pode surgir internamente, já que os Estados americanos podem tratar diferentemente o procedimento para a realização do aborto.

Brilmayer [185] expõe que as legislações dos Estados podem divergir de maneira substancial em alguns temas fundamentais como o aborto e o direito de morrer. Essa diferença de normatização pode levar a que cidadãos exerçam seu direito de viajar para usufruir de um direito que em seu Estado original não existe. Os Estados podem tentar coibir de diversas maneiras essa atitude, seja punindo seus nacionais por atos praticados fora do país, seja impedindo a divulgação de programas de abortos a serem praticados em outros países entre outros.

Pretende a autora demonstrar que apesar de os Estados poderem responsabilizar seus nacionais por atos praticados fora do território em casos usuais (*the usual case*), quando se fala de aborto e direito a morrer não se está diante de um caso usual.

Os países que escolheram não proibir o aborto não estão demonstrando falta de interesse no assunto. Pelo contrário, tomaram a decisão de garantir dentro de suas fronteiras a liberdade de escolha em fazer um aborto.

Se esta é a política de um Estado pró escolha, então não cabe que um Estado cuja política seja "pró-vida" pretenda expandir tal escolha para além de seu território, já que tal atitude conflitaria diretamente com os Estados que escolheram pela liberdade de se fazer um aborto.

O direito à vida do feto é um estigma que deve ser superado no debate do aborto. Estigma, pois aparentemente o reconhecimento do direito à vida do feto impediria a legalização do aborto. Já foi visto que diversos países que admitem o aborto reconhecem

[185] BRILMAYER, Lea. Interstate Preemption: the right to travel, the right to life, and the right to die. **Michigan Law Review.** Vol. 91, n. 5, marc, 1993, p. 873-6.

igualmente o direito à vida do feto. Neste ponto específico, ganha especial relevância o valor que se dá aos demais direitos envolvidos.

II.3.2- Os procedimentos do aborto e a autonomia

Nos EUA, é bastante paradigmático o caso *Planned Parenthood v. Casey*, que introduziu a ideia de que a legislação sobre aborto não poderia impor um fardo extremamente oneroso às mulheres. *Casey* foi visto, à época, como uma oportunidade para que a Suprema Corte revisse a decisão tomada em *Roe.*

Casey, para alguns autores, não reafirma totalmente *Roe*. Apesar de estar mantida a impossibilidade de proibição total do aborto, o julgamento permitiu algumas restrições que na visão da Corte não colocavam obstáculos substanciais na realização do aborto. Em situações anteriores a *Casey*, os juízes acolheram a espera de 24h da Pensilvânia para todas as mulheres e o consentimento dos pais para o aborto a ser realizado por menor de 18 anos.[186]

Pinto[187] salienta que a Corte decidiu também que a decisão de realizar um aborto é exclusivamente da mulher, seja ela solteira ou casada, sendo inconstitucional inclusive a exigência de notificação do pai exigida pela lei da Pensilvânia. A Corte entende que essa notificação poderia gerar um obstáculo substancial à escolha da mulher.

Pela lei da Pensilvânia, o médico não poderia realizar um aborto sem receber uma declaração assinada pela mulher atestando que notificou o seu marido de que faria um procedimento de aborto ou ainda que seu marido não era o homem que havia concebido o feto, ou que ele não podia ser encontrado, ou que o homem havia forçado a relação sexual ou, por fim, que caso notificasse o marido haveria fundado receio de sofrer violência física.

Evocando os estudos da Associação Médica Americana, a opinião comum constata que nos EUA, no período de um ano, em média 2 milhões de mulheres são vítimas de violência grave por parte de seu parceiro masculino. E junto com a violência física, há também a violência psicológica.

A Corte entende que a exigência de notificação é reminiscência do conceito de casamento da *Common Law*, em que a mulher casada é considerada sem capacidade civil e, portanto, sem existência jurídica independente.

---

[186] KREIMER, Seth F. "But whoever treasures freedom...": the right to travel and extraterritorial abortions. **Michigan Law Review.** Vol. 91, n. 5, marc, 1993.
[187] PINTO, 1993, p. 907-38.

Ademais, a lei da Pensilvânia proíbe que uma mulher menor de 18 anos, não emancipada, interrompa a sua gravidez sem autorização de um dos seus pais ou do seu tutor. Se o consentimento não for dado ou se a mulher se recusar a pedi-lo poderá recorrer aos tribunais. A opinião comum da Corte entende tal disposição constitucional. Reconhece-se assim o interesse do Estado em fazer com que os pais participem da decisão de abortar.

A regulamentação do aborto fica bastante clara, pois considera-se constitucional toda disposição que exige consentimento de um ou de ambos os pais para que uma menor realize o aborto. E a menor que não quiser obter o consentimento dos pais, pode recorrer ao Judiciário, demonstrando ao juiz que tem maturidade suficiente para decidir sobre a realização do aborto, independentemente da opinião dos pais.

A Suprema Corte, em *Roe v. Wade*, divide a gestação em três etapas. No primeiro trimestre, a intervenção do Estado deve ser mínima. No segundo, ela se torna possível, mas sempre mediante controle judicial para garantir a segurança do aborto. Contudo, o Estado não pode exigir que o aborto ocorra num hospital e não em uma clínica, ou depois da aprovação de um segundo médico ou de uma comissão. Ele não pode tampouco proibir um tipo específico de aborto. No curso do terceiro trimestre, o Estado possui um interesse imperioso na manutenção da vida do feto. Ele pode impedir abortos não terapêuticos, mas a saúde e a vida da mãe deve prevalecer sempre sobre a vida do feto.

Em 1989, a Corte alterou sua jurisprudência, deixando de falar em terceiro trimestre e passando a usar como marco a viabilidade do feto.

A opinião comum permite que o Estado, à semelhança da Lei da Pensilvânia, informe à mulher sobre o procedimento de aborto, seus riscos etc. A lei igualmente pode prescrever que a mulher seja avisada de que há uma documentação pública estatal, descrevendo a evolução do feto, as medidas de assistência à disposição da mulher, as entidades facilitadoras da adoção. A mulher deve certificar por escrito que recebeu esta documentação. A Corte assume que esse procedimento pode incentivar a mulher a não realizar o aborto, mas entende que não se trata de um pedido abusivo.

Os juízes Blackmun e Stevens apresentam dissidência da maioria, relembrando todos os precedentes da Corte que proíbem procedimentos que visam a persuadir a mulher de realizar o aborto. Para Stevens, mais grave ainda é a exigência de espera de 24h para a realização do aborto. Essa exigência repousa na concepção arcaica de que a mulher não tem capacidade de tomar decisões graves. Ela presume que a decisão da mulher foi mal pensada. Parte-se do pressuposto que a decisão da mulher é ruim e, por

isso, precisa ser repensada.

Sob este fundamento, a Suprema Corte em 1988 entendeu constitucional um Regulamento Federal que alterou o seu entendimento sobre a lei de planejamento familiar de 1970. Por 18 anos, entendeu-se que clínicas públicas ou privadas poderiam fornecer informações a mulheres que querem praticar um aborto. A partir deste novo Regulamento, as entidades deixaram de receber subvenções financeiras e passaram a ter que empregar uma política favorável à maternidade. Esse regulamento foi revogado somente por Bill Clinton no aniversário de 20 anos de *Roe*.

Para Ian Shapiro[188], a ideia básica de *Roe* foi reafirmada em *Casey*, apenas substituindo a divisão antiquada de trimestres e vinculando a regulamentação do aborto em noções de cargas indevidas.

Para o autor, como a Suprema Corte não enxergou motivo jurídico para reformar a decisão em *Roe* (invocou o *stare decisis*), acabou sustentando que a mulher tem um direito constitucionalmente protegido ao aborto até o momento da viabilidade do feto e, depois desse momento, os Estados têm o poder para restringir o aborto sempre mantendo as exceções legais para os casos em que a gravidez tragam perigo à vida ou à saúde da mãe.

A segunda conclusão adotada em *Casey* é que o interesse do Estado em proteger o feto após a viabilidade deve estar subordinado ao direito da mulher de abortar. Assim, havendo risco para a saúde ou vida da mulher após a viabilidade do feto, deve prevalecer o direito da mulher.

Na visão de Shapiro, a decisão de *Casey* rechaça a tomada em *Roe*, porque abandona a divisão em trimestres e porque demonstra que o interesse do Estado no feto começa após a sua viabilidade. O interesse estatal é visto com maior força à medida em que o feto se desenvolve, justificando o aumento gradual da interferência estatal. Antes do momento da viabilidade do feto, o teste do ônus indevido da Suprema Corte exclui normas sanitárias (des)necessárias que tenham o propósito ou o efeito de apresentar um obstáculo substancial à vontade da mulher de praticar um aborto. Isso não significa dizer que o Estado não tem o poder de tentar influenciar a decisão de abortar de uma mulher no início da gravidez. O que está em jogo é o poder da mulher de tomar a última decisão. O importante é que as regulamentações feitas ao procedimento de aborto não imponham uma carga indevida sobre as mulheres.

[188] SHAPIRO, 2008, p.437-63.

Para Dworkin[189], a sentença de *Casey* é importante pois demonstra que a questão central do aborto é a liberdade. Para qualquer país democrático, e não só para os EUA, é fundamental saber em que medida um governo pode impor de maneira legítima a seus cidadãos juízos coletivos sobre questões espirituais.

A definição de ônus indevido é um conceito tão abstrato quanto o de devido processo legal. Para o autor, já que a autonomia procriadora é um direito fundamental da mulher, deve ser considerada uma restrição indevida sempre que se tornar praticamente impossível o exercício de tal direito para algumas mulheres, como era o caso de exigência de autorização do cônjuge imposta pela Lei da Pensilvânia.

Mesmo que a restrição não torne o direito impossível para a mulher, mas torne o procedimento extremamente caro ou difícil, há um ônus indevido se se considerar que as restrições foram pensadas para impedir que a mulher faça um aborto.

Os juízes que decidem se a restrição ao aborto tem uma conotação coercitiva devem considerar três pontos:

> [...] até que ponto se pode esperar, razoavelmente, que a restrição torne a deliberação de uma mulher sobre o aborto mais reflexiva e responsável; o risco de que venha impedir algumas mulheres de abortar quando já tiverem se decidido responsavelmente a fazê-lo, e a possibilidade de que a melhora esperada na responsabilidade das decisões sobre o aborto possa ser obtida de modo diferente e com menos consequências coercitivas.[190]

Assim, para Dworkin, a decisão de *Casey* que considerou constitucional a lei da Pensilvânia na parte que impunha o período de reflexão é passível de questionamento. Para ele, o período de espera é desejável em algumas decisões, como a de comprar uma arma ou a de realizar um suicídio assistido. Contudo, a mulher que decide realizar um aborto certamente já refletiu bastante sobre o procedimento. Para o autor, existiriam outros meios muito mais efetivos para incentivar uma mulher a refletir responsavelmente sobre o aborto, como dar incentivos financeiros a mulheres sem recursos.

Muitas vezes o período de espera pode significar uma oportunidade para que a mulher seja dissuadida de realizar o aborto. As mulheres que moram longe de clínicas de aborto podem ser obrigadas a fazer duas viagens, por vezes caras, para a clínica, terão que enfrentar mais de uma vez os protestos dos movimentos pró-vida etc.

---

[189] DWORKIN, 2009, p. 240-6
[190] DWORKIN, *Op. cit.*, p. 242-3.

Todas essas questões podem ser decisivas para fazer a mulher mudar de opinião.

Dworkin discute a questão do financiamento estatal do aborto. A Suprema Corte entendeu que é válida a decisão dos Estados de escolher se o aborto será financiado ou não, já que caberia ao Estado definir como os seus recursos serão alocados. O autor entende que ao definir que o aborto não será financiado, o Estado assume uma posição sobre a santidade da vida que é religiosa. E assim acaba impondo uma posição religiosa à coletividade, o que feriria a 1ª Emenda.

Proibir o financiamento do aborto acaba fazendo com que muitas mulheres que fariam o aborto não o façam por não terem recursos suficientes. Assim, essa decisão acaba tendo um caráter coercitivo que induz as mulheres grávidas a atividades alternativas.

As decisões mais paradigmáticas sobre aborto nos EUA são *Roe* e *Casey*. Contudo, vale notar ainda outras decisões tomadas pela Suprema Corte (antes de *Casey*) que revelam o debate sobre o direito à autonomia da mulher.

No caso *Planeed Parenthood vs. Fitzpatrick*, a Suprema Corte reconheceu o direito de jovens mulheres abortarem sem o consentimento dos seus pais.[191] Tal reconhecimento segue a linha de *Casey*, em que se reconhece o aborto como um direito exclusivo da mulher, não havendo necessidade de autorização de qualquer pessoa estranha, sejam os pais da mulher seja o marido da gestante.

A desnecessidade de autorização é um ponto importante para o debate de direitos reprodutivos, como será analisado mais adiante. Sendo os direitos reprodutivos uma decorrência do direito à intimidade e, portanto, um direito individual, parece incompatível que o seu pleno exercício dependa de autorização de terceira pessoa.

Em *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, a Corte Suprema negou aos Estados a possibilidade de facultar aos maridos poder de veto sobre a decisão de suas esposas de abortar e também sustentou aos pais de filhas menores a possibilidade de vetar a realização de um aborto.

Em *Doe vs. Bolton*, também de 1973, a Suprema Corte deixou sem efeito as restrições que pesavam sobre os lugares que podiam ser utilizados para praticar aborto, dando lugar às modernas clínicas de aborto.

Em *Colautti vs. Franklin*, a Corte declarou sua intenção de conceder aos médicos ampla discricionariedade para determinar quando um feto pode viver fora do útero materno. Os juízes decidiram que ainda que o Estado determine a proteção de um

[191] ANSELMINO, 2008. p.268-76.

feto viável, quem deve entender quando ocorre a viabilidade são os médicos.

Em 1983, a Corte Suprema estabeleceu limites adicionais ao tipo de regulação que os Estados podem fazer em relação ao aborto. Em um trio de decisões, *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health, Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft* e *Simopoulos vs. Virginia*, a maioria da Suprema Corte negou aos Estados e às comunidades locais a faculdade de exigir que as mulheres com mais de três meses de gravidez abortem em um hospital e deixou sem efeito diversas disposições, entre elas, a que estabelecia uma espera de 24h para a tomada de decisão.

Em 1977, a Suprema Corte definiu em *Maher vs. Roe* que os Estados não teriam obrigação constitucional de financiar abortos não terapêuticos. Em *Harris vs. Mc Era*, decidiu-se que, mesmo quando se trate de abortos terapêuticos, se a mulher fizer o aborto para o seu bem-estar, o Estado não tem obrigação de realizar o procedimento.

Em *Belloti vs. Baird*, a Suprema Corte entende que os Estados podem exigir que uma grávida menor de idade e solteira obtenha o consentimento dos pais para o aborto sempre e quando o Estado estabeleça um procedimento alternativo à obtenção de tal consentimento, tal como a possibilidade de a menor obter a autorização de um juiz.[192]

Essa discussão sobre procedimentos de aborto é frequente em diversos outros países que permitem o aborto. Outro tipo de restrição existente nos países é sobre o procedimento em si do aborto. Muitas legislações costumam restringir o local em que o aborto é realizado (hospital, clínica ou simplesmente um local especializado). O objetivo desse tipo de restrição seria garantir que o aborto ocorresse num ambiente com condições aceitáveis, de modo a garantir a saúde da mulher. [193]

A restrição a locais específicos, em que o aborto pode ser realizado, pode dificultar a realização do procedimento por algumas mulheres que deverão se deslocar por grandes distâncias. Idealmente, o local que as mulheres poderiam realizar o aborto deveria ser de fácil acesso, não burocrático, acessível financeiramente e sem risco para a mulher.

Recentemente, a Suprema Corte dos EUA entendeu inconstitucional uma lei do Texas que determinou que clínicas de aborto deveriam ser aparelhadas da mesma maneira que centros cirúrgicos de hospitais. O texto legal ainda exigia que quem realizasse o procedimento deveria ser membro de uma equipe de um hospital, onde teriam prioridade na internação de pacientes.[194]

---

[192] SHAPIRO, 2008, p. 442-4.
[193] KNOPPERS, 1990, p. 904-914
[194] TREVISAN, Claudia. Suprema Corte derruba lei que fechou clínicas de aborto no Texas. **O Estado de**

A Corte utilizou a expressão adotada em *Casey* de que os procedimentos impostos pela legislação imporiam um ônus excessivo para a mulher e de que as exigências legais não eram necessárias para garantir boas condições para a realização do aborto. O único efeito de tais restrições seria afastar as mulheres do serviço prestado.

Knoppers[195] relembra que uma importante exigência das leis é a necessidade de qualificação médica para praticar o aborto. Certos países não contêm qualquer exigência quanto a isso, enquanto outros exigem que o aborto seja realizado por médico ou por pessoa com qualificações específicas. A França e a Bélgica exigem que o aborto terapêutico seja atestado por médico. Não havendo a decisão médica, o aborto é considerado contravenção legal.

Algumas legislações ainda colocam outras questões procedimentais, tais como: a) consentimento da mulher; b) autorização do marido; c) consulta com profissionais de saúde; d) período de reflexão da mulher; e) documentação.

Poucos são os países que exigem o consentimento por escrito da mulher para a realização do aborto. Bélgica e Luxemburgo exigem o consentimento explícito da mulher. No caso de a mulher ser menor de idade, exige-se o consentimento do seu representante legal. Na França, a legislação fala que a autorização deve ser obtida sempre que possível. O Conselho de Estado francês entendeu que se trata de uma faculdade da mulher que pode ou não obter o consentimento.

Na França, durante o período aberto, o médico que vai realizar o aborto pode autorizá-lo. Fora desse período, há a necessidade da concordância de outro médico. Na França, Bélgica e Luxemburgo, há uma exigência de que a mulher reflita por uma semana sobre a realização do aborto. Essa espera somente pode ser retirada na França, caso haja o risco da superação das 10 semanas. Depois, do período livre, não há necessidade de tal espera, pois os casos em que o aborto pode ser realizado são mais restritos. França, Bélgica e Luxemburgo entendem que para evitar traumas emocionais devem ser mostradas para as mulheres quais as possibilidades caso ela decida não realizar um aborto.

A discussão sobre o reconhecimento de direitos reprodutivos aparece de maneira bastante interessante na Espanha, em que a regulamentação legal preocupa-se em enxergar o aborto como uma questão a ser resolvida de modo a compatibilizar os direitos da mulher e do feto. E essa visão relacional passa necessariamente pelo reconhecimento

---

São Paulo. São Paulo, 28/06/2016, p. A11.

[195] KNOPPERS, 1990, p. 904-914

dos direitos reprodutivos.

Rodriguez Ruiz[196] relembra que a lei orgânica de saúde sexual e reprodutiva e da interrupção voluntária da gravidez introduziu uma mudança radical da concepção de aborto dentro do ordenamento jurídico. Com ela, a Espanha passou de um sistema de indicações a um sistema de prazos. O objetivo dessa mudança legislativa é desenvolver uma nova estratégia ante o incessante incremento do número de abortos, consistente em encará-lo por uma perspectiva principalmente preventiva no lugar de punitiva, seguindo na linha do caminho já trilhado pelo Tribunal Alemão. No lugar de retirar o direito penal, a nova regulação do aborto reduz seu âmbito de atuação, convertendo-o na exceção, na *ultima ratio*, ao mesmo tempo em que suaviza as penas previstas para os casos em que o aborto permanece sendo punido.

A mulher gestante deixa de ser sujeito passivo da regulamentação do aborto e começa a assumir o papel de sujeito ativo na continuidade da sua gravidez. Começa-se a assumir como ponto de partida, para a regulamentação do aborto, a autonomia das mulheres. Essa alteração não significa o abandono dos direitos do feto, mas sim apenas uma mudança de forma de proteção. A nova regulação do aborto conecta a proteção do feto ao respeito da autonomia da mulher gestante.

A estratégia da lei se desenvolve em duas frentes. Primeiramente, pretende evitar gravidez não desejada, mediante o desenvolvimento de uma política de formação, informação e educação sexual. Ante a consumação de uma gravidez não desejada, ou não planejada, a estratégia da lei para prevenir abortos consiste em informar a mulher gestante das possibilidades que o Estado Social põe à sua disposição se desejar seguir adiante com a gravidez, respeitando sempre a sua autonomia para decidir durante as primeiras 14 semanas de gravidez.

A partir da 14ª semana, a autonomia da mulher gestante cede ante a obrigação do Estado de proteger a vida não nascida e o aborto volta a ser punível, salvo durante as primeiras 22 semanas de gravidez, em hipóteses de risco para a vida ou para a saúde da mulher ou de graves anomalias do feto, assim como em qualquer momento da gestação, quando se detectem no feto anomalias incompatíveis com a vida, tudo isso com base em pareceres emitidos por dois motivos especialistas, distintos daquele que irá fazer a intervenção.

---

[196] RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. Cuestión de derecho? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. **Teoria y Realidad Constitucional**. Madrid. n.25. p.603-19. jan./jun. 2010, p. 604-17

O Conselho de Estado apresenta um papel importante na questão preventiva, ao recomendar a inserção no currículo escolar a educação sexual. Pontua o Conselho que a educação para ser adequada, na linha do que decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deve respeitar a saúde e o equilíbrio das crianças e adolescentes e deve partir de termos objetivos e científicos que excluam toda a tendência de doutrinação, exaltação do sexo ou a iniciação precoce.

Se a educação sexual é o centro das políticas preventivas de gravidez não desejada, o centro das políticas preventivas do aborto ante a consumação de uma gravidez não desejada está a obrigação de informar à mulher gestante sobre prestações e ajudas disponíveis, e sobre os direitos à sua disposição tanto em continuar com a gravidez quanto em interrompê-la. A informação se transforma no instrumento principal através do qual os poderes públicos canalizam a sua obrigação de tutelar a vida do feto, tirando o lugar das políticas repressivas do Código Penal.

Para a autora, renunciar ao direito penal a favor de políticas preventivas implica contemplar a problemática do aborto por uma perspectiva radicalmente distinta. Implica, em concreto, não pensar o aborto por uma perspectiva de um conflito de direitos entre a mulher gestante e o feto, entre a obrigação constitucional do Estado de respeitar a autonomia, a integridade física, a intimidade da primeira e sua obrigação também constitucional de proteger a vida do feto, ainda que neste caso não exista titular algum do direito à vida e que ele tenha que ser protegido às custas da única pessoa capaz de proporcioná-la, a mulher gestante.

Como afirmava a Exposição de Motivos do Anteprojeto, a nova regulação aposta em canalizar a proteção da vida pré-natal através da vontade da mulher, e não contra ela, política que o Conselho de Estado subscreve e assume como válida. Segundo o Conselho, a tutela do feto não pode pretender-se contra a mãe, mas sim com a mãe. Pelo menos, é isso o que ocorre nas primeiras 14 semanas de gestação. Durante este período, que o Conselho de Estado propôs reduzir para 12, o feto carece de vida independente da mãe.

O Conselho de Estado se move entre duas águas, entre as reticências em abandonar a retórica do conflito de direitos, de pouca utilidade no contexto de uma política preventiva, e da inclinação em assumir a retórica de conciliação de interesses que leva ao regime de prazos prevista na nova regulamentação. Essa questão leva ao Conselho de Estado rechaçar que o aborto, quando lícito, seja também um direito. Entende que o aborto está apenas no campo da manifestação de uma liberdade não proibida por lei. Essa

distinção não é meramente aparente, pois quando se reconhece um direito, os poderes públicos não podem se limitar a tolerar uma determinada conduta, sem impedi-la ou interferir no seu desenvolvimento. Os titulares de direitos (fundamentais ou não) sempre são donos de uma pretensão contra o poder público.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional certamente não há um direito fundamental ao aborto. Mas também, segundo a autora, a nova regulamentação não se limita a tolerar o aborto, mas concede o aborto lícito como um direito de ranço legal. Negar a existência de um direito legal ao aborto equivale a negar que as mulheres gestantes que desejam abortar não possam pedir ao Estado que forneça as prestações médicas devidas.

A reticência do Conselho de Estado em abandonar a concepção conflitual dos direitos fica clara na sua análise do processo de informação da mulher gestante antes de ser dado o consentimento para a interrupção da gravidez. O legislador, ao permitir o aborto nas primeiras 14 semanas de gestação, escolheu que a autonomia da mulher e a vida do feto não são antagônicas neste período. O processo informativo deve ao mesmo tempo respeitar o direito à vida do feto e a autonomia da mulher, considerando a possibilidade de que a mulher poderá decidir autonomamente pela interrupção da gestação. A grande questão repousa em saber até que ponto pode o Estado tentar influenciar na decisão da mulher. O processo deve ser necessariamente informativo. O Estado não pode aconselhar a mulher, nem demonstrar opinião sobre a manutenção ou não da gravidez.

O Conselho de Estado apresenta uma solução que parece ser distinta daquela pensada pelo Anteprojeto de Lei. O Anteprojeto previa uma maior proteção à autonomia da mulher, estabelecendo que o processo deveria dar informações neutras, claras e compreensíveis. Já o Conselho de Estado apostou em proteger mais intensamente o direito à vida do feto. Sem questionar que cabe às mulheres a decisão de prosseguir ou não com a gravidez, os poderes públicos deveriam estar comprometidos com a tutela da vida do feto, podendo inclusive influir na tomada de decisão.

Seguindo o modelo alemão, o Conselho de Estado entende que a informação deve ser proporcionada verbalmente, de maneira personalizada (nos termos da Lei 41/2002 – lei de autonomia do paciente).

A princípio, a autonomia da mulher não deve ser comprometida pelo requisito de que a informação deve ser transmitida de maneira verbal. Se o conteúdo da informação for o mesmo, a forma de manifestação deve ser indiferente. Contudo, é certo que o contato verbal pode expor a mulher gestante ao poder implícito de quem se encontra

em situação de autoridade em relação a ela. E isso ocorre especialmente quando a comunicação verbal se coloca a serviço da obrigação de modular a informação às circunstâncias pessoais da mulher que recebe a informação.

O próprio Conselho de Estado admite que personalizar a informação pode atentar contra a intimidade da mulher gestante, pois pode considerar a mulher como uma pessoa incapaz de tomar as próprias decisões. Para Ruiz, as possibilidades de paternalismo são maiores quanto menos responsável, menos autônoma e mais vulnerável pareça a mulher gestante no imaginário popular e no das equipes de saúde. O grande risco está nos momentos em que a informação, em vez de ser transmitida de maneira neutra, acaba sendo feita de maneira ideológica orientada a proteger a maternidade.

O Conselho de Estado vai além da legislação de autonomia do paciente e determina que o processo informativo seja destinado a proteger a maternidade e não a fomentar a interrupção voluntária da gravidez. Seguindo esta proposta, o texto da lei abandonou o termo neutralidade, apesar de não ter incorporado a exigência de incentivar a maternidade e rechaçar o aborto.

A solução assumida na nova regulação do aborto convida a, em definitivo, a tentar harmonizar a vida do feto e o respeito à autonomia da mulher gestante como obrigações compatíveis, canalizando a primeira através da segunda. Para que isso seja possível, é preciso operar uma profunda mudança de perspectiva sobre o aborto, assumindo assim uma dimensão social. A obrigação do Estado em tutelar a vida gera a responsabilidade de criar prestações e serviços que facilitem o desenvolvimento de uma nova vida e de informar devidamente a mulher sobre eles, no lugar de jogar sobre a mulher o custo social de uma nova maternidade. É responsabilidade do Estado criar condições para que o aborto não se transforme numa válvula de escape para desigualdades sociais e de gênero.

A análise da legislação sobre o aborto deverá necessariamente considerar a questão da autonomia reprodutiva da mulher. Não se pode fazer uma análise sobre uma revisão da legislação do aborto, sem ao menos considerar os direitos reprodutivos e a sua influência da questão.

Tratando-se ainda do procedimento de aborto e a autonomia da mulher, ganha relevância uma discussão sobre a possibilidade de realização do aborto pelo método de nascimento parcial, que consiste em induzir o nascimento do feto que é viável e quando está no canal do parto destruir ou cortar a cabeça do feto. Em abril de 2007, a Suprema

Corte ratificou lei de 2003 aprovada pelo Congresso Nacional que proibia tal prática.[197]

O debate sobre a constitucionalidade do aborto por nascimento parcial ocorreu em grande intensidade em Missouri. Depois de várias tentativas em aprovar uma lei sobre aborto por nascimento parcial, o Estado conseguiu aprovar a Lei de Proteção da Criança em 1999, derrubando o veto do Governador.

A lei do Missouri criou o crime de infanticídio sem fazer referência ao aborto e previa a pena de 10 anos até prisão perpétua para a mulher e para o médico. Apesar de conter uma exceção para salvar a vida da mãe, não havia qualquer exceção prevista quanto à saúde da mulher. Aqueles que advogam pró-escolha entendem que a lei criminaliza todos os tipos de aborto e não apenas aqueles realizados por nascimento parcial. A lei, contudo, não se aplica às pessoas que realizem um aborto legal e a morte do feto ocorra antes do nascimento parcial.

Segundo a Associação Médica Americana (*American Medical Association – AMA)*, o termo aborto por nascimento parcial não é um termo médico. Grande parte da controvérsia sobre esse procedimento é a sua descrição. A AMA, porém, recomenda que nenhum aborto seja realizado após o terceiro trimestre, a não ser em caso de anomalias fetais graves incompatíveis com a vida.

A primeira definição de viabilidade trazida em *Roe v. Wade* remete à possibilidade de sobrevivência do feto fora do útero materno, cabendo ao médico determinar em que casos o feto tem viabilidade. Presume-se que a existência de viabilidade após a 27ª semana, bem como a sua inexistência antes da 20ª semana.

Grande parte das legislações banindo o aborto por nascimento parcial foi considerada inconstitucional por juízes federais. Os argumentos utilizados para a inconstitucionalidade relacionam-se com o emprego de expressões vagas, bem como a ausência de exceções sobre saúde.

A legislação de Ohio sobre nascimento parcial foi a primeira a ser contestada em uma Corte Federal e foi considerada inconstitucional por cada um dos pontos acima indicados. A lei de Ohio criou penas civis e criminais para médicos que realizassem um aborto por nascimento parcial e para qualquer aborto realizado em um feto viável, a não ser que necessário para salvar a vida da mãe. Um dos argumentos da Corte para considerar a lei inconstitucional foi a não exclusão de um tipo de procedimento da proibição legal, que utiliza um mecanismo de sucção (similar ao do nascimento parcial).

[197] ANSELMINO, 2008, p. 269

Como os médicos não sabiam que tipo de procedimento eles poderiam realizar, a lei foi considerada inconstitucional.

As Cortes consideraram inconstitucionais as leis por entender que elas impunham um fardo excessivo às mulheres. Ademais, algumas leis foram consideradas inconstitucionais ante a ausência de exceções quanto à vida e à saúde da mulher. A grande discussão está no fato de que as cortes inferiores não estarem de acordo a que período da gravidez se refere o padrão estabelecido em *Casey* quanto à imposição de ônus indevidos. Algumas Cortes entendem que o padrão se refere ao período anterior à viabilidade, enquanto que outras entendem que se aplica também ao período em que já há viabilidade do feto.

O Oitavo Circuito, em *Carhart v. Stenberg*, entendeu uma lei de Nebrasca inconstitucional de acordo com os padrões de *Casey*. Pela lei de Nebraska, estaria proibido um tipo de aborto que envolve um procedimento similar ao do nascimento parcial em fetos pré-viabilidade, sem considerar outros fatores.[198]

A Lei de Nebraska proibia o nascimento parcial, tornando crime a realização do aborto por tal procedimento, salvo se fosse a única forma de salvar a vida da mãe. A Suprema Corte considerou a lei inconstitucional.

Em 1994, os republicanos passaram a controlar ambas as casas do Congresso, o que levou a uma nova discussão sobre a política nacional sobre o aborto. A Casa Branca e o Senado haviam sancionado proibições ao aborto por nascimento parcial em 1996 e 1997, mas ambas foram vetadas por Clinton. Quando Bush assumiu o cargo em 2001, alinharam-se as forças de poder para promulgar uma proibição em âmbito nacional em 2003.

A lei de proibição do aborto por nascimento parcial foi revogada pelos tribunais dos distritos da Califórnia e da Nebraska. A Suprema Corte, contudo, em nova decisão acabou admitindo a constitucionalidade da lei de proibição do aborto por nascimento parcial.[199]

Exceções sobre a saúde da mãe sempre foram outro ponto importante de discussão, principalmente sob dois aspectos: a) se esse tipo de exceção deveria ser incluído nas proibições do aborto através do nascimento parcial de maneira limitada à viabilidade do feto; b) se o termo saúde envolveria também a saúde mental além da física.

A vasta maioria das Cortes federais entende que a lei deveria ser

[198] ELLIOTT, 2000, p. 1084-1100.
[199] SHAPIRO, 2008, p.449-52

considerada inconstitucional ante a falta de exceções de saúde ainda que houvesse a previsão de exceções de vida. Assim, a regulação do aborto deve proteger a vida e a saúde da mulher durante toda a gestação.[200]

II.3.3- Direitos reprodutivos e sexuais

Outra questão que aparece e há de ser enfrentada é o direito da mulher à autodeterminação, o que engloba a discussão dos direitos reprodutivos.

Sieckmann[201] afirma que o conceito de autonomia é fundamental para a filosofia prática moderna, para a filosofia jurídica e também para o Direito, proporcionando o fundamento normativo para o Estado constitucional através dos conceitos de autonomia política, individual ou pessoal e de dignidade humana.

Uma das importantes decorrências da autonomia é a diversidade, já que, pelo conceito de autonomia, as normas não são determinadas por padrões fixos. Pelo contrário, dependem de juízos normativos dos indivíduos e das comunidades morais e jurídicas. Ademais, a autonomia é a única ideia que pode criar unidade nas diversas concepções normativas do Direito.

O significado literal de autonomia é autolegislação, o que implica dizer que a validade de uma norma depende de que os seus destinatários a considerem válida. O primeiro problema do conceito de autonomia é a sua ambiguidade de significados.

O autor entende necessário distinguir alguns conceitos que circundam a ideia de autonomia. O primeiro seria o de autodeterminação que consistiria na possibilidade de guiar a sua própria conduta de acordo com os objetivos, normas ou máximas que cada um elege. Ela não se confunde com autolegislação.

A capacidade e o direito de efetuar os próprios juízos morais tampouco equivale à autolegislação. Por fim, surge o problema do livre arbítrio, que suscita questões como a de que se as decisões ou juízos morais estão determinados por fatores causais e empíricos ou devem ser compreendidos em termos distintos da causalidade empírica. Também a ideia de livre arbítrio não se confunde com autolegislação.

A ideia moderna de autonomia individual deve ser atribuída a Kant. Nas suas formulações, Kant caracteriza a autonomia como autolegislação, mas sustenta a

---

[200] ELLIOTT, 2008, p. 1101-2.

[201] SIECKMANN, Jan R. El concepto de autonomía. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Alicante. n.31. p.465-83. 2008, p. 466-475.

existência de um imperativo categórico, que seria uma lei moral que não depende da autolegislação, pois se considera necessária e universal.

Para o autor, autonomia significa estabelecer a validade definitiva de uma norma mediante o juízo normativo do mesmo. Tais juízos normativos pretenderiam estabelecer uma norma que deveria ser aplicada e observada para todos os seus destinatários.

Assim, um agente tem autonomia se está em posição de tomar uma decisão normativa que não esteja determinada quanto ao seu resultado, mas apenas vinculada por argumentos normativos. Por conseguinte, a autonomia, como estrutura decisória específica, caracteriza-se em termos de balanço ou de ponderação entre argumentos normativos.

Ainda afirma o autor que existe autonomia se alguém está em posição de tomar uma decisão normativa que não está determinada quanto a seu resultado.

A autonomia, como capacidade, requer que um agente seja capaz de ponderar de tomar decisões autônomas, isto é, que seja consciente de que deve estabelecer prioridades entre pretensões ou argumentos normativos contrapostos, e que seja capaz de ponderar concretamente estes interesses. Para o autor, esta capacidade é diferente do conceito de autonomia que ele acabou de apresentar.

Ainda tratando de autonomia, há quem entenda que:

> No juramento de Hipócrates não consta o princípio da autonomia e nem mesmo a Declaração de Genebra. Este princípio só aparece nos códigos deontológicos mais atuais. No entanto, está presente no pensamento filosófico de Kant quando entende que cada indivíduo possui a capacidade de governar-se por uma norma originária de si mesmo, sem que haja obrigatoriedade vinda do exterior. Esta norma será tanto mais verdadeira e legítima quando puder ser transformada em norma universal, válida para todos os homens em todos os lugares. Da mesma forma John Stuart Mill desenvolve a ideia da autonomia como ausência de coação enquanto o homem age ou pensa. Os dois autores, um racionalista e outro empirista concordam com a mesma ideia de autonomia como a capacidade de autodeterminação do indivíduo.[202]

Para o debate em questão, o conceito de autonomia ganha relevância quando aplicado ao domínio do próprio corpo e a questões de direitos reprodutivos. Importa estudar aqui qual a amplitude que se dá à autonomia da mulher para decidir sobre a interrupção de uma gravidez. Já foi visto que a autonomia reprodutiva foi reconhecida em diversos países como um desdobramento do direito à intimidade e à vida provada. A

[202] MALFATTI, 2006, p. 475.

partir daí, começa-se a delinear uma classe nova de direitos, que passam a ser denominados de direitos sexuais e reprodutivos.

O direito à autonomia procriadora teria importância para Dworkin[203] não apenas na Constituição, mas também na cultura política ocidental. E a característica mais importante nessa cultura é a crença na dignidade da pessoa humana, no sentido de que as pessoas têm direito e responsabilidade moral de decidir sobre o significado e o valor da própria vida. Tal pressuposto foi o grande mote da emancipação e da igualdade racial. O princípio da autonomia procriadora deveria ser reconhecido em qualquer cultura verdadeiramente democrática.

Daniel Sarmento[204] aponta que a ideia da existência de uma autonomia reprodutiva começa a surgir com a mudança de paradigma sobre o papel da mulher na sociedade, o que ocorre com o reconhecimento da igualdade de gênero e com a superação da ideia de que a sexualidade feminina teria como finalidade única a questão reprodutiva.

Prossegue o autor apontando que o contexto em que foi editada a legislação sobre o aborto guarda profundas diferenças com o cenário atual. Ao se pensar a interrupção voluntária da gravidez deve-se necessariamente considerar a autonomia reprodutiva da mulher. Assim como todo direito, a autonomia reprodutiva não deve entendida como absoluta, mas tampouco deve ser olvidada na discussão sobre o aborto.

Sarmento entende, nesse sentido, que a revisão da legislação do aborto, considerando os direitos da mulher, não é uma opção do legislador, mas sim um imperativo constitucional. Deve necessariamente o legislador considerar todos os direitos envolvidos inclusive o das mulheres. Ainda que os direitos das mulheres não prevaleçam, eles devem ser considerados pelo legislador, que deve ponderar todos os princípios envolvidos.

O direito à autonomia reprodutiva depende forçosamente do reconhecimento da liberdade do indivíduo em dispor do seu próprio corpo, que comporta limites relacionados à existência do grupo social.[205]

Essa tendência em reconhecer os direitos da mulher mostra-se presente principalmente em âmbito internacional, através de diversas Convenções sobre direito reprodutivo.

A ideia de igualdade e autonomia já havia aparecido na Declaração

---

[203] DWORKIN, 2009, p. 233
[204] SARMENTO, 2006, p. 96-7
[205] COLLIARD, 1989, p. 362-3.

Universal de Direitos Humanos em 1948. Contudo, uma das primeiras manifestações internacionais sobre direitos reprodutivos é a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, promovida pela ONU em 1968, que passou a reconhecer que os pais teriam um direito humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos, bem como o intervalo de seus nascimentos. Neste sentido, os direitos reprodutivos começam a ser reconhecidos como direitos civis e políticos, incluídos na primeira geração de direitos humanos.[206]

A partir de 1975, é dado início a um período que muitos chamam de Década Internacional da Mulher, em que a pressão dos movimentos feministas foi responsável por trazer à agenda política questões que antes eram consideradas meramente pessoais ou privadas.[207]

O surgimento dos direitos reprodutivos pode ser atribuído historicamente à preocupação com o controle populacional. No início dos anos 60, os países ricos se arvoravam responsáveis pelas políticas populacionais e defendiam um controle de natalidade rígido nos países do chamado Terceiro Mundo. À época, entendia-se que a causa da miséria, da escassez de recursos e de outras mazelas seria a superpopulação.

Com o passar do tempo, as políticas de controle de natalidade começaram a dar espaço para as reivindicações populares de reconhecimento de direitos reprodutivos. Surge, assim, uma oposição forte às políticas interventivas de controle de natalidade impostas pelo Estado e pregada pelos países ricos.

As tais políticas de controle de natalidade englobavam concepções malthusianas e neo-malthusianas, como campanhas de esterilização em massa, distribuição de contraceptivos pouco testados e, até, o oferecimento de recompensas para aqueles que se submetessem à esterilização.

Neste contexto, os movimentos feministas começaram a introduzir a discussão dos direitos sexuais e reprodutivos, com a necessidade de debate de conquistas concretas, como o aperfeiçoamento da legislação em relação à mulher, a melhoria da condição feminina com políticas de saúde reprodutiva, proteção à maternidade, contracepção, esterilização, doenças sexualmente transmissíveis, aborto e reproduções artificiais.[208]

---

[206] DORA, Denise Dourado. **No fio da navalha**. in DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (org.). **Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos.** Porto Alegre: Themis, 1998, p. 39.

[207] ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. **Revista Brasileira de Ciencias Criminais.** Sao Paulo. v.6. n.22. p.199-230. abr./jun. 1998, p. 202

[208] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos

Ainda que não intencionalmente, a política de redução populacional na década de 60, conhecida como neo-malthusianismo, serviu como estímulo para o desenvolvimento de métodos contraceptivos que hoje são bastante difundidos como o DIU e as pílulas anticoncepcionais. É importante atentar que a preocupação era tão-somente com o controle populacional e não com as mulheres. A construção dos direitos reprodutivos aconteceu, assim, por dois motivos, pelo populacional e pelo feminista. [209]

Flávia Piovesan[210] lista diversas Convenções Internacionais que trataram do tema. A primeira delas é a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher aprovada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984. Tal texto tem dois objetivos principais, o de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. O princípio da igualdade é tratado pela Convenção tanto como um objetivo quanto como uma obrigação vinculante.

Todo Estado que ratifica a Convenção assume, portanto, a obrigação de praticar ações com o intuito de eliminar a discriminação entre os gêneros. Ademais, a Convenção trata especificamente dos direitos reprodutivos das mulheres, que devem estar sob o controle das mulheres. Deve o Estado assegurar que as decisões tomadas pelas mulheres não sejam feitas sob coerção e nem lhe sejam prejudiciais.

Piovesan relembra, inclusive, que o texto da Convenção prevê a possibilidade de adoção de ações afirmativas pelo Estado para os objetivos da Convenção sejam alcançados.

Esta Convenção, mostra a autora, foi o texto internacional que mais sofreu reservas dentre as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, já que 23 dos 100 Estados-partes fizeram 88 reservas substanciais.

De acordo com a autora, outro documento internacional que merece destaque é a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994, em que 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos, de maneira a entender pela existência de um direito a ter controle sobre a sexualidade, a saúde sexual e reprodutiva. De outro modo, também se reconheceu a possibilidade de decisão nestes assuntos sem qualquer tipo de coerção, discriminação ou violência.

A Conferência do Cairo entende que a decisão sobre o exercício da

---

humanos. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul. n.16. p.67-83. jul./dez. 2001, p. 68-70.

[209] MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo. v.5. n.8. p.61-83. jun. 2008, p. 67

[210] PIOVESAN, 2014, p. 397-405.

maternidade pelas mulheres é tanto um direito individual quanto uma responsabilidade social. E para a tomada da decisão, a Conferência ressalta a imprescindibilidade do direito à informação, bem como o acesso a serviços para que possa exercer plenamente os seus direitos e responsabilidades.

Mudou-se, assim, a perspectiva do papel das mulheres no controle populacional. De objeto, as mulheres passaram a ser vistas como sujeito dos programas de desenvolvimento e população. A ideia permanecia sendo o controle da reprodução, mas agora o foco estava no controle das mulheres sobre o próprio corpo. Neste momento, começaram a ser delineados os direitos reprodutivos.[211]

Piovesan[212] também destaca a importância da Conferência de Beijing, que entende como base para diversos direitos fundamentais o direito das mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, inclusive da sua própria sexualidade. A Conferência ainda afirma que a falta de preocupação de alguns países com os direitos reprodutivos da mulher acaba limitando diversas oportunidades na vida pública e privada.

Por fim, a Plataforma de Beijing ainda recomenda a revisão de leis que estabeleçam medidas punitivas para mulheres que praticam aborto. Esta previsão demonstra um avanço sobre a Conferência do Cairo, já que ela só tratava do aborto como questão de saúde pública.

Já que os direitos reprodutivos se encontram claramente hoje em grande evidência no cenário internacional e são de grande relevância na discussão do aborto, é importante analisar de maneira mais detida o seu conceito.

Daniel Sarmento[213] identifica a o surgimento dos direitos reprodutivos com o reconhecimento da dignidade humana, que pressupõe o respeito à autodeterminação de cada indivíduo, devendo cada um ter o poder de tomar decisões e de se comportar de acordo com elas, sem qualquer interferência do Estado.

Relembra o autor que uma das decisões mais importantes da vida de uma mulher é a decisão sobre ter ou não filhos. Vê-se claramente que a questão do aborto está intrinsecamente ligada com a ideia de autonomia reprodutiva, que além de encontrar fundamento na dignidade humana, também a encontra no direito à liberdade e à privacidade.

Entende Sarmento que se o direito à privacidade tem como intuito excluir

[211] MATTAR, 2008, p. 68
[212] PIOVESAN, 2014, p. 404.
[213] SARMENTO, 2006, p. 130-1.

intervenções estranhas sobre o corpo da pessoa, seria difícil conceber uma intrusão maior do que a obrigação de manter uma gravidez contra a vontade.

As formas de regular a sexualidade têm mudado bastante na América Latina. Ainda que de maneira incipiente, vem surgindo um novo paradigma que gerará novas construções culturais, políticas e legais que ampliarão o pluralismo.

Tal paradigma será responsável por distinguir a sexualidade da reprodução, permitindo a diferenciação de ambos conceitos. Parte-se da ideia de que pode haver sexualidade sem reprodução, bem como reprodução sem sexualidade.

Esse novo paradigma não reflete unicamente uma mudança na forma em que a população exerce a sua sexualidade, mas principalmente uma alteração na legalidade e na legitimidade dessas formas. O emprego de medidas contraceptivas ou abortivas não só acaba tendo maior legitimidade social, como também dá início ao pleito de inclusão no sistema de direitos aglutinados como direitos reprodutivos e sexuais.[214]

Flávia Piovesan[215] entende que os direitos reprodutivos podem ser definidos como aqueles direitos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução. Tal definição englobaria acesso a serviços de saúde, garantindo informação, meios e educação, para que haja um controle de natalidade e a possibilidade de procriação sem riscos para a saúde.

A origem dos direitos reprodutivos poderia ser vista na tensão entre procriação obrigatória e a concepção, sendo à primeira vista como um elemento de dominação sobre a mulher e o segundo como de libertação. Com o tempo, esta dicotomia se demonstra extremamente simplista e a discussão sobre direitos reprodutivos torna-se mais complicada.

Os direitos reprodutivos podem ser entendidos como:

> a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo de seus nascimentos; c) o direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.[216]

Em suma, os direitos reprodutivos estão intrinsecamente ligados a decisões sobre ter ou não filhos e ainda sobre eventual espaçamento entre eles. Entende-se que tais

[214] VAGGIONE, 2006, p.613-26.
[215] PIOVESAN, 2014, p. 397.
[216] PIOVESAN, *Op. cit.*, p. 405.

direitos somente poderão ser plenamente usufruídos caso seja fornecido pleno acesso à informação e aos meios para que a tomada de decisão se dê de maneira consciente e responsável.

A denominação direitos reprodutivos ganhou publicidade no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã em 1984. Nesta oportunidade, houve consenso de que a denominação deveria abranger um conceito mais amplo que envolvesse a saúde da mulher.[217]

Os direitos sexuais, por outro lado, referir-se-iam essencialmente às questões de sexualidade. O seu escopo de proteção não envolve apenas as questões ligadas ao aparelho reprodutivo, mas engloba principalmente a busca pelo prazer, desvinculando a vida sexual da ideia de mera necessidade biológica. Os direitos sexuais, para serem plenamente usufruídos, dependem de outros fatores, tais como, informações, qualidade de vida, instruções quanto à saúde, assistência integral, inclusive no quis respeito à contracepção, acesso a creches, escolas, auxílios sociais, dentre outros.[218]

Tal classe, dos direitos sexuais, teve uma discussão mais tardia que os direitos reprodutivos e passaram a ser debatidos no final da década de 80 com a epidemia de HIV principalmente pelo movimento gay, que se uniu ao movimento feminista. A grande ideia dos direitos sexuais é desvincular a reprodução da relação sexual, como sua única finalidade. A Plataforma de Beijing, em seu parágrafo 96 tenta definir o conceito de direitos sexuais, mas acaba apenas listando os direitos que compõem os direitos sexuais.[219] Eis o texto da Plataforma:

> 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

Há quem defina os direitos sexuais como:

> a) o direito a decidir livre e responsavelmente sobre sua sexualidade; b) o direito a ter controle sobre seu próprio corpo; c) o direito a viver

[217] MATTAR, 2008, p. 61-3.
[218] BRAUNER, 2001, p. 70-1.
[219] MATTAR, *Op.cit.*, p.64-6

> livremente sua orientação sexual, sem sofrer discriminação, coação ou violência; d) o direito a receber educação sexual; e) o direito à privacidade; f) o direito de acesso às informações e aos meios para desfrutar do mais alto padrão de saúde sexual e g) o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos recomendados pelos instrumentos internacionais.[220]

Tanto os direitos reprodutivos quanto os sexuais no que tange ao poder de decisão das mulheres dependem da sociedade em que vivem as mulheres. Quando os direitos reprodutivos são vistos como dependentes de fatores como acesso à saúde e educação, eles passam a ser considerados como direitos econômicos, sociais e culturais. O debate dos direitos reprodutivos gera uma tensão entre direitos de primeira e terceira geração. Afinal, em sua construção, são considerados direitos de primeira geração, mas para sua aplicação devem ser incluídos como direitos de terceira geração. Neste sentido, os direitos reprodutivos desafiariam a teoria dos direitos fundamentais.[221]

Jacques Robert e Jean Duffar[222] entendem que o direito de procriar deve ser considerado uma extensão do direito à vida. Tal direito natural estaria abarcado pelo direito de fundar uma família. Todas as questões ligadas à natalidade, à população, à família estão ligadas à vida privada e familiar.

O primeiro direito envolvido é o de controle da procriação natural, que poderia ser definido como a possibilidade de decidir se e quando a vida sexual deve envolver a procriação. E tal possibilidade somente existe se as pessoas tiverem livre acesso à contracepção. Os autores citam também como direito aquele de recusar a procriação. Neste sentido, a controvérsia sobre a interrupção voluntária da gravidez enfrenta duas posições distintas. A primeira recusa a possibilidade do aborto por respeito ao direito à vida, aos valores morais e interesses coletivos. A segunda aceita o aborto por respeitar a liberdade individual da mulher.

No que diz respeito à positivação dos direitos reprodutivos, é interessante citar a Constituição Mexicana, cujo artigo 4º estabelece que toda pessoa tem direito de decidir livremente e de maneira responsável e informada sobre o número de filhos que deseja ter. Desse dispositivo, entende Leticia Bonfaz[223], decorre o direito à livre maternidade, como um direito potestativo da mulher. Assim, a decisão sobre a realização

---

[220] PIOVESAN, 2014, p. 405.
[221] DORA, 1998, p. 40.
[222] ROBERT; DUFFAR, 1999, p. 225-239.
[223] BONIFAZ A, Leticia. Al aborto (analisis filosofico-juridico). **Revista Mexicana de Justicia**. v.4. n.4. p.187-207. out./dez. 1986, p. 195-197

de um aborto estaria incluída no art. 4º da Constituição, apesar de esse dispositivo abarcar outras situações, como a utilização de métodos anticoncepcionais.

Para a autora, tal dispositivo vem sendo interpretado de maneira equivocada pela doutrina mexicana. Cita autores que entendem que a norma abarca a decisão do casal de praticar ou não atos meramente fisiológicos, rechaçando assim a ideia de que a Lei Fundamental deveria prever a liberdade sexual do casal.

Em virtude dessa disposição, o Estado não pode se imiscuir em decisões do casal sobre o número de filhos, nem limitar o número de filhos por casal ou impor medidas de esterilização às pessoas.

Ao falar em decisão responsável, a Constituição impõe uma obrigação para o Estado em garantir o exercício de tal direito através da educação sexual. O Estado também deve fornecer por todos os meios disponíveis informações para a população.

A autora acredita ser extremamente contraditório que o Estado continue a considerar o aborto um crime, se por vezes o nascimento de uma criança impõe obrigações que nem os pais nem o Estado podem arcar. Além do que a criança não tem necessidades apenas econômicas.

Tratando de autonomia, direitos reprodutivos e, portanto, de domínio sobre o próprio corpo, é fundamental trazer a discussão para o aborto e a decisão da mulher de abortar.

Julia Hanigsberg[224] afirma que a escolha do aborto está intrinsecamente ligada à questão da integridade física. A regulamentação legal de questões procriadoras acabará, segundo a autora, tendo o efeito de determinar os limites do controle que a mulher tem sobre o seu próprio corpo.

Sugerindo uma conexão entre maternidade e aborto, a autora tenta revelar que um quadro legal que trate estritamente da integridade física está incompleto se não considerar a vida intrauterina. Para a autora, ambas as posições, favoráveis e contrárias ao aborto, deixam de considerar certos aspectos do problema. Quem é a favor do aborto, geralmente, deixa de considerar a vida intrauterina. Já quem é contrário ao aborto, preocupa-se muito pouco com a mulher.

Para a autora, não apenas no aborto, mas todas as decisões reprodutivas relacionam-se com a maternidade, por isso todas essas decisões serão tratadas como

[224] HANIGSBERG, Julia E. Homologizing pregnancy and motherhood: a consideration of abortion. **Michigan Law Review**. Ann Arbor. v.94. n.2. p.371-418. nov. 1995.

decisões sobre maternidade. Mesmo quando uma mulher decide realizar um aborto, ela decide não ser mãe.

E a decisão relaciona-se com maternidade, pois a mulher ao realizar um aborto decide se quer ou não ser mãe. Por outro lado, a mulher, quando está grávida, já é vista por um quadro legal como sendo mãe.

Independentemente das escolhas ou capacidades individuais da mulher, a sociedade classifica-as como mães. A posição de uma mulher no trabalho pode ser alterada apenas pela presunção de sua fertilidade e suas significações ou ramificações sociais. Empregadores atuam na presunção de que as mulheres provavelmente largarão o seu emprego para criar os seus filhos.

Ademais, relembra a autora que há um estigma social para as mulheres que decidem não ser mães, pois ainda que elas decidam não ser mães sofrerão as consequências da maternidade.

Para a autora, a maternidade importa a todas as mulheres pela variedade de formas que a maternidade é imposta às experiências das mulheres, simplesmente por serem mulheres. A questão da maternidade importa, pois ela é uma forma de subordinação das mulheres na sociedade norte americana.

O contexto do aborto fornece um exemplo interessante sobre a conexão entre a integridade física e a individualidade da mulher. Isso é verdade, independentemente do fato de a Suprema Corte, em *Roe*, dar pouca importância à questão da integridade física.

O sentido de domínio sobre o corpo é central, de acordo com Hanigsberg, para a identidade e para a dignidade pessoal da mulher. Não é simplesmente um fato físico. Tal sentido de controle sobre o corpo é essencial para manter o senso de individualidade e a habilidade de se relacionar com outras pessoas. Para ter uma noção de individual, o indivíduo precisa acreditar que tem autonomia sobre o seu corpo.

Algo semelhante pode ser encontrado na decisão da Suprema Corte do Canadá que derrubou as restrições ao aborto. Para a Corte, forçar uma mulher a continuar uma gravidez por motivos alheios às suas prioridades é uma profunda interferência no corpo da mulher e, portanto, uma violação da segurança pessoal.

Para a autora, integridade física não é algo que alguém possui, mas sim algo que deve ser construído e protegido. Completa integridade sobre o corpo é, contudo, uma ilusão, já que as pessoas nunca terão total autonomia sobre o próprio corpo. Afinal, as pessoas ingerem, respiram drogas e substâncias independentemente de sua vontade.

O direito é parte do processo de construção e proteção da integridade física.

Para ter sentido, a integridade física precisa ter o apoio de uma infraestrutura regulatória e o direito é parte dessa infraestrutura. E o papel do Direito não é apenas prescritivo, mas envolve também a modelação da percepção individual. Afinal, o Direito não só reconhece, mas também constitui quem tem dignidade e quem deve ser considerado como pessoa.

Obviamente que o direito à integridade física não existe somente para as mulheres, mas o controle da mulher sobre o próprio corpo é infinitamente menor que o do homem.

A noção de domínio sobre o próprio corpo é, para a autora, mais complexo quando se fala de uma mulher grávida. A singularidade da gravidez muitas vezes dificulta a discussão sobre a integridade física da mulher. Tal caráter singular, contudo, não pode ter o condão de desvalorizar ou sentimentalizar a situação vivida pela mulher, mas sempre apenas para mostrar que não há nenhuma situação análoga para os homens. Para a autora, em geral, a gravidez ou é subestimada ou é supervalorizada e utilizada para definir a mulher.

As garantias ao corpo da mulher têm sido matéria de regulamentação principalmente no que tange aos direitos reprodutivos. E tal tipo de regulamentação acaba sendo responsável por desintegração e perda do direito ao próprio corpo. A sociedade invade o corpo da mulher em razão de pretensa existência de vida intrauterina.

Mulheres recebem tratamento desigual a partir do momento em que tribunais e legisladores impõem um significado para a procriação e, dessa maneira, negam condições mínimas de individualidade.

A negação dos direitos reprodutivos reforça uma divisão que irá minar o senso de autonomia das mulheres, já que os seus útero e corpo não mais pertencem a ela e passaram à jurisdição das cortes e dos legisladores. Quando o Direito nega às mulheres o direito ao aborto, ele impõe às mulheres a gravidez involuntária.

A questão do aborto é particular, pois a decisão de realiza-lo é vista pela sociedade como uma negativa da maternidade e como um comportamento egoísta da mulher. A partir do momento em que a mulher engravida, outras pessoas passam a decidir sobre o seu comportamento e o seu corpo. A ideologia da maternidade social certamente influencia as mulheres no processo de decisão sobre o aborto.

As dificuldades impostas ao aborto surgem exatamente da falta de separação no discurso legal e político entre aborto e maternidade. A mulher grávida é vista sempre como mãe, não se fazendo nenhuma diferença etimológica entre gravidez e maternidade.

A proibição do aborto funciona como um mecanismo de subordinação da

mulher, pois implica dizer que o único propósito da mulher é ser mãe. Confundir gravidez com maternidade faz com que a mulher fique restrita apenas a um papel reprodutivo.

As mulheres, quando decidem realizar um aborto, sabem que estão fazendo escolhas de vida ou morte. Assim, para a autora, quem argumenta pela possibilidade de escolha não nega que o feto seja uma vida em potencial.

Cultura e etnia afetam como as mulheres valoram a gravidez e a vida intrauterina. A forma particular com que a mulher expressa tais valores pode depender de vários fatores, como a apreciação subjetiva do valor da vida intrauterina, o modo com que o aborto foi politizado como uma decisão sobre a maternidade.

O fato é que há diversos motivos pelos quais uma mulher pode realizar um aborto. A decisão pode ter relação com a maternidade, mas pode também ser uma forma de controle de natalidade ou de afirmação da liberdade sexual.

Pode-se perceber que a discussão dos direitos sexuais e do domínio sobre o próprio corpo é impregnada de conceitos morais, principalmente no que tange à liberdade sexual da mulher. Roger Paden[225] afirma que discussões filosóficas, em geral, tendem a discutir a moralidade do aborto das questões de moralidade sexual e isso pode ser considerado um erro. Se duas afirmações estão corretas (a de que o feto é uma pessoa desde a concepção e a teoria negativa dos direitos está certa), então a moralidade do aborto pode ser uma função da moralidade sexual.

O autor usa como pressuposto a teoria dos direitos negativos. Para tal argumentação, parte-se do pressuposto que o feto é uma pessoa e tem direito à vida assim como quaisquer outras pessoas. A questão da moralidade do aborto vira-se em saber se o direito à vida do feto impede a mulher de abortar. Para tal teoria, a resposta é negativa.

De acordo com a teoria dos direitos negativos, o direito à vida de uma pessoa obriga que outros evitem de matá-la, mas não obriga o uso de recursos alheios para mantê-la viva. O direito à vida de uma pessoa, nesta visão negativa, não exige que outros desistam de virtudes que para eles são essenciais. Agir assim pode contribuir para a morte do feto, pode ser considerada assassinato, mas seria um assassinato justo, o que não violaria o direito à vida. O direito à vida do feto, por si só, não torna o aborto imoral.

Tal conclusão, contudo, não seria a mesma se a mulher tivesse dado ao feto o direito de usar o seu corpo. Se ela tivesse feito isso, então a retirada do corpo da mulher tiraria algo que seria de titularidade do feto. Assim, a morte do feto seria uma violação de

[225] PADEN, Roger. Abortion and sexual morality. **Dialogos**. Rio Piedras. v.22. n.50. p.145-154. jul. 1987.

direitos.

Para o autor, a sugestão de que a mulher teria dado ao feto o direito de uso do seu corpo em decorrência de práticas sexuais vem da ideia de que as obrigações recíprocas entre as pessoas surgem ou de direitos naturais ou pelo resulto de suas ações.

Se o aborto sempre for imoral, então o direito do feto de usar o corpo da mãe somente pode surgir do ato sexual, único denominador comum entre todas as mulheres que ficaram grávidas.

Apesar de haver vários argumentos que podem demonstrar que a mulher tem obrigação com o feto. Qualquer argumento que parte do pressuposto que existe uma obrigação universal de cuidar de todos além do necessário para respeitar direitos alheios será ignorado pelo autor.

Para explicar a teoria dos direitos negativos, o autor trata do conceito de responsabilidade. Para ele, ser responsável significa agir de maneira responsável ou cuidadosa (sem negligência ou desdém) e também passar a agir de maneira responsável mediante uma atitude irresponsável anterior, ou seja, agir de modo a limitar danos posteriores a outros.

A aplicação dessa ideia ao aborto é clara. Se o ato de praticar sexo é tal que as pessoas se tornam responsáveis da maneira descrita anteriormente, aqueles que são afetados por esse ato, lembrando que ele coloca outras pessoas numa relação de dependência, então os parceiros teriam a obrigação de garantir que o feto não sofra um mal evitável durante o período de dependência. E essa obrigação recai quase integralmente sobre a mulher. Como a retirada do feto de seu corpo seria um dano evitável, a mulher, nessa lógica, seria obrigada a deixar o feto usar o seu corpo. Prosseguindo, como o feto tem direito a usar o corpo da mulher, o aborto constituiria uma morte injusta do feto e, portanto, uma violação ao seu direito à vida.

A utilização desse argumento permite criar uma ponte entre o fato biológica da paternidade e a obrigação moral que faria com que a maioria dos abortos fosse considerada errada. Se os pais devem agir de maneira responsável por cuidar do feto durante o seu período de dependência, ainda que sem intenção os pais se sentiriam obrigados a cuidar do feto.

Para o autor, contudo, entende que o argumento não pode ser tão simples. Mesmo partindo da noção de responsabilidade moral e da teoria de que obrigações podem surgir da ausência de um ato responsável, não se pode concluir que um casal que pratica sexo está agindo de modo a se tornar responsável da maneira descrita. O ato sexual, por si

só, não cria a obrigação de ser responsável.

Nem toda ação não intencional gera a obrigação, mas tão somente aquelas ações consideradas negligentes. O comportamento negligente é definido pelo autor como aquele praticado com consciência e sem preocupação com um risco substancial e injustificado a uma terceira pessoa. Pode ser definido também como o ato que como um terceiro sob um risco substancial e injustificado ou que coloca o terceiro em relação de dependência.

Assim o argumento da responsabilidade não consegue demonstrar que o casal teria agido de maneira irresponsável ao praticar sexo. Há varias escusas ou justificativas para provar que a ausência de negligência. A primeira escusa seria a existência de coação sobre o comportamento. A segunda seria a de que a pessoa não seria responsável pelas consequências de suas ações porque à época do ato ela era incompetente. A terceira seria que ainda que a pessoa fosse competente e tivesse agido voluntariamente, a pessoa não poderia ser considerada responsável por saber que seu ato poderia colocar em risco sobre outro por uma variedade de questões epistemológicas.

Assim, aquelas gravidezes resultantes de estupro ou em que a mulher é considerada incapaz ou que não tem conhecimento das possíveis consequências do sexo, não podem gerar responsabilidade para a mulher.

Outra forma de escusar o comportamento é argumentando que o perigo causado é leve ou que todas as precauções foram tomadas para garantir que a vida seja segura. Frequentemente, as pessoas praticam atos perigosos, mas não são assim considerados pois cuidados são tomados.

Por esta última ideia, a aplicação dá-se principalmente quanto ao uso de métodos contraceptivos. Assim, se um casal usa métodos contraceptivos, então foram tomadas todas as precauções necessárias e, portanto, não haveria responsabilidade e o aborto seria admissível.

Neste conceito, o que gera insegurança é o conceito de precaução necessária e de determinar se o uso de contraceptivos seria o suficiente para garantir todas as precauções necessárias.

A justificativa de um ato pode assumir várias formas. Um ato pode ser justificado pela sua alta probabilidade gerar efeitos positivos. Assim, cientistas podem colocar em perigo algumas pessoas se se pretender um bem maior. Esse ato pode ser praticado de maneira negligente, mas pode também ser praticado com todas as precauções para ser considerado responsável.

Para considerar alguém como negligente, diversos fatores devem ser considerados: a) a magnitude do risco que a ação envolve; b) a valor para se colocar algo em risco; c) a valor do objeto a ser protegido por se colocar algo em risco (objeto colateral); d) a probabilidade de o objeto colateral ser alcançado pelo ato; e) a probabilidade de se atingir o objeto colateral por uma rota diferente.

Segundo o autor, para saber se uma mulher deve ser responsabilizada pela prática de sexo, devem ser questionados alguns pontos. O primeiro ponto a se questionar é como ocorreu o encontro, se houve coação, qual a idade e a capacidade mental dos participantes. Depois, é necessário pensar em quais precauções foram tomadas. Por fim, entende o autor que deve ser questionado qual o caráter moral do ato que produziu o feto, pois será com base nisso que serão analisadas as escusas. Somente uma análise de todos esses fatores vai determinar a moralidade do aborto.

Salienta o autor que se este argumento está correto, então a moralidade do aborto é uma função do caráter moral da atividade sexual. O autor reconhece que a argumentação tem várias falhas de depende de afirmações bastante relativas, como a ideia de personalidade do feto. A grande conclusão para o autor seria que as discussões sobre aborto não são infundadas como podem parecer.

A grande questão do aborto não é necessariamente a morte do feto, nem o direito da mulher ao próprio corpo, mas sim a moralidade sexual. E uma grande prova disso é a ideia de que a mulher que é vítima de estupro tem uma forte razão para fazer um aborto. Afinal, neste caso, não há uma repreensão moral sobre o ato sexual. Neste sentido, toda vez que se fala de aborto é essencial que a questão da moralidade sexual seja considerada como fator determinante.

A questão dos direitos sexuais e reprodutivos traz à tona a discussão sobre os motivos que levam à criminalização do aborto, inclusive no Brasil. Luiza Eluf[226] ressalta a necessidade de a nossa sociedade patriarcal ter procurado reduzir a sexualidade feminina à questão única da reprodução humana. Pensando na legislação pátria, é interessante lembrar que até o advento do denominado Estatuto de Mulher Casada (Lei 4.121/62), a mulher era considerada relativamente incapaz pela lei civil.

Uma sociedade que pensou o conceito de mulher honesta representa o clima em que foi elaborado o Código Penal de 1940, que restringiu de maneira excessiva a interrupção da gravidez. Nesta concepção de que a mulher tinha como quase única função

[226] ELUF, 1993, p. 285-92.

a de reprodução, somente se poderia pensar numa gravidez indesejada em caso de estupro ou de uma conduta reprovável pela moral da época.

A sexualidade da mulher, por muito tempo, esteve fortemente ligada unicamente à reprodução. Indaga a autora qual o motivo de a legislação permitir o aborto em caso de estupro, mas não o permitir por exclusiva vontade da gestante. Para ela, a diferença está na natureza do ato sexual praticado.

O estupro é uma das violências mais cruéis praticadas contra a mulher e a legislação parte do pressuposto que a mulher não seria obrigada a conviver com as consequências de uma situação traumatizante. Há um reconhecimento de que a gravidez indesejada pode ser insuportável para mulher e que não se deve cobrar tal ônus dela. Interessante notar que, em caso de estupro, a doutrina preocupa-se muito mais com a desonra da mulher do que com a violência perpetrada. Tanto é assim que o aborto é considerado crime contra os costumes (sociedade e família).

A noção de culpa sexual permeia toda a legislação penal, ao se entender que uma gravidez indesejada resultante de um ato sexual voluntário deveria ser suportada ainda que inviável (social, economicamente).

A autora entende que o aborto não pode ser considerado como um método corriqueiro de planejamento familiar, contudo relembra que os anticoncepcionais existentes no mercado brasileiro, além de caros, exigem um acompanhamento médico e um certo grau de instrução para a sua aplicação correta.

A Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher, da qual o Brasil é signatário, inclui o aborto como uma maneira de equiparação dos direitos femininos aos masculinos.

É fundamental lembrar que a referida Convenção estabelece em seu art. 12.1 que:

> Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.

A preocupação com o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos leva necessariamente à discussão do planejamento familiar, que será enfrentada a seguir.

A Constituição Federal, ainda que não de maneira explícita, consagra diversos princípios e comandos que fazem com os direitos reprodutivos estejam por ela garantidos. Como já se disse, o fundamento dos direitos reprodutivos é o princípio da

dignidade humana, insculpido no art. 1º, III. Também vale lembrar o art. 3º que fala em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O art. 5º protege tanto o direito à igualdade, quanto os direitos à intimidade, vida privada e honra.

II.3.4- Planejamento familiar

A Constituição Federal, no capítulo que trata da ordem social, discorre sobre o direito à saúde e ao planejamento familiar.

Como já dito, o debate do planejamento familiar surgiu inicialmente dentro da ideia de controle populacional. Malthus, em 1789, começa a demonstrar a preocupação com o fato de que um mundo com recursos limitados não poderia manter uma população ilimitada. Assim, cria a famosa teoria de que os meios de subsistência crescem em progressão aritmética enquanto que a população e, portanto, os consumidores, cresceriam em progressão geométrica. Com o crescimento da população sendo mais rápido que o dos recursos, não seria possível manter igualdade de serviços, como saúde e educação, para todos. Dessa maneira, Malthus começa a recomendar o controle de natalidade.[227]

A questão do planejamento familiar torna-se muito mais relevante em países menos desenvolvidos que apresentam uma taxa de natalidade muito alta. O debate malthusiano levantou a questão do controle populacional 200 anos atrás. À época falava-se em medidas preventivas, mas não se pensava em contracepção. O aborto era rejeitado por questões morais. Malthus pregava medidas tais como casamento tardio, celibato antes do casamento e restrições sexuais durante o casamento. Foi deixado para outros autores pensar em medidas mais radicais e efetivas de controle populacional.

Quando se pensa em métodos contraceptivos, o aborto tornou-se uma prática bastante condenada e sempre sujeita à proibição e a punições severas. Apesar disso, o aborto certamente é uma prática mais antiga que a própria contracepção. Na antiguidade, praticava-se o aborto para limitação populacional, principalmente quando havia alimentação insuficiente. Na sociedade moderna, o aborto é praticado pensando ou no bem-estar da criança que irá nascer ou no da família. Não se pode esquecer também que atualmente as mulheres pleiteiam viver nas mesmas condições dos homens e na questão de

[227] GRINBERG, Rosana. Planejamento familiar: evolução e seus aspectos medico-etico-legais. **Revista Trimestral de Jurisprudencia dos Estados.** São Paulo. v.8. n.29. p.3-35. out./dez. 1984.

fertilidade isso significa ter controle do próprio corpo. [228]

Há, contudo, um salto muito grande em se falar de controle de natalidade para planejamento familiar. Quando a palavra controle é utilizada, há a noção de poder, implicando a existência de uma pessoa ou órgão controlador e fiscalizador. Assim, no controle de natalidade há a imposição por parte de um agente coator, em geral o governo, de medidas e normas que têm como intuito reduzir as taxas de crescimento populacional.

Em geral, entende-se que quanto maior o grau de desenvolvimento de um país menor são as taxas de natalidade. Com a melhora das condições de vida da população (alimentação, saúde, higiene, assistência social e psicológica, educação etc), haverá uma tendência natural em restrição da família pelas próprias imposições do novo padrão de vida.[229]

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 estabelece que:

> § 7º 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.

As Constituições anteriores não tratavam explicitamente do planejamento familiar. A Constituição de 1937 falava de uma compensação às famílias numerosas na proporção de seus encargos, além de consagrar um direito aos pais miseráveis de invocar o auxílio e a proteção do Estado para a subsistência e a educação de sua prole. A Constituição de 1946, por sua vez, previa que caberia à lei instituir o amparo das famílias com prole numerosa.[230]

Cabe perquirir, portanto, qual o conceito de planejamento familiar, pensado pelo texto atual da nossa Constituição. A princípio, na definição de planejamento familiar estaria "implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização, e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher e, especialmente, sobre a saúde deles."[231]

Silmara Chinelato[232] entende que o planejamento familiar deve servir como

---

[228] FINLAY, Henry A. Abortion, right or crime? **University of Tasmania Law Review.** Hobart. v.10. n.1. p.1-15. 1990.
[229] GRINBERG, 1984, p. 3-35.
[230] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito do planejamento familiar. **Revista dos Tribunais.** Sao Paulo. v.87. n.749. p.46-59. mar. 1998.
[231] BRAUNER, 2001, p. 67-83.
[232] CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Aborto. Planejamento familiar. Aspectos juridicos. Conferencia sobre a populacao e desenvolvimento.(Cairo setembro de 1994). **Revista do Instituto de Pesquisas e**

um meio de orientação, de conscientização e de educação do casal. Seria, assim, um meio de planejar economicamente o número de filhos que o casal pretende ter, de acordo com as possibilidades de seu orçamento.

Há quem entenda que a consagração do planejamento familiar no texto constitucional tem o condão primordialmente de impedir que os direitos relacionados aos serviços de planejamento familiar não possam estar vinculados a políticas de controle demográfico.[233]

A Carta Magna baseia a consagração do planejamento familiar em dois princípios o da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável.

Ao falar em paternidade responsável pretende a Constituição estabelecer que a responsabilidade por definir o número de filhos é do casal e não do Estado, já que este teria somente o papel de fornecer os recursos educacionais e científicos para que o planejamento se realizasse. Ao tratar o planejamento como livre decisão do casal, a norma constitucional impede que seja editada qualquer lei que atribua tal decisão ao Estado. A ideia fulcral é impedir que instituições oficias ou privadas exerçam qualquer tipo de coação sobre as pessoas.[234]

É interessante notar aqui que a Constituição concedeu ao casal a titularidade dos direitos reprodutivos ligados ao planejamento familiar. Assim, cabe ao casal definir se pretende ou não ter filhos, qual o número de filhos, bem como o espaçamento de idade entre eles. Para o Estado, restaria apenas criar uma política de reprodução humana que respeitasse os direitos fundamentais, informando e dando acesso aos métodos de contracepção mais eficientes e menos nocivos à saúde.[235]

Usando a terminologia tradicional de planejamento familiar, há quem entenda que é nesta oportunidade que a Constituição de 1988 consagra a saúde reprodutiva como um direito do cidadão, bem como uma obrigação do Estado em desenvolver políticas públicas que garantam a sua efetividade.[236]

A partir da consagração constitucional do direito ao planejamento familiar, a construção dos direitos sexuais e reprodutivos ganhou força, de modo que a norma constitucional passou a representar a previsão legal dos direitos reprodutivos.[237]

Estudos. Bauru. n.15. p.217-24. ago./nov. 1996.

[233] COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Bioética**. Brasilia. v.4. n.2. p.209-15. 1996.

[234] MACHADO, 1998, p. 46-59.

[235] BRAUNER, 2001, p. 67-83.

[236] MELO, Mônica de. Proteção dos direitos sexuais e reprodutivos através da ação civil pública. **Revista de Direitos Difusos.** São Paulo. v.4. n.19. p.2571-90. maio./jun. 2003.

[237] BRAUNER, *Op.cit.*, p. 67-83.

É preciso lembrar também que o Brasil ratificou diversos tratados internacionais, que prevêem novos direitos para as mulheres.[238] Além dos tratados já anteriormente citados, é fundamental lembrar, no que tange ao planejamento familiar, do Princípio 8 da Rio 92 que pretende incentivar os Estados a "promover políticas demográficas apropriadas (...) com o fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos."[239]

Relembrando ainda o cenário internacional, é interessante salientar a preocupação da Organização Mundial da Saúde que, em sua 18ª Assembleia, aprovou como enunciado:

> [...] um programa, a longo prazo, de investigação da reprodução humana e regulação da fertilidade, cabendo à OMS facilitar, aos governos que os solicitem, referências e serviços consultivos dos aspectos médicos da planificação da família e do lugar que tais medidas deveriam ocupar nos serviços de saúde da comunidade.[240]

Ainda que a Constituição tenha avançado, prevendo o planejamento familiar como um direito, a sua consagração foi bastante tímida. Afinal, a Carta Magna não previu expressamente os chamados direitos reprodutivos e sexuais da mulher, mas apenas tratou de um direito pertencente ao casal, e não à mulher, de controlar o número de filhos que pretende ter. É inegável, contudo, que a norma constitucional reconhece, ainda que não expressamente, a existência de direitos reprodutivos. O debate recai, a princípio, em quem seriam os titulares de tais direitos.

Com a previsão do planejamento familiar como direito constitucionalmente reconhecido, foi editada a Lei 9.263/96 que regulamenta o art. 226, § 7º da CF/88. Para o texto legal, o planejamento familiar pode ser conceituado como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, possibilitando o exercício dos direitos reprodutivos, que envolvem a constituição, a limitação ou o aumento da prole.[241]

O art. 2º da Lei 9.263/96 reconhece que o planejamento familiar gera direitos à mulher, ao homem e ao casal. Não se pode negar que seja texto expresso da Constituição o planejamento familiar como assunto de livre decisão do casal. Neste ponto, contudo, não se pode olvidar a origem dos direitos reprodutivos, nos quais se inclui o planejamento familiar. Como já analisado anteriormente, o reconhecimento dos direitos

[238] MELO, *Op.cit.*, 2003, p. 2571-90.
[239] MACHADO, 1998, p. 46-59.
[240] GRINBERG, 1984, p. 3-35.
[241] MACHADO, *Op. cit.*, p. 46-59.

sexuais e reprodutivos surgiram como um desdobramento do direito à intimidade, expressamente consagrado pela Constituição no art. 5º, X.

A interpretação do dispositivo do planejamento familiar não pode ocorrer de maneira apartada do reconhecimento do direito à intimidade, que engloba os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, de maneira individual.

Tais considerações ganham especial relevância quando se enxerga algumas disposições da Lei 9.263/96, principalmente no que tange à possibilidade de esterilização. Tal procedimento indubitavelmente é uma forma legítima de exercício dos direitos reprodutivos. Afinal, é um método de controle quanto ao número de filhos que se pretende ter.

A lei, em seu art. 10, estabelece um procedimento bastante rígido para a realização da esterilização voluntária. O primeiro requisito a ser cumprido por quem deseje se submeter ao procedimento é estar em pleno gozo de suas capacidades civis, aliado a um critério etário (mais de 25 anos) ou de número de filhos (ter mais de dois filhos vivos). O segundo requisito imposto pela lei é manifestação expressa de vontade, devendo haver um período mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e a esterilização (critério temporal).

A previsão do período de espera, segundo o texto legal, tem como intuito oferecer à "pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce" (art. 10, I).

Já aqui percebe-se a tendência de o Estado tentar influenciar a decisão de se submeter ao ato cirúrgico. O período de aconselhamento, visto em ouros países para o procedimento de aborto, aqui é previsto para a esterilização voluntária e com o objetivo expresso de se desencorajar a esterilização precoce. Cabe lembrar que a lei não define o que considera esterilização precoce, mas já estabelece parâmetros etários ou de número de filhos para proibir a esterilização. Cumpridos os requisitos legais, vale questionar em que casos a esterilização seria precoce. Afinal, com a previsão dos referidos critérios parece que a legislação já proibiu aquilo que o legislador teria considerado precoce.

Neste diapasão, há quem entenda ainda que, ante a inexistência do serviço de regulação de fecundidade, que incluiria o aconselhamento multidisciplinar, a esterilização não poderia ser realizada. Lembrando, ainda, que tal serviço, como o próprio nome demonstra, é apenas de aconselhamento e não tem poder de impedir a realização do

procedimento.[242]

As exigências legais para a prática da esterilização, contudo, não acabaram. Se até aqui já se poderia vislumbrar uma agressão ao direito à intimidade, é forçoso discutir o § 5º do art. 10, que dispõe: "na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges."

Neste ponto, ganha especial relevância a lembrança dos direitos reprodutivos como parte do direito à intimidade. Aqui é oportuno rememorar o já citado caso *Griswold v. Connecticut*, em que a Suprema Corte americana reconheceu que o direito de controlar a reprodução através de métodos anticoncepcionais faria parte do direito à intimidade. Aqui se pode apontar o início do reconhecimento dos chamados direitos reprodutivos, cuja origem se dá no conceito de intimidade.

Ainda que a Suprema Corte dos EUA não use a moderna terminologia de direitos reprodutivos, quando reconhece o direito, primeiro do casal, e depois da pessoa solteira de controlar a sua reprodução nada mais faz do que garantir o que hoje chamamos de direitos reprodutivos. O mais interessante desta decisão da Suprema Corte não é qualquer questão terminológica sobre direitos reprodutivos, mas sim o entendimento de que há um direito ao controle sobre a reprodução e de que tal direito faria parte do direito à intimidade.

O foco no direito à intimidade parece mais relevante que a ideia em si de uma classe de direitos, denominados sexuais ou reprodutivos. A ideia de que a intimidade, princípio consagrado em qualquer Constituição democrática, envolve também o direito de as pessoas decidirem se querem ter filhos ou o número de filhos que pretendem ter, revoluciona a forma como é encarada a questão dos direitos sexuais e reprodutivos.

A construção da Suprema Corte americana segue a lógica de que poucos assuntos seriam mais íntimos que a decisão sobre ter ou não filhos. Afinal, principalmente para as mulheres, tal decisão envolve o controle sobre o próprio corpo.

Não resta dúvida de que, independentemente do reconhecimento dos direitos reprodutivos em tratados internacionais, a ideia, de que o seu conceito é apenas uma faceta do direito à intimidade, demonstra que para que tais direitos sejam garantidos, não há qualquer necessidade de previsão expressa deles no texto constitucional.

A conclusão adotada pela Suprema Corte dos EUA em *Griswold* ocorre com base em uma Constituição, em que sequer a consagração do direito à intimidade é

[242] MACHADO, 1998, p. 46-59.

expressa. Já o mesmo não pode ser dito da Constituição brasileira, que é, não só expressa, mas enfática em garantir o direito à intimidade e à vida privada, no rol dos direitos fundamentais.

Apesar de a nossa Constituição falar em planejamento familiar como livre decisão do casal, o direito individual de controlar o próprio corpo no que tange à reprodução está, sob esta perspectiva, protegido pela consagração do direito à intimidade. E neste ponto, a lei do planejamento familiar, ao vincular a esterilização ao consentimento do cônjuge na vigência da sociedade conjugal, fere a garantia constitucional do direito à intimidade.

O instituto do casamento não tem o condão de restringir o direito constitucional à intimidade, a ponto de retirar o controle sobre o próprio corpo em uma das decisões mais sérias que uma pessoa pode vir a tomar, a de ter ou não filhos e qual o número deles.

Se o controle sobre a reprodução está englobado pelo direito à intimidade, poder-se-ia questionar qual a razão de a Carta Magna preocupar-se em garantir, em dispositivo apartado, o planejamento familiar como livre decisão do casal. Tal norma tem como intuito claro o de afastar a atuação do Estado do processo de tomada de decisão quanto ao número de filhos que as pessoas desejam ter.

O art. 226, em seu § 7º, tem como principal objetivo desvincular o conceito de planejamento familiar da ideia de controle demográfico estatal. Assim, ao garantir o planejamento familiar como livre decisão do casal, a Constituição retira o poder de decidir do Estado e passa para as pessoas.

Não há dúvida de que a decisão sobre o número de filhos não pertence ao Estado. Resta agora entender o significado da expressão “livre decisão do casal”. Pensando no momento em que a Constituição foi elaborada, é lógico que o constituinte teve o ímpeto de colocar a decisão sobre o número de filhos ao casal e não à mulher ou ao homem, isoladamente. Afinal, trata-se da mesma Constituição que no § 3º do mesmo art. 226 refere-se à união estável entre homem e mulher. Da mesma forma que o texto constitucional fala claramente em união estável entre homem e mulher, fala também em planejamento familiar como livre decisão do casal.

No que tange à menção de homem e mulher na união estável, é forçoso lembrar da decisão unânime tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI 4.277, cuja ementa ressalta o direito à sexualidade como expressão dos direitos à intimidade e à vida privada:

> PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. **LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA**. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (grifo nosso)

Interessante notar que ao tratar do exercício da sexualidade e, portanto, dos direitos sexuais, o STF já o trata como garantido e protegido pelos direitos à intimidade e à vida privada. Ademais, define ainda que o *caput* do art. 226 refere-se à família, independentemente de ela estar formal ou informalmente constituída ou de ser integrada por casais homoafetivos ou não. A nossa Suprema Corte reafirma a necessidade de se adotar uma definição não reducionista de família.

Se o próprio STF já definiu que a Constituição fala em união estável entre homem e mulher tão-somente para dar-lhe especial proteção, sem impedir as demais formas de união estável, a mesma lógica pode ser aplicada à expressão do planejamento familiar como livre decisão do casal. Neste caso, poder-se-ia dizer que, da mesma maneira, o texto constitucional referiu-se à livre decisão do casal, sem excluir outras formas individuais de decisão sobre o controle de reprodução.

Lembrando que o texto constitucional consagra expressamente o direito à intimidade como cláusula pétrea no art. 5º, não se poderia pensar em outra interpretação distinta dessa. Não poderia a interpretação de um dispositivo constitucional aniquilar o

direito à intimidade. E caso se entenda que a pessoa casada não pode, no exercício de sua intimidade, escolher se deseja ou não ter filhos, então estaria frontalmente violado o art. 5º, X.

Ademais, tratar o planejamento familiar como um direito individual, inserido no âmbito do direito à intimidade, advém de uma construção, que em grande parte ocorreu na década de 90, com a reconhecimento internacional dos chamados direitos sexuais e reprodutivos. Na década de 80, falava-se de maneira muito incipiente de tais direitos, de modo que faz sentido o constituinte não ter pensado no direito de controle à reprodução como um direito da pessoa e não da família, do casal.

No texto original da Constituição, ainda se vislumbra um conceito de reprodução atrelada ao instituto do casamento. Hoje, com o avanço das técnicas de reprodução e com a alteração (evolução) dos paradigmas da sociedade, reconhece-se o direito ao controle da reprodução e à liberdade sexual como um direito puramente individual.

Ainda que se entenda que todo direito individual tem uma face coletiva, os direitos reprodutivos e sexuais fazem parte dos mais individuais dos direitos, que é o direito à intimidade. É uma agressão à própria dignidade humana entender que a decisão sobre não ou ter filhos não possa ser tomada individualmente e, portanto, livre de quaisquer interferências da sociedade ou de outras pessoas.

Como se não bastasse a agressão ao direito à intimidade, a necessidade de autorização do cônjuge da lei de planejamento familiar fere os princípios de não-discriminação e de igualdade entre homens e mulheres.

Seria ingenuidade pensar que a necessidade de a autorização ser solicitada tanto pelo homem quanto pela mulher ao seu cônjuge, para a prática da esterilização, garantiria o princípio da igualdade. Relembrando o conceito de igualdade material, não se pode tratar de maneira igual pessoas em situação de desigualdade. Assim, estabelecer exigências idênticas para a prática da esterilização para homens e mulheres fere claramente o conceito da igualdade em seu sentido material.

Não se pode desconsiderar a situação de vulnerabilidade em que vivem milhares de mulheres na sociedade brasileira e que a exigência legal de autorização do cônjuge pode, em muitos casos, impossibilitar a realização da esterilização. Analisando o teor da lei, é difícil entender qual o direito ou princípio constitucional que a norma pretende proteger para impor a necessidade de autorização do cônjuge. E mais, para impor um requisito que na prática inviabilizará o exercício de um direito.

Analisando a Carta Magna, não se encontra nenhum direito constitucional de um indivíduo controlar a reprodução de seu cônjuge a ponto de impedir a realização de esterilização. Há clara agressão ao direito à intimidade da mulher sem qualquer motivo constitucional que o justifique. Nem se alegue que tal dispositivo legal pretende concretizar o comando constitucional do planejamento familiar. Afinal, ainda que se entenda que o planejamento familiar é direito exclusivo do casal, tal direito não tem o condão de submeter às mulheres à situação de vulnerabilidade a ponto de terem as decisões sobre reprodução condicionadas exclusivamente à vontade do marido.

O único motivo que teria levado a lei a exigir a autorização conjugal são padrões morais tradicionais de que a mulher não tem o direito de definir isoladamente se pretende ou não ter filhos. O dispositivo legal, sob o pretexto de regulamentar a esterilização, acaba impedindo a sua realização, uma vez que desconsidera a realidade da sociedade brasileira.

Aqui cabe lembrar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Casey*, em que se entendeu que a legislação infraconstitucional não poderia impor condições ao aborto que representassem um ônus excessivo para as mulheres. A exigência de autorização do cônjuge para a esterilização, na prática, impede que mulheres numa condição social menos privilegiada tenham possibilidade de se submeter ao procedimento de laqueadura.

Seja por ferir o direito à intimidade seja por ferir o princípio da igualdade seja por impor um fardo excessivo às mulheres, a exigência legal de autorização expressa do cônjuge para a prática da esterilização padece de profunda inconstitucionalidade.

Ainda no que tange à questão da esterilização, a lei do planejamento familiar exige a notificação compulsória por comprovado interesse público. A notificação a ser feita abrange o ato cirúrgico. Assim, ela deve abranger toda esterilização cirúrgica, sem, contudo, identificar o nome ou a identidade do paciente. Para fins estatísticos, pode ser informada também a idade do paciente.[243]

II.4- Direito à saúde

O tratamento da questão do aborto certamente passa pela discussão do direito à saúde. Não é necessário relembrar que a saúde é um direito garantido pela nossa Constituição de 1988. O direito à saúde, contudo, desempenha dois papéis relevantes do debate do aborto. O primeiro está relacionado com o fato de a criminalização

[243] MACHADO, 1998, p. 46-59.

do aborto gerar implicações à saúde da mulher. O segundo envolve a ideia de a saúde da mulher ser um dos motivos que poderiam justificar a autorização legal de abortar.

Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988 reconhece em seus artigos 196 e 197 expressamente o direito à saúde:

> Art. 196. 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.
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com o advento do Estado Social, superou-se o conceito de direitos fundamentais como apenas direitos de defesa da liberdade individual contra a arbitrariedade do Estado. Os próprios direitos de liberdade, para a sua consagração, dependem de diversas condições que estão atreladas à atuação estatal. Para atingir objetivo final da existência dos direitos fundamentais, que é a garantia da dignidade da pessoa humana, surgem os chamados direitos fundamentais sociais. Nestes, o Estado tem a obrigação de atuar de maneira positiva, fornecendo os meios materiais necessários à existência digna das pessoas.[244] É nesta categoria que se inclui o direito à saúde.

O direito à saúde passou a ter *status* constitucional com a Carta Magna de 1988, estando previsto no rol dos direitos sociais. Internacionalmente, o direito à saúde foi reconhecido em 1946, como integrante dos direitos humanos, passando a ser tutelado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que a define como o completo bem-estar físico, mental e social, não sendo apenas a ausência de doenças.

A proteção à saúde envolve, assim, a prevenção, proteção e recuperação, lembrando que a prevenção é uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde previsto na nossa Constituição (art. 198, I). Ademais, pressupõe-se que todas as ações de saúde sejam de acesso universal, integral e igualitário, independentemente de qualquer contribuição.

No direito à saúde, é inegável a existência da saúde reprodutiva, que envolve os já citados direitos sexuais e reprodutivos. Neste tema, deve ser citado também o direito ao planejamento familiar, já que conhecer e utilizar os seus métodos de pode ser

[244] LEIVAS, Paulo. **Direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.**in DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (org.). **Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos.** Porto Alegre: Themis, 1998, p. 139.

incluído como parte da saúde reprodutiva.

Entende-se, neste diapasão, que o planejamento familiar é direito da mulher, do homem ou do casal, devendo o Estado garantir todos os métodos e técnicas de concepção e de contracepção, que não representem risco à saúde das pessoas e garantindo-se a liberdade de escolha.[245]

Tratando do planejamento familiar, há quem entenda que o aborto nunca pode ser considerado como um método de planejamento, já que se deve dar prioridade à prevenção da gravidez indesejada, eliminando-se ao máximo a necessidade de realização de um aborto.[246]

Esta dualidade entre contracepção e aborto é bastante frequente. Afinal, quanto mais se investe em políticas de incentivo à contracepção, menos o recurso ao aborto será necessário. Sabendo que a criminalização do aborto não impede a sua prática, é interessante questionar se uma política eficiente de conscientização sobre métodos de contracepção não seria mais apta a proteger a vida do feto, ao reduzir o número de abortos praticados.

Stenvoll[247] faz um comparativo entre as políticas de aborto e contracepção praticadas no leste europeu e no chamado Ocidente, que permite demonstrar a correlação entre contracepção e aborto.

O autor inicia a sua narrativa relembrando que a União Soviética introduziu a legalização do aborto em 1920. Depois de um período de criminalização em meados da década de 30, o aborto voltou a se tornar legal em 1955, após a morte de Stalin.

Na Rússia e na Romênia, o aborto ainda é visto como um método de controle de natalidade. A informação e o acesso a contraceptivos, assim como educação sexual, sofreram melhoras, mas ainda há uma grande falta de conhecimento sobre métodos de controle de natalidade.

A Rússia, a Romênia e a Polônia têm políticas distintas dos demais países da Europa Oriental em que a contracepção é o primeiro ponto do controle de natalidade, enquanto que o aborto é visto de maneira secundária.

Aborto é visto de maneira distinta no leste europeu, já que o acesso e as informações sobre métodos contraceptivos são muito pouco disseminados. No leste europeu, não há uma alternativa eficiente e acessível ao aborto. Novas restrições ao aborto

[245] MELO, 2003, p. 2571-90.
[246] BRAUNER, 2001, p. 67-83.
[247] STENVOLL, Dag. Contraception, abortion and state socialism: categories in birth control discourses and policies. **Kansai University Review of Law and Politics.** Osaka. n.28. p.33-49. mar. 2007.

sem a correspondente melhoria nos métodos contraceptivos representam uma significativa perda de direitos reprodutivos.

A maioria da política ocidental pró-escolha costuma tratar o aborto como um mal necessário, como um procedimento que nenhuma mulher faria caso houvesse outra opção melhor. Em outras palavras, nenhuma mulher usaria o aborto como um método contraceptivo. O argumento pela escolha presume que a gravidez ou não é intencional ou é indesejada e que dar à luz causaria danos sociais ou psicológicos.

Ademais, o autor relembra que em situação de desespero (lembrando que se trata de um sentimento bastante subjetivo), se a mulher não pode realizar um aborto legal, certamente ela recorrerá a um aborto clandestino.

Para o autor, o aborto como uma forma de controle de natalidade somente seria aceitável, desde que presentes algumas circunstâncias, tais como, falha na contracepção, dificuldades socioeconômicas, estresse psicológico, problema com o pai. Assim, o mero fato de a gravidez ser indesejada não seria suficiente.

Há quem entenda que não cabe a distinção entre o aborto como um mal e a contracepção como uma atitude responsável. Afinal, muitas mulheres escolhem não usar métodos contraceptivos, já que eles também podem gerar efeitos não muito benéficos. Para muitas mulheres, o aborto pode não ser tão custoso assim.

No Plano de Ação da Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, em 1994, e na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing em 1995, houve uma mudança da perspectiva como se enxerga o aborto, que deveria ser tratado cada vez menos como uma questão criminal e cada vez mais como uma questão de saúde.[248]

Especialmente na Conferência do Cairo entendeu-se que o aborto realizado em condições inadequadas deve ser tratado como um relevante problema de saúde pública. Determina, ademais, que as mulheres que recorrem ao aborto devem ser atendidas de maneira pronta e humanitária.[249]

Não há dúvida de que o debate do aborto tem reflexos na saúde, de tal modo que se pode tratar o conceito de saúde pública como:

> À saúde pública interessa o nível de saúde da população e não apenas o estado de saúde das pessoas. Em ambos os casos, porém, o objeto do

[248] SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n.240. p.43-82. abr./jun. 2005.
[249] BRAUNER, 2001, p. 67-83.

> trabalho é a saúde, condição que envolve todas as características humanas do indivíduo: o corpo orgânico, essencialmente biológico; sua convivência, manifestada pela linguagem e valores culturais; e seu psiquismo, resultado da tensão entre os elementos anteriores e que determina o ser humano. Assim sendo, o imperativo ético-sanitário fundamental deve expressar a necessidade de manutenção da autonomia individual nesses três aspectos.[250]

Vê-se, portanto, que o conceito de saúde pública está intimamente ligado à ideia de respeito à autonomia individual, nos termos do já estudado e o aborto se apresenta como um problema ético da saúde pública. O profissional de saúde estaria assim obrigado a trabalhar para manter a autonomia individual.

Um primeiro questionamento entre direito à saúde e aborto, pensando-se em saúde pública, são as condições em que o aborto legal é realizado. A ideia é que se garanta um serviço de saúde adequado para a realização de abortos legais, respeitando-se a autonomia tanto das mulheres que se submetem ao aborto quanto dos profissionais de saúde que realizam o procedimento de aborto. Neste ponto, é importante que os profissionais que realizam o aborto tenham autonomamente escolhido participar de tal prática.[251]

Sobre as condições de realização do aborto legal no Brasil, é interessante citar a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes.[252] Tal documento determina quais os procedimentos a serem empregados para interrupção da gravidez em caso de violência sexual, bem como quais as condutas a serem tomadas por profissionais da saúde que atendem uma mulher vítima de tal violência.

De acordo com a norma técnica, uma das primeiras medidas é determinar o estágio da gestação, afinal sob a perspectiva da saúde abortamento seria a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação e com produto da concepção pesando menos de 500g. Ademais, considera-se o uso do termo aborto para o produto eliminado pelo abortamento.

O documento ainda considera abortamento inseguro "quando praticado em condições precárias e inadequadas, por pessoal com insuficiente habilidade, ou ambas as condições." Quando realizado de maneira insegura, o abortamento pode se relacionar a

---

[250] DALLARI, Sueli Gandolfi. Aborto - Um problema Ético da Saúde Pública. **Bioetica**. Brasilia. v.2. n.1. p.37-41. 1994.
[251] DALLARI, *Op. cit.*, p. 37-41.
[252] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. Norma Técnica. 3ª ed. Brasília, 2012, p. 76-81.

altas taxas de mortalidade, que correspondem a 13% das mortes maternas. Além disso, o abortamento inseguro pode gerar danos à saúde reprodutiva.

Até a 12ª semana, o método de interrupção da gravidez a ser utilizado é a aspiração a vácuo intrauterina, que é recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (Figo) e pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo). O documento entende que este método é bastante eficiente e seguro.

A norma técnica salienta também que o abortamento medicamentoso, realizado com misoprostol, também é uma opção válida principalmente para o primeiro trimestre. A eficácia deste tipo de abortamento é de cerca de 90%.

Já no segundo trimestre, o abortamento medicamentoso é o método preferido. Nas gestações entre 12 e 22 semanas, o misoprostol é recomendado para a dilatação cervical e a expulsão ovular. A norma determina também que casos que ingressem para atendimento entre 20 e 22 semanas devem ser rigorosamente avaliados, levando em consideração a possibilidade de erro na estimativa na data gestacional. A recomendação, portanto, é que se admita a internação somente até a 20ª semana. Após as 22 semanas, a norma técnica entende que o procedimento não é possível.

É importante citar também a Lei 12.845/13, que trata do atendimento pelo SUS às mulheres vítimas de violência sexual. E uma das medidas que devem ser adotadas de maneira imediata e obrigatória é a chamada "profilaxia da gravidez".

Além de condições dignas para a realização do aborto legal, é importante debater a questão do aborto clandestino e o risco à saúde das mulheres que a ele se submetem.

Rebecca Cook[253] salienta que as normas legais sobre aborto adquiriram novas perspectivas a partir do momento em que se entende que a gravidez pode ter fortes impactos sobre a saúde da mulher, principalmente quando ocorre muito cedo ou muito tarde no ciclo reprodutivo da mulher, se a gravidez é muito frequente ou ocorre uma muito próxima da outra. Todos esses fatores elevam as taxas de mortalidade e de morbidade maternas.

A autora cita pronunciamento do Diretor Geral da OMS durante a Conferência sobre a Segurança na Maternidade em 1987, *in verbis*:

[253] COOK, Rebecca J. **Leis e políticas sobre o aborto – desafios e oportunidades.** São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991, p. 12

> O fato mais marcante sobre a saúde materna, no mundo hoje, é a extraordinária diferença que existe nos índices de mortalidade entre os países industrializados e os em desenvolvimento. Nos países industrializados atualmente a mortalidade materna é rara: a média de risco para uma mulher morrer por causas relacionadas à gravidez, ao longo de sua vida, é de 1 em 4.000 e de 1 em 10.000. Para uma mulher nos países em desenvolvimento a média deste risco é de 1 em 15 e de 1 em 50. Estes países apresentam comumente índices de mortalidade materna 200 vezes superiores aos da Europa e da América do Norte – a maior disparidade em todas as estatísticas de saúde pública.[254]

Relembra a autora que a mesma Conferência concluiu que o aborto ilegal é responsável por cerca de 20 a 50% das mortes em mulheres simplesmente porque não há acesso a serviços de planejamento familiar e a processos seguros e tratamentos para as complicações do aborto.

A relação do aborto com a mortalidade materna não está ligada ao motivo de sua realização, se espontâneo ou provocado, mas sim as condições em que é realizado. O aborto ou a complementação de um aborto espontâneo, quando praticado em condições adequadas, apresenta um risco desprezível de morte para a mulher. Isso pode ser comprovado com países em que o aborto é legalizado e em que se oferece um serviço de saúde de qualidade. A criminalização do aborto não impede a sua realização, mas exerce fortes influências sobre as condições de sua realização principalmente de acordo com o perfil socioeconômico da mulher.[255]

Daniel Sarmento[256] aponta que nos países em que o aborto foi legalizado não houve aumento significativo do número de abortos realizados, em comparação com os abortos que eram praticados clandestinamente.

Entende o autor que a legislação que criminaliza o aborto tem como principal efeito expor a saúde das mulheres, principalmente a das mais pobres, a riscos altíssimos, o que poderia ser evitado através da adoção de uma política de saúde mais racional. De uma maneira prática, o que se pode perceber é que a criminalização do aborto não preserva a vida de fetos e embriões, mas sim retira ou ameaça a vida de muitas mulheres.

Indica o autor, como primeira lesão aos direitos da mulher, a obrigatoriedade de levar até o fim gestações que lesionam a saúde física ou psíquica da gestante. Enquanto a primeira lesão era de caráter individual, a segunda apresentaria um

---

[254] COOK, 1991, p. 12

[255] BACHA, Angela M; GRASSIOTTO, Oswaldo da R. Aspectos éticos das práticas abortivas clandestinas. **Bioética**. Brasilia. v.2. n.1. p.53-9. 1994.

[256] SARMENTO, 2006, p. 96-130.

caráter coletivo, já que a legislação além de não impedir que o aborto ocorra, submete diversas mulheres a um risco sério à saúde ao forçar a realização de abortos clandestinos.

Ressalta Sarmento que não se pode esquecer que a proteção do direito à saúde é um meio necessário à manutenção da própria vida, bem como da integridade física e psíquica. Neste ponto, relembra o conceito de saúde definido pela Organização Mundial da Saúde, pelo que: "saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade."

O direito à saúde teria, assim, uma dimensão defensiva, que atuaria como um mecanismo de bloqueio, impedindo que tanto o Estado quanto particulares lesionassem ou ameaçassem a saúde. Por uma perspectiva prestacional, o Estado deveria formular e implementar políticas públicas com o intuito de promover a saúde das pessoas.

Sarmento explica a dimensão negativa do direito à saúde tratamento especificamente da questão do aborto. *In verbis:*

> A dimensão negativa entra em cena, por exemplo, quando se verifica que a proibição do aborto, sob ameaça de sanção penal, em casos que envolvam riscos à saúde física ou psíquica da gestante, constitui lesão a este direito. Para cessar a ofensa, é preciso limitar o Estado, proibindo-o de agir contra as gestantes e profissionais da saúde enquadrados nesta situação.[257]

Juntamente com a dimensão negativa, o autor ainda trata a questão do aborto com a dimensão coletiva. Relembra o autor que não bastaria alterar a legislação que criminaliza o aborto, se não fossem garantidos a todas as mulheres os procedimentos médicos envolvidos no sistema público de saúde. Se o Estado não garantir a possibilidade de realização de aborto legal no sistema público, os riscos advindos do aborto clandestino permaneceriam os mesmos.

Interessante notar novamente como a legalização ou não do aborto não é uma questão puramente jurídica e constitucional. Ela envolve necessariamente fatores de saúde pública e prestações objetivas do Estado. Claramente, não se está tratando de um tema puramente criminal, mas sim também de uma matéria de saúde pública.

Não há dúvida de que o tratamento dado pela legislação ao aborto pode vir a significar uma séria agressão ao direito à saúde da mulher. Independentemente da discussão sobre o direito à vida do feto, é claro que deve haver uma preocupação com a

[257] SARMENTO, 2006, p. 127.

saúde da mulher.

É importante lembrar que o direito à saúde não ganha relevância apenas nas precárias condições em que o aborto clandestino costuma ser realizado. Além do caso já previsto pelo Código Penal de risco à vida da mulher, a própria gravidez pode gerar danos à saúde psicológica da gestante. Nem sempre a gravidez é vista pela mulher como um momento positivo. Uma gestação indesejada pode gerar danos psicológicos à mulher, de maneira a afetar sua saúde psíquica. Essa questão foi bastante citada pelo STF no julgamento do aborto de feto anencéfalo e é um dos argumentos da petição inicial da ação que pede autorização para mulheres infectadas pelo *zika* para interromper a gravidez.

Apesar de a saúde mental e física da mulher ser um motivo constante para se justificar a realização de um aborto no início da gestação, esta não parece ser a faceta mais relevante do direito à saúde para a interrupção da gestação. Considerando-se o aborto como uma decisão que é parte da autonomia reprodutiva, não há grande relevância no motivo que leva a mulher a não prosseguir com a gravidez. Se o aborto é um procedimento que depende de uma escolha íntima, então não há necessidade que a mulher justifique perante o Estado qual a razão de querer realizar um aborto. A proteção ao direito à vida do feto poderá ocorrer de outras maneiras distintas de um motivo para a realização do aborto.

A discussão do direito à saúde, no caso de aborto, tem mais relevância para se entender o dano real à saúde das mulheres que a prática de abortos clandestinos causa. Além disso, cabe analisar também o número de procedimentos realizados hoje no Brasil, provando que a criminalização da conduta não impede a sua realização.

No Brasil, a correlação entre mortalidade e aborto é bastante clara e antiga. Dados de 1977 demonstram que foram atendidos 1.166 casos de sequelas de aborto clandestinos no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, naquele ano. Grande parte de tais abortos teria sido realizado por mulheres casadas com dois ou mais filhos. Ademais, há um importante gasto de recursos públicos com tal atendimento, afinal o período médio de internação foi de 2 a 3 dias, ocasionando um gasto de cerca de 637 milhões de cruzeiros em 1979.[258]

Dados da Organização Mundial da Saúde, de 1993, indicam que são praticados por volta de 2 a 4 milhões de abortos clandestinos por ano, com aproximadamente 400 mil mortes de gestantes. Assim, por mais que se tente proteger a

[258] SOARES, Orlando. Direito à vida. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. v.92. n.336. p.149-73. out/dez. 1996.

vida do feto, o fato é que o aborto vem sendo praticado sistematicamente.[259]

De acordo com dados de 1997 da OMS, são realizados, em média, 55 mil abortos inseguros por dia no mundo. Na América Latina e no Caribe, 1 em cada 10 mulheres hospitalizadas em razão de complicações em abortos tem menos de 20 anos.[260]

Galli [261] trata dos impactos negativos da criminalização do aborto especificamente no Brasil. Para a autora, o volume de abortos clandestinos no Brasil está diretamente relacionado às leis de aborto restritivas. Diversas pesquisas demonstram que há uma relação direta entre as restrições legais e as altas taxas de abortos clandestinos.

Começa a autora salientando a forte influência que tem a Igreja Católica sobre sexualidade e reprodução. Movimentos feministas e de diversidade sexual lutaram para incluir na agenda pública os direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar da resistência de grupos mais tradicionais, é fato que os direitos reprodutivos avançaram no País.

Um estudo nas 26 capitais dos Estados demonstrou que há uma taxa de 74 mortes a cada 100.000 nascimentos com vida, revelando uma dificuldade em determinar a taxa de mortalidade materna no Brasil. O mesmo estudo, segundo a autora, demonstra ainda que não houve queda na mortalidade de 1996 para 2006. E o aborto clandestino está entre as cinco maiores causas de mortalidade materna no Brasil.

Uma notícia de 2008 demonstra que todas as mortes ocorridas em razão de aborto clandestino em Recife e Petrolina poderiam ter sido evitadas se o aborto tivesse ocorrido num ambiente seguro. Aproximadamente 220.000 mulheres são tratadas anualmente no Brasil por complicações advindas de abortos clandestinos.

Em 2009, o Comitê da ONU em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manifestou sua preocupação com a manutenção das altas taxas de mortalidade maternas, principalmente dentre mulheres de sociedade marginalizada.

Apesar da criminalização, imagina-se que por volta de 1 milhão de abortos ocorram por ano no Brasil. A autora salienta que um estudo de 2010, Pesquisa Nacional do Aborto, do qual se falará posteriormente, feita com mulheres que vivem no perímetro urbano entre 18 e 39 anos, demonstra que até o fim da idade reprodutiva, pelo menos, 1 em cada 5 mulheres já realizou um aborto. A pesquisa revelou, ainda, que a realização de

---

[259] ELUF, 1993, p.285-92.
[260] BRAUNER, 2001, p. 67-83.
[261] GALLI, Beatriz. Negative impacts of abortion criminalization in Brazil: systematic denial of women's reproductive autonomy and human rights. **University of Miami Law Review.** Miami. v.65. n.3. p.969-80. 2011.

abortos é mais frequente entre mulheres na faixa de 18 a 29 anos. Nenhuma diferença foi observada na prática de abortos entre mulheres de religiões distintas, mas o aborto ocorre de maneira mais frequente entre mulheres de educação mais baixa.

Metade das mulheres que abortou teve alguma internação posterior ao procedimento. Para a autora, tais resultados concluem que o aborto deveria ser uma prioridade de saúde pública.

Entre 1989 e 2008, apenas 1.606 mulheres estavam aptas a realizar um aborto legal. Em 2008, foram registrados mais de 3.000 abortos legais, o que representa um aumento significativo, mas ainda está aquém das necessidades de saúde das mulheres. Considerando a extensão do País, poucos hospitais públicos oferecem o serviço de aborto legal.

Prossegue a autora afirmando que uma pesquisa do IPAS de 2006 revela que boa parte dos médicos não acredita na mulher quando ela reporta ter sido vítima de um estupro, desqualificando, assim, a mulher como apta para a realização de um aborto legal. A pesquisa ainda trata da frequente recusa dos médicos em realizar o procedimento, o que faz com que as mulheres tenham que esperar a troca de turno para se submeterem ao procedimento. Para a autora, neste caso, o uso da objeção de consciência, expressada na recusa de tratamento, viola os direitos das mulheres a serem tratadas sem discriminação, à autonomia reprodutiva, à liberdade e à segurança.

Há problemas na realização do aborto também quando se trata de risco à vida da mulher. Ademais, o próprio Judiciário interpreta as hipóteses de aborto de maneira bastante restritiva, ao considerá-lo como possível somente quando há risco iminente à vida da mulher.

Essa situação viola normas e princípios de direitos humanos internacionais, a exemplo do célebre caso julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em que se reconheceu a responsabilidade da Polônia por negar a prática de um aborto legal.

Por fim, relembra a autora que o artigo 12.1 da Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres estabelece que o Estado deve tomar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres, de modo a garantir pleno acesso aos serviços de saúde, com igualdade de condições entre homens e mulheres. Para a autora, o acesso igualitário aos serviços de saúde é deficitário no Brasil, considerando principalmente os dados da pesquisa demonstrada e as altas taxas de mortalidade materna.

Em 2010, foi realizada no Brasil a chamada Pesquisa Nacional de

Aborto[262], coordenada por Debora Diniz e Marcelo Medeiros. De acordo com a pesquisa, neste ano, 15% das mulheres já realizaram um aborto. O número de abortos seguramente é maior que o número de mulheres que já fizeram o aborto, já que a mulher pode ter feito mais de um aborto na vida.

O número de abortos também varia de acordo com a faixa etária. Entre 18 e 19 anos, estima-se que 6% das mulheres já realizaram um aborto, enquanto que entre mulheres entre 35 e 39 anos, 22% já se submeteram a tal procedimento. Ademais, 60% dos abortos foi realizado no auge do período reprodutivo, ou seja, entre 18 e 29 anos. O aborto também é mais frequente entre mulheres com escolaridade mais baixa, sendo que 23% das mulheres que já praticaram um aborto cursaram até o quarto ano do ensino fundamental. A pesquisa não enxergou nenhuma diferença relevante entre números de abortos praticados entre mulheres de distintas religiões.

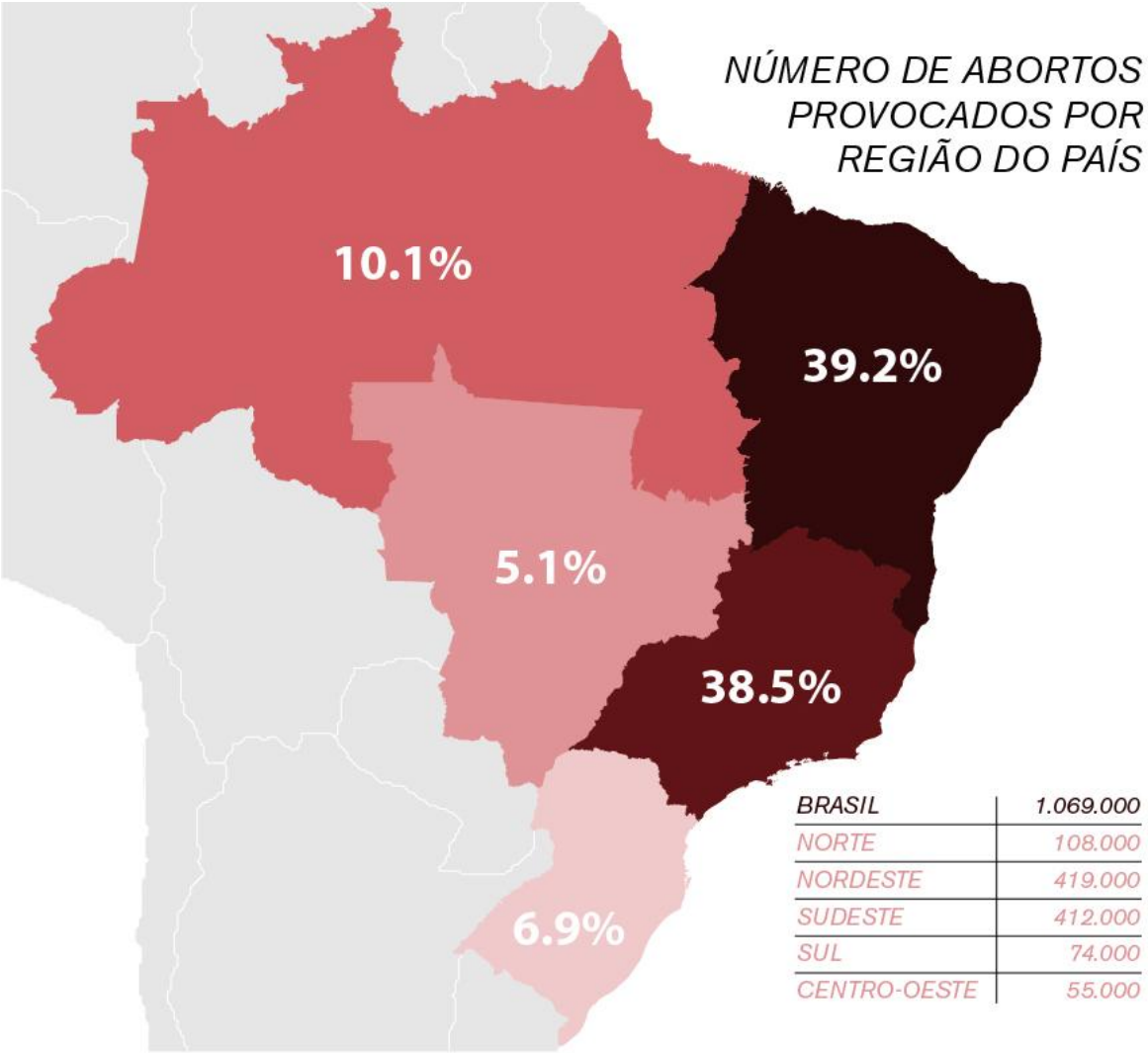
A pesquisa envolveu também os métodos em que se pratica o aborto. Mais da metade dos abortos clandestinos foi realizado com medicamentos, principalmente considerando-se que o misoprostol era bastante popular no Brasil até a década de 90 (apesar de a pesquisa não tratar do tipo de remédio). As taxas de internação pós-aborto também são bastante altas, já que cerca de metade das mulheres que praticou o aborto recorreu ao sistema de saúde e foi internada por complicações.

Dados de 2015 apresentados pelo governo brasileiro, em relatório para a Pequim +20, mostram que o aborto clandestino é a quinta causa de morte dentre mulheres no Brasil.[263]

Segundo informações coletadas pelo IBGE, 8,7 milhões de mulheres entre 18 e 49 anos já realizaram um aborto, sendo que 1,1 milhão de abortos foi provocado. No Nordeste, 37% das mulheres que já fizeram um aborto não têm instrução, enquanto que apenas 5% das mulheres que têm superior completo realizaram o procedimento. Entre mulheres negras e brancas, as taxas de aborto são o dobro dentre as primeiras. A pesquisa levantou também as taxas de aborto por região do país:[264]

---

[262] http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf, acessado em 26/09/2016 às 22h53.
[263] http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_Brasil_Beijing_20.pdf , acessado em 27/09/016 às 22h33.
[264] http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-_n_8022824.html, acessado em 26/09/2016 às 22h43



É bastante difícil ter precisão de dados sobre o número de abortos realizados clandestinamente, tendo em vista o óbvio caráter ilegal de sua realização. Notícia[265] recente demonstra que o SUS atende 100 vezes mais procedimentos pós-aborto do que realiza abortos legais. Em 2015, cerca de 181 mil mulheres passaram por procedimentos de curetagem seja por terem passado por aborto espontâneo ou provocado. Por volta de 10.623 mil mulheres submeteram-se a um procedimento chamado AMIU (esvaziamento do útero por aspiração manual interina). Dos números totais, 59 mulheres morreram. O custo total de todos esses procedimentos foi de R$ 40,4 milhões.

Dados sobre a realização de abortos e suas complicações demonstram a deficiência das políticas estatais sobre educação sexual e utilização de métodos contraceptivos. Em notícia recente, divulgou-se que 55,4% das mulheres que engravidaram

[265] http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interrupcoes-legais.htm, acessado em 27/09/2016 às 22h49.

entre 2011 e 2012 não planejaram a gestação. Do total, 25,5% relataram que pretendiam aguardar mais tempo para engravidar, enquanto que 29,9% não tinham intenção de engravidar em nenhum momento da vida.[266] Diante de dados como estes, vislumbra-se que uma maneira efetiva de se reduzir o número de abortos é investir em educação sexual, de modo que as mulheres estejam aptas a evitar gravidezes indesejadas.

Nesta linha, pode-se começar a discutir a efetividade da criminalização do aborto para proteger o direito à vida do feto. É fato que o crime de aborto não impede a realização do procedimento. A única consequência efetiva da tutela penal é relegar as mulheres mais pobres, sem acesso a clínicas e médicos, a realizar o aborto de maneira clandestina e sem condições adequadas.

Certamente mais eficiente do que criminalizar a conduta da mulher que aborta seria o Estado investir em políticas de educação sexual e de planejamento familiar, de modo a impedir que as mulheres se vejam obrigadas a lidar com uma gravidez indesejada.

Cabe ainda pensar em que termos a opinião pública pode influenciar as políticas estatais, a exemplo da política de aborto. Wetstein[267] analisa a relação entre as políticas de abortos nos estados americanos e o apoio popular. Para o autor, umas das questões mais relevantes da democracia moderna é a possibilidade de os cidadãos influenciarem as políticas públicas. Por trás dessa afirmação, presume-se que as preferências dos cidadãos influenciam as políticas do Estado.

O autor demonstra que há uma ligação forte entre as preferências do povo sobre a política de aborto e o rumo da legislação estatal. O pensamento, contudo, vai mais além. Se a preferência do cidadão influencia a política, qual será a influência da política sobre o comportamento dos cidadãos?

Prossegue o autor pensando em algumas hipóteses: a) onde há grande apoio ao aborto, serão feitas menos políticas restritivas ao aborto; b) onde há grande apoio ao aborto e onde há menos restrições para a sua realização, haverá maior acesso ao aborto; c) onde há grande apoio ao aborto, menos restrições para a sua realização, maior acesso ao procedimento, as mulheres praticarão um maior número de abortos; d) o impacto das preferências do público nas políticas e no acesso ao aborto permanecem significativas mesmo quando variáveis socioeconômicas e religiosas são controladas.

---

[266] THOME, Clarissa. 55% das mães não queriam ter filhos. **O Estado de São Paulo.** 02 de dezembro de 2016, p. A22.

[267] WETSTEIN, Matthew E; ALBRITTON, Robert B. Effects of public opinion on abortion policies and use in the American States. **Publius: the jornal of federalism.** Easton. v.25. n.4. p.91-105. 1995.

A variável dependente do aborto leva em consideração o número de abortos para cada 1000 nascimentos com vida em cada estado em 1992. As informações sugerem que foram realizados 1,5 milhão de abortos em 1992 nos EUA. O maior número de abortos teria ocorrido em Nova Iorque, com 694, e o menor em Wyoming com 74. 85% de todas as gravidezes resultam em nascimentos com vida.

Um resultado das políticas restritivas é que o acesso ao aborto pode ser limitado. E diversos estudos já demonstraram que o acesso é fundamental para determinar o número de abortos.

As conclusões do estudo são as seguintes: a) onde há maior apoio público ao aborto nos Estados americanos, as políticas são menos restritivas; b) onde os níveis de apoio ao aborto são maiores, as mulheres têm maior acesso ao serviço de prática do aborto; c) onde o apoio público ao aborto é maior, há uma influência indireta e positiva das taxas de utilização do aborto; d) o significado do apoio público ao aborto permanece forte, mesmo quando controlado por fatores socioeconômicos e religiosos nos Estados americanos.

Inegável, portanto, que o debate da criminalização do aborto passa por considerações de saúde.

II.5- Estado laico e liberdade religiosa

II.5.1- A influência da religião na questão do aborto

A análise sobre a constitucionalidade do aborto passa necessariamente pela discussão da influência religiosa nas decisões do Estado e, portanto, pelo conceito de Estado Laico.

Conforme salientado na minha dissertação de Mestrado[268], o modelo adotado pela Constituição brasileira é aquele de separação entre Estado e Igreja, em que o Estado é indiferente com as religiões. Assim, não pode nem favorecer nem prejudicar quaisquer religiões.[269] A liberdade de culto é plenamente assegurada, sem nenhum tipo de intervenção estatal.

Esta independência entre as religiões e o Estado pode ser adotada na prática através de dois caminhos. Pela separação, o Estado pode ignorar totalmente o fato religioso, sem demonstrar a ele qualquer hostilidade ou, pelo contrário, pode ignorar as

[268] SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988.** Dissertação. (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 42-59.
[269] COLLIARD, 1989, p. 331.

religiões, adotando, contudo, um comportamento hostil.[270]

Autores[271] enxergam como elementos característicos da laicidade estatal: a autonomia e a independência da autoridade civil no confronto com a autoridade religiosa, não-confessionalidade do Estado, a sua neutralidade e imparcialidade em matéria religiosa.

Tais elementos representam as características básicas de um Estado Laico e variam de acordo com o ordenamento jurídico e com o período histórico por que passa o país, afinal a laicidade antes de ser uma realidade jurídica é um princípio político e, portanto, um valor relativo, historicamente determinado. Não há um modelo universal de separação Estado e Igreja a ser adotado por todos os Estados.

Robert[272] também enxerga alguns pontos e características fundamentais para se determinar a existência de um Estado. O primeiro deles seria o fato de o Estado não reconhecer oficialmente nenhum culto. Tal proibição não significa afirmar que o Estado deva desconhecer e desconsiderar o fenômeno religioso. Essa vedação apenas determina o fim do sistema de religiões oficiais.

O segundo ponto seria a impossibilidade de o Estado subvencionar religiões, excluindo completamente a ideia de um serviço público religioso. Apesar desta vedação, ainda remanesce a possibilidade de o Estado subvencionar atividades religiosas que tenham um caráter geral e consentâneo com o interesse público. Admite-se a possibilidade, a título exemplificativo, de contratação direta de serviços religiosos, bem como de remuneração dos ministros de cultos por serviços públicos prestados.

No que diz respeito à impossibilidade de o Estado subvencionar cultos ou religiões, Colliard[273] prevê o surgimento de alguns entraves e questionamentos. Para o autor, a laicidade estatal proibiria a subvenção direta incluída no orçamento público para beneficiar uma Igreja ou seus membros. Preconiza o autor a interpretação cautelosa desta proibição para que ela não represente na prática um embaraço à liberdade religiosa. Neste sentido, vislumbra um ponto de relativização do princípio da laicidade estatal, admitindo alguns limites que permitam e facilitem o exercício da liberdade de culto.

A separação entre Estado e Igreja pode ser resumida em alguns princípios fundamentais, tais como, a indiferença ou a neutralidade confessional do Estado e a liberdade de organização e independência das igrejas e confissões religiosas.

---

[270] RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 526
[271] OLIVITO, Elisa. Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica esperienze a confronto. **Diritto Pubblico**, Bologna, v.10, n.2, mag./ago. 2004, p. 549-550.
[272] ROBERT, 1999, p. 514-517.
[273] COLLIARD, 1989, p. 344

Para Canotilho e Vital Moreira,[274] a chamada indiferença ou neutralidade confessional impediriam qualquer ingerência religiosa no Estado ou nos poderes públicos. Aqui o ponto novamente recai na impossibilidade de realização de cerimônias religiosas oficiais, juntamente com a proibição de que autoridades públicas desempenhem funções religiosas. Não poderia haver, portanto, qualquer relação entre atos, funções e locais estatais e símbolos e ritos religiosos.

O segundo princípio seria o da não ingerência do Estado na organização das igrejas e no exercício de suas funções e do culto. A máxima deste princípio seria a não intervenção do Estados nas Igrejas, com a exceção de que o Estado permanece com sua competência de regulamentação normativa da liberdade de organização e associação privadas e dos direitos de reunião e de manifestação.

Destes princípios trazidos pelos constitucionalistas portugueses, ganha relevância para o estudo do aborto o primeiro princípio quanto à neutralidade confessional do Estado. Com base na ideia de que as confissões religiosas não podem ter influência sobre o Estado, é de se considerar que tal proibição não se daria apenas para a realização de cerimônias religiosas oficiais. Tal vedação deve ir além e incluir também a adoção pelo Estado de posições puramente religiosas que não se coadunem com finalidades públicas. É de se questionar até que ponto a adoção pelo Estado da ideia de que a vida tem início com a concepção e é dotada de um caráter absoluto não seria uma influência religiosa, que violaria a laicidade do Estado.

Ronald Dworkin[275] trata a separação entre Estado e Igreja sob uma perspectiva distinta, sem falar em Estado Laico em oposição a Estado confessional. Dworkin classifica os Estados, de acordo com a sua relação com a Igreja, em Estados religiosos e seculares, que podem ser tolerantes ou intolerantes. O Estado pode ser religioso e mesmo assim tolerar quem não acredita na religião estatal. Já, pelo contrário, o Estado pode ser secular e tolerar os religiosos. Para o autor, os EUA atualmente adotam uma parcela dos dois modelos.

O Estado para ser considerado religioso não deve necessariamente adotar uma religião oficial, como ocorre no conceito de estado confessional. Ainda que não tenha religião oficial, o Estado religioso defende a religião como um fator importante para a vida e o bem da sociedade e das pessoas. Este Estado caracteriza-se por fazer referência à

[274] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed, Coimbra: Almedina, 1993., p. 244.
[275] DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate.** Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 52-78.

existência de um deus único em seus juramentos e pronunciamentos oficiais (e.g., a expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de dinheiro).

A despeito de ser um Estado religioso, ele respeita todos os tipos de crença, inclusive a ausência de crença, mas costuma adotar como política oficial do Estado a ideia de que os cidadãos que não têm religião estariam em profundo equívoco.

Pelo contrário, um Estado secular pode ser tolerante com todas as religiões, inclusive com manifestações pacíficas de religiões fundamentalistas. Não deveria aceitar referências religiosas ou ateias em seus pronunciamentos oficiais, nem autorizar a montagem de árvores de Natal em propriedades públicas.

Um ponto comum de ambos os Estados é a tolerância com religiões pacíficas. Diferem, contudo, quanto ao conceito de liberdade religiosa.

A sociedade que apoia um Estado religioso tolerante acredita na liberdade de crença em razão da especial importância que a religião tem na vida das pessoas. Por se fundamentar na importância da religião, a compreensão de liberdade religiosa do Estado baseia-se na existência de um deus que imporia conceitos prontos aos cidadãos em relação a questões éticas fundamentais, tais como, aborto, eutanásia e células-tronco.

Já uma sociedade secular, não aceita uma visão estreita da liberdade religiosa. Uma sociedade religiosa encontra uma justificativa especial para a existência do direito à liberdade religiosa. O central num Estado secular é valorizar a liberdade de escolha entre quaisquer convicções, religiosas ou não. Não se admite a tomada de decisão governamental com base em princípios religiosos. E aqui de novo, um ponto importante para o debate do aborto.

Dworkin utiliza esses conceitos para analisar os EUA enquanto Estado religioso ou secular. Para ele, os EUA foram fundados com base em uma sociedade religiosa tolerante. Após a Segunda Guerra Mundial, os juízes da Suprema Corte teriam transformado os EUA numa sociedade secular contra a vontade da maioria dos americanos. O movimento que hoje se verifica na política norte-americana é de conduzir a religião ao seu papel original.

O autor cita a declaração do Juiz Anthony Kennedy, ao afirmar que um Estado tolerante não deve agir de modo a rejeitar qualquer tipo de manifestação religiosa que eventualmente faça não religiosos se sentirem desconfortáveis. Pensando em todas as características já expostas, a democracia americana estaria mais próxima de uma sociedade religiosa tolerante, já que frequentemente invoca a crença da Nação em deus em diversos momentos, desde a impressão na moeda até a realização de orações em aberturas de

sessões legislativas.

Historicamente, os EUA seriam, portanto, um Estado religioso. Caberia discutir, então, a possibilidade de substituir os princípios religiosos que têm baseado a sociedade americana por questões de razão pública, seculares. Dworkin entende que tal mudança teria como entrave aqueles cidadãos que confundem suas convicções políticas com as religiosas.

A alternativa para o autor não seria excluir do debate político as convicções religiosas, mas sim contrapô-las com as convicções liberais e seculares que se baseiam na separação entre política e religião. Nesta solução proposta por Dworkin, seria tomada como base uma concepção ampla de liberdade, que impediria a coerção de quaisquer cidadãos à prática de atos que tenham como fundamento único o julgamento pessoal. Tal concepção estaria de acordo com uma sociedade secular e não com uma religiosa.

Neste ponto, é imperioso pensar nas escolhas do Estados com relação ao aborto e quais, de fato, teriam sido os seus fundamentos. De acordo com Dworkin, um Estado secular não pode adotar posições oficiais que intervenham ou impeçam determinadas escolhas tomadas pelos cidadãos no âmbito de suas liberdades religiosas.

Um estado religioso, ainda que tolerante, tem como característica fundamental restringir o âmbito de proteção da liberdade religiosa dos indivíduos, já que ele impõe às pessoas que ajam de acordo com determinadas concepções do Estado que são religiosas.

E a questão do aborto é uma que, a depender da concepção do Estado, pode incluir-se ou não no campo da liberdade religiosa. Como já foi dito, não há qualquer consenso na comunidade científica sobre qual o momento em que a vida se inicia. Dessa maneira, qualquer assunção pelo Estado sobre quando começa a vida parte de um pressuposto filosófico ou religioso, o que impediria os cidadãos de adotarem e acreditarem em qualquer concepção diversa daquela imposta pelo Estado.

Começa a se evidenciar, portanto, que a criminalização do aborto acaba-se mostrando por um viés religioso, já que o conceito quanto ao início da vida tem cunho religioso e filosófico. Ao impedir a realização do aborto, o Estado obriga a que seus cidadãos compartilhem da mesma opinião que a dele, diminuindo, portanto, o espectro de sua liberdade religiosa.

Dessa maneira, a laicidade do Estado não ficaria restrita somente a impedir que o Estado se relacionasse com determinada religião, mas sim em delimitar um espaço entre o poder político e o campo da fé. Não há respeito à laicidade do Estado, quando se

obriga a que o Estado imponha um determinado comportamento aos seus cidadãos não por questões de razões públicas, mas sim por questões de fé. Tal tipo de decisão, que não é baseada em questões de razão pública, acaba não tendo a legitimidade necessária em uma sociedade pluralista.[276]

Tanto é assim que a discussão sobre aborto e tantas outras tais como o suicídio e a eutanásia ganham especial relevância quando vistas à luz das religiões. A religião católica, por exemplo, impediria qualquer uma dessas práticas, de tal modo que essas liberdades dependem da laicidade do Estado, apesar de terem como fundamento as liberdades corporais que asseguram os direitos à vida e à saúde.[277]

Pensando na classificação feita por Dworkin de Estado religioso ou secular, parece inegável que o estado brasileiro se enquadra como um estado religioso. Afinal, apesar de não ter uma religião oficial, adota posturas baseadas em concepções religiosas, faz referências a deus (em cédulas de dinheiro, no preâmbulo da Constituição, entre outros). A adoção de posturas religiosas pelo Estado, às vezes, não é clara, mas certamente influencia a liberdade religiosa dos cidadãos. E o tratamento legislativo conferido ao aborto talvez seja uma dessas posturas religiosas adotadas pelo Estado.

Para Dworkin[278], situar o aborto na 1ª Emenda da Constituição Americana (Separação Estado e Igreja) é intuitivo para quem entende que o aborto é uma questão religiosa. Cabe ao Estado conciliar direitos e interesses das pessoas, que muitas vezes, são antagônicos e decidir qual deles deve prevalecer. O Estado não pode se furtar a tal decisão simplesmente porque algumas religiões se interessam sobre o assunto.

Nos EUA, o governo secular já decidiu que o feto não é uma pessoa constitucional. A questão constitucional é distinta e repousa em saber se o Estado pode proibir o aborto, com base num ponto de vista controverso, sobre o que pode ser exigido em respeito ao valor intrínseco da vida humana. Não é uma questão sobre quem tem direitos. Ainda que os estados não possam proibir uma conduta pelo simples fato de agredir o valor intrínseco da vida humana, isso não impede que eles exerçam a sua responsabilidade. Afinal, um dos deveres mais fundamentais dos governos é permitir que todos os cidadãos vivam de acordo com as suas convicções.

O primeiro grande problema sobre a aplicação da 1ª Emenda é determinar que convicção pode ser considerada como religiosa, em oposição a um princípio moral

[276] SARMENTO, 2006, p. 115-8.
[277] LECLERCQ, Claude. **Libertés publiques**. 3 ed. Paris: Litec, 1996.
[278] DWORKIN, 2009, p. 224-231

religioso ou uma preferência pessoal. O segundo problema está na explicação do que significa a proibição de estabelecimento de uma religião. A questão difícil está em determinar quando o governo apoia questões que são consideradas como religiosas.

Se o feto fosse uma pessoa constitucional, com interesses que o governo deveria proteger, a legislação que proíbe o aborto seria prioridade, ainda que as convicções de adeptos ou adversários do aborto fossem religiosas. O feto, porém, não é considerado uma pessoa constitucional nos EUA. "Se as convicções das pessoas sobre o que o valor inerente da vida humana requer são convicções religiosas, a exigência de conformidade por parte de um governo estaria impondo uma religião coletiva [...]."[279]

O que seria considerada uma crença religiosa para a 1ª Emenda? A Suprema Corte entendeu que crença religiosa não é apenas a crença em um deus. Em *United States v. Seeger*, a Corte relembrou que as principais religiões representadas nos EUA não pressupunham a crença em uma divindade. Assim, uma convicção pode ser considerada religiosa ou por seu conteúdo ou por ter uma importância subjetiva muito grande para a pessoa que a professa.

Dworkin entende que o critério de importância subjetiva é insuficiente para distinguir uma convicção religiosa de outro tipo de convicção. Seria necessário, portanto, um critério objetivo de conteúdo. Para ele, as convicções que endossam a importância objetiva da vida humana têm um conteúdo religioso. Parece ao autor que uma matéria comum a todas as convicções religiosas é o questionamento sobre a vida humana.

No Caso *Seeger*, a Suprema Corte entendeu que o Congresso não poderia discriminar aqueles que exercessem objeção de consciência ao serviço militar por professar crença em uma religião não teísta. No caso *Gilette v. United States*, a Corte corroborou a decisão do Congresso que recusou a escusa de consciência realizada a apenas algumas guerras e não a todas. Tal decisão é considerada correta se se pensar que a oposição à guerra tem como fundamento a convicção de que a vida humana é sagrada e, portanto, não pode ser aniquilada por nenhuma guerra. A partir do momento em que se escolhe qual guerra permite matar, realiza-se uma consideração política ou de justiça e não religiosa.

Dworkin entende que a ideia de que o aborto é uma questão religiosa e, portanto, extrapolaria os limites de ação do Estado é bem fundamentada. Para ele, o Estado não pode determinar como os seus cidadãos devem entender o início e o fim da vida, por força da 1ª Emenda. Ele relembra que nem toda mulher que decide fazer um aborto reflete

[279] DWORKIN, 2009, p. 226

sobre o início ou o fim da vida. Aquelas, contudo, que se recusam a fazer um aborto, fazem-no com base em convicções religiosas. Assim, ao proibir o aborto o Estado nega a liberdade religiosa das mulheres.

> [...] qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras, o que a Primeira Emenda proíbe.[280]

Neste sentido, também o direito à autonomia procriadora decorreria da 1ª Emenda.

Bradley[281] critica Dworkin por entender que o autor não quer nem defender nem refutar as convicções do povo americano, mas apenas quer enunciá-las. E para Bradley, ele ignora diversas crenças tradicionais dos americanos, como a existência de Deus, de um ser maior.

Tratando especificamente da Igreja Católica, Bradley entende que Dworkin pretende reinterpretar as convicções do papa, do que seria considerado santo e da moral teológica. A grande crítica do autor é que Dworkin preocupa-se apenas com a Igreja Católica, sem tratar longamente das demais religiões. Para o autor, o problema de Dworkin não é afirmar que a Igreja entende que todos os abortos são injustos, mas sim em afirmar que ninguém realmente acredita nisso. Dworkin trata as pessoas como se elas fossem essencialmente confusas.

Para Dworkin, os membros da Igreja Católica não acreditariam naquilo que pregam. Dworkin ignora dois trabalhos fundamentais da Igreja sobre aborto, escritos pelos católicos ortodoxos, Germain Grisez e John Connery. Pelo contrário, Dworkin confia nos ensinamentos dos dissidentes da Igreja Católica.

Bradley salienta que Dworkin ignora que a Igreja Católica já reconheceu a possibilidade de um aborto em estágio inicial da gravidez, de modo que esta alteração de posicionamento, daria uma vantagem política na campanha contra o aborto.

O autor também critica aquilo que Dworkin entende como religioso. Para Dworkin, religião pode ser definida através das questões que as pessoas religiosas fazem. Bradley, contudo, relembra que Sartre e o Papa João Paulo II fazem as mesmas perguntas. Por acaso ambos acreditam na existência de um Ser Supremo?

---

[280] DWORKIN, 2009, p. 230-1
[281] BRADLEY, 1993, p.329-91.

A religião trata sobre como se viver em harmonia com Deus. Muitas das exigências, como dieta alimentar, vestimenta, são consideradas como questões de pequena relevância para Dworkin. Para Bradley, quando a religião estabelece qual o caminho para a santidade, para aqueles que são religiosos abre-se um conceito que Dworkin renega, que é a desobediência a Deus. E Dworkin, ao ignorar tal sentimento, apresenta um conceito muito estreito de que seria considerado religioso.

Quando Dworkin entende que qualquer resposta à questão sobre o sentido da vida é essencialmente religiosa, então ele impede que qualquer pessoa racional não seja religiosa.

Para Bradley, nos dois principais julgamentos sobre aborto, *Roe* e *Casey*, o que domina é a soberania da autodeterminação. Assim, o primeiro domínio dos indivíduos é a possibilidade, em matéria de religião, de escolher. E esta escolha vem antes da vida religiosa. A verdadeira liberdade religiosa não é a liberdade de viver de acordo com uma crença sem sofrer interferência civil, mas sim a possibilidade de escolher entre ter uma religião e não a ter. Qualquer escolha, desde que não fira um terceiro, deve ser considerada válida.

Dworkin parece esforçar-se para enquadrar todo pensamento em relação ao aborto e ao início da vida como religioso. Ao afirmar que toda consideração que diga respeito ao valor intrínseco da vida humana seria religiosa, o autor aparentemente amplia bastante o conceito de religião. Para ele, a religião não pressuporia necessariamente a crença em um ser superior. Dessa maneira, qualquer convicção que não baseada puramente em fundamentos científicos seria assim religiosa.

Analisando-se tal posicionamento, parece haver um exagero pelo autor daquilo que poderia ser considerado religioso. Não se assemelha razoável que todo pensamento reflexivo sobre o início da vida possa ser considerado religioso. Afinal, praticamente toda pessoa já exerceu alguma elucubração, ainda que simples, sobre o significado da vida e seu valor. Este único pensamento não parece ser suficiente para considerar a pessoa como religiosa.

Ao realizar tal esforço, Dworkin demonstra que considera que o grande fundamento para que o aborto seja considerado constitucional é a separação entre Estado e Igreja. Não há dúvida que as questões da laicidade estatal e da liberdade religiosa são importantes argumentos na decisão do aborto, não sendo, contudo, as únicas.

A Constituição de 1988 não trata apenas da liberdade religiosa, mas sim da liberdade de consciência e de crença, o que inclui não apenas a crença em uma religião,

mas sim a crença em ideias não religiosas, baseadas concepções filosóficas e pessoais. É possível assim, imaginar que uma pessoa tenha convicções sobre o momento de início da vida ou ainda sobre o valor e a dignidade da vida humana sem que com isso seja considerada religiosa. E tais concepções, por serem de cunho pessoal, são protegidas igualmente pela liberdade de consciência e de crença.

Tratando-se da separação Estado e Igreja, que constitui o chamado princípio da laicidade estatal, é mister salientar algumas questões. Dworkin tem um entendimento interessante sobre a laicidade do Estado. Ao entender que o Estado pode ser considerado religioso apenas por adotar como próprias concepções que são puramente religiosas, o autor traz um importante argumento para a legalização do aborto.

Quando um Estado criminaliza o aborto em qualquer período da gestação, adota um pensamento de que a vida tem início com a concepção. Tal pensamento certamente pode ser considerado religioso, uma vez que o início da vida é um conceito que depende de questões religiosas ou filosóficas, já que não cabe à ciência determinar o que se considera vida.

Se a ciência não consegue determinar quando se dá o início da vida, então qualquer determinação arbitrária poderá ser considerada ser considerada religiosa ou filosófica, ou seja, de cunho pessoal. Não há dúvida de que as religiões têm uma influência importante no conceito adotado pelo Estado sobre o início da vida, porém não se pode dizer que toda concepção sobre o início da vida seja puramente religiosa.

É preciso lembrar ademais que o fato de uma ideia ser religiosa não impede que ela seja adotada por um Estado Laico, desde que o conceito adotado esteja de acordo com os objetivos seculares do Estado. Se assim não fosse, os Estados Laicos não poderiam consagrar princípios como o da dignidade e da igualdade, uma vez que eles também são defendidos pela Igreja Católica, por exemplo.

O fato de as religiões considerarem a concepção como o momento de início da vida não impede que os Estados Laicos abarquem este posicionamento. Afinal, a proteção ao feto não parece ser um ideal contrário aos objetivos de um Estado secular. Entender, contudo, que este direito seria absoluto ultrapassaria os limites de proteção constitucional aos direitos fundamentais, para representar uma assunção indevida de conceitos religiosos pelo Estado.

Assim, ainda que o início da vida com a concepção seja um conceito religioso, não parece haver agressão à laicidade, se o Estado adotar a concepção como o momento de início do direito à vida do feto. Para manter a neutralidade, o Estado deve,

contudo, compreender o direito à vida do feto com as mesmas características dos demais direitos fundamentais, principalmente a de que todos são considerados relativos.

Parece ainda que tendo em vista a diferença entre o feto e uma pessoa nascida, os direitos à vida de ambos devem ter magnitudes distintas. Não é razoável que um feto em uma gestação de 4 semanas tenha a mesma proteção constitucional que uma pessoa nascida. Se o Estado adotar estes conceitos, de direito absoluto e de mesma proteção que uma pessoa nascida, aí sim pode-se dizer que o Estado está ferindo a separação Estado e Igreja e adotando equivocadamente conceitos religiosos.

Dworkin entende que se fosse considerado o início da vida com a concepção, a criminalização do aborto seria um imperativo. É exatamente neste ponto, em que deve ser questionado o autor. O fato de se reconhecer que o feto tem direito à vida desde a concepção não impede que o aborto seja considerado constitucional, afinal todo direito fundamental é relativo, inclusive o direito à vida. O feto pode ter direito à vida e mesmo assim o aborto ser descriminalizado.

A relação entre aborto e religião é bastante frequente e os conflitos existentes na Espanha são um exemplo disso. Aguilar Fernandez[282] salienta que, ainda que na Europa não exista uma clara evidência de ressurgimento da religião na esfera pública, políticas de conteúdo moral como a descriminalização ou ampliação do aborto têm provocado o protesto de grupos laicos de inspiração religiosa, *advocacy coalitions* e igrejas. Uma das novidades dos protestos anti-abortistas nas últimas décadas é que eles são protagonizados por grupos cristãos, que afirmam não estar vinculados à Igreja.

Desde 2009, desenvolveu-se um importante protesto contra a reforma da lei de aborto promovida pelo governo Zapatero. Os protagonistas são fundamentalmente grupos laicos de inspiração cristã que encontraram na Igreja Católica espanhola uma aliada de fato.

A hipótese proposta pela autora é que a religião nas sociedades secularizadas deixe de ser um elemento essencialmente privado (ainda que nunca tenham sido e nem vão ser de maneira exclusiva), se existem atores de inspiração religiosa que, antes da aparição dos assuntos morais, decidem desempenhar um papel político, desenvolver campanhas públicas e mobilizar com êxito determinados setores da sociedade. Estes atores podem ser laicos ou eclesiásticos.

A reforma finalmente aprovada em 2010, que contempla, entre outras

[282] AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana. 2011, p. 11-26.

coisas, o aborto livre até as 14 primeiras semanas de gestação, assim como a possibilidade de jovens de 16 anos abortarem sem o consentimento dos pais, coloca a legislação espanhola dentro do modelo liberal de prazos (*period model*).

Umas das questões é que os grupos pró-vida na Espanha insistem atualmente em definir-se como não confessionais, por mais que tenham uma clara inspiração religiosa ou, mais concretamente, católica, seus líderes preferem o termo cristão. A ideia da não confessionalidade pode ser entendida de um duplo ponto de vista.

Por um lado, o direito à vida do não nascido se coloca como um princípio ético universal que não conhece barreiras de credo, nacionalidade ou ideologia (daí que estes grupos ressaltam também o seu a partidarismo). Enquanto que nos EUA a luta contra o aborto simboliza todas as lutas para preservar a família, a vida e o cristianismo, fazendo uma ponta com as outras fés cristãs, na Espanha os protestos antiabortistas transcenderam o mundo cristão, participando também as comunidades muçulmanas e judaicas. Por outro lado, o modelo de não confessionalismo destes grupos se encaixa dentro do modelo constitucional europeu, no qual implica, à diferença do norte-americano, que não existe uma estrita separação Igreja/Estado.

Laura Mattar[283] entende que grande parte dos obstáculos ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos vem da Igreja Apostólica Romana, mais do que de outras religiões, considerando o *status* e os recursos à disposição do Vaticano.

Alguns parâmetros da Igreja Católica, para a autora, seriam responsáveis por esta influência na questão do aborto. O primeiro deles seria o conceito único de família, formado por um homem e uma mulher e sua prole. O segundo envolveria o exercício da sexualidade, admitida somente para fins de reprodução e dentro do casamento. Há ainda o fato de a Igreja condenar a contracepção e de que o aborto provocado mesmo que para salvar a vida da mãe nunca é admitido. Por fim, as mulheres jamais podem ser sacerdotes, o que mostra a sua exclusão pela Igreja.

O avanço feminista nas Conferências do Cairo e de Pequim deu-se em oposição aos movimentos religiosos fundamentalistas, grupos populacionais e aqueles governamentais conservadores. Tais grupos religiosos tentaram emplacar a previsão de que as religiões e as culturais tradicionais poderiam servir como restrições à implementação dos direitos humanos.

Segundo a autora, a oposição da Igreja Católica nas Conferências

[283] MATTAR, 2008, p. 61-83.

Internacionais demonstra quais os entraves ao reconhecimento jurídico dos direitos reprodutivos e sexuais. Haveria um vácuo legal de direitos reconhecidos às mulheres e o movimento feminista passou a interpretar os direitos que não eram destinados às mulheres e passaram a sê-lo.

Há quem diga[284] que o processo de reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos na América Latina dependeu de vários paradigmas. Um deles é o processo de secularização que, ainda que parcial, das sociedades contemporâneas. Surge a necessidade de se distinguir direito e delito, de um lado, e religião e pecado de outro. Em regiões como a América Latina em que a Igreja Católica foi hegemônica por anos, a secularização traz naturalmente um pluralismo que se manifesta na coexistência de diversas crenças religiosas, como também na ausência de crença.

A separação Estado Igreja é uma condição básica para permitir um sistema legal que legitime o pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, particularmente em temas de moral sexual. Para que mudem as regulamentações sobre sexualidade, ampliando as noções tradicionais fortemente influenciadas pela religião, é necessária a existência de um Estado com autonomia dos setores religiosos.

Outro fator importante para entender a presença deste paradigma é a existência de um número importante de atores sociais que, há décadas, vêm se mobilizando para influenciar não só no sistema legal, mas também nas construções culturais relacionadas à sexualidade. Dentro destes atores, podem ser citados os movimentos feministas e de minorias sexuais.

É inegável que a religião e a questão religiosa são uma importante influência no debate no aborto, seja pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais seja no tratamento do direito à vida do feto.

[284] VAGGIONE, 2006, p.613-26.

II.5.2- Liberdade religiosa e a escusa de consciência

A prática do aborto legal gera algumas discussões também em relação aos profissionais de saúde que participam do procedimento e podem exercer a chamada escusa de consciência.

É importante lembrar que a escusa ou a objeção de consciência é instituto consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5o, VIII: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei."

Não há dúvida que os profissionais de saúde que participam do procedimento de aborto devem estar convictos de sua atuação, sem qualquer tipo de objeção, sob pena de se inviabilizar o acesso ao serviço pela mulher. Afinal, se os profissionais envolvidos tiverem alguma objeção religiosa ou filosófica à realização do aborto, certamente haverá uma agressão aos direitos da mulher. Essencial, assim, que seja garantida a autonomia dos profissionais envolvidos.

A Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes[285] dispõe sobre algumas regras para exercício da objeção de consciência. Inicia a norma relembrando que o Código de Ética Médica afirma que o médico deve exercer a sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a praticar atos que não deseja, salvo se, em caso de urgência, não houver outro médico ou se a recusa gerar sérios danos ao paciente.

O Código de Ética prevê expressamente a escusa ou objeção de consciências, mas em seu art. 15 veda que o médico se recuse a cumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

A norma conclui, como não poderia ser diferente, que o médico pode valer-se da objeção de consciência em caso de aborto, devendo sempre informar à mulher sobre os seus direitos, garantindo que o aborto seja praticado por outro profissional ou em outro serviço. Ademais, a norma prevê que não se pode negar atendimento de emergência à mulher.

Nesta linha, a norma afirma que a objeção de consciência não poderia

[285] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. Norma Técnica. 3ª ed. Brasília, 2012, p. 74-6.

ocorrer em algumas circunstâncias: a) risco de morte para a mulher; b) em caso de aborto legal, quando não houver outro profissional apto a realizar o procedimento; c) quando a omissão puder causar danos ou agravos à saúde da mulher; d) em atendimento de complicações causados pelo aborto inseguro, uma vez que se trata de caso de urgência.

Como há a possibilidade constitucional e legal de realização de escusa de consciência pelo médico, é dever do Estado manter nos estabelecimentos médicos aptos a realizar o procedimento e que não irão realizar a objeção de consciência.

O exercício da objeção de consciência é constitucionalmente previsto e não pode ser impedido, a não ser quando obstaculiza a fruição de direitos por terceiros. Não há que se proibir o exercício lícito da objeção de consciência, mas sim evitar o abuso.

Nos países em que o aborto foi descriminalizado, a prática da objeção de consciência tem sido um problema prático na aplicação da legislação. No Uruguai, a Lei 18.987/12 disciplinou a objeção de consciência, inclusive nos serviços de saúde.

Juvenal Javier[286] discorre sobre a disciplina legal da objeção de consciência no Uruguai em relação ao aborto. O art.10 da lei determina que as instituições do Sistema Nacional Integrado de Saúde têm a obrigação de cumprir o preceituado na lei, devendo estabelecer as condições técnicas, profissionais e administrativas para que suas usuárias tenham acesso aos procedimentos. O mesmo art. 10 trata de uma objeção de ideário a ser realizada pelas instituições e dispõe que as instituições, que já tinham feito a objeção em relação ao aborto anteriormente à lei, deveriam acordar com o Ministério da Saúde a forma pela qual suas usuárias teriam acesso ao aborto.

A Lei 18.987/12 previu a chamada objeção de ideário, mas somente para as instituições privadas. O exercício de tal possibilidade encontra-se regulamentado por um Decreto. Para a realização de tal objeção, a lei e o decreto exigem que as instituições tenham em seus estatutos disposições que determinem, ou das quais se pode concluir, que não realizarão procedimentos de interrupção da gravidez.

O decreto exige assim que tais instituições apresentem uma solicitação por escrito para não realizar procedimentos de interrupção voluntária da gravidez. Ainda o decreto exige que o exercício de objeção de consciência dependerá de autorização do Ministério da Saúde. Se a instituição tem a objeção de ideário reconhecida, deverá arcar com todos os custos das interrupções voluntárias da gestação, bem como realizar convênios e acordos para que as mulheres possam realizar o procedimento em outras

[286] JAVIER, Juvenal M. Reflexiones sobre la objeción de consciência e ideario em el Uruguay a partir de las leyes 18.987 y 18.473. **Revista de Derecho Público,** ano 22, n. 43, p. 33-56, 2013.

instituições. Devem também as instituições respeitar a liberdade de consciência de seus dependentes que não concordam com os motivos da objeção de ideário.

A mesma lei também trata da possibilidade de objeção de consciência pelos profissionais de saúde, mas somente por aqueles que irão intervir diretamente no procedimento.

Quanto ao momento em que a objeção de consciência pode ser realizada, o autor entende que o médico e os demais profissionais de saúde poderiam exercer o seu direito à objeção de consciência a partir do momento em que a mulher manifesta sua vontade em abortar.

Não há dúvida quanto à existência da objeção de consciência como um direito individual. Afinal, a ideia da previsão da escusa de consciência é impedir que pessoas sejam penalizadas por opiniões filosóficas ou religiosas. Pressupõe-se, assim, que a convicção deva ser pessoal, de foro íntimo. É difícil compreender como uma instituição, como um todo, pode realizar uma objeção de consciência ou a objeção de um ideal. A objeção deve ser individual e nunca coletiva. A previsão desse tipo de escusa parece ser uma maneira de impedir a realização, de maneira injustificada, de abortos legalmente reconhecidos por lei.

Médicos ginecologistas integrantes do Sistema Nacional Integrado de Saúde ingressaram com uma ação perante o Tribunal Constitucional Administrativo do Uruguai, alegando que o Decreto 275/2012, que regulamenta a Lei 18.987/12, restringe de maneira ilegítima o exercício da objeção de consciência, especialmente nos seguintes pontos: a) restrição da escusa de consciência somente aos atos de execução do aborto; b)restrição da objeção de consciência somente aos médicos e à equipe técnica; c) redefinição do conceito de grave risco à saúde da mulher, aumentando as restrições ao uso da escusa de consciência; d) desconhecimento dos princípios estabelecidos peça lei, dando liberdade aos médicos que fazem o assessoramento.

O Tribunal na Sentença 586/2015[287] entende que os profissionais de saúde podem exercer a objeção de consciência para não participar dos atos preparatórios ao procedimento de aborto, que correspondem ao período de assessoramento por que passa a mulher. Também entende o Tribunal que a equipe interdisciplinar que realiza o assessoramento deverá solicitar à mulher o consentimento para que a equipe converse com

[287] URUGUAI. Tribunal Constitucional Administrativo. Sentença 586, publicada em 11/08/2015, disponível em file:///C:/Users/d782380/Downloads/586-2015.pdf

o progenitor. O decreto previa que o silêncio da mulher significaria a ausência de consentimento. O Tribunal entende que o silêncio não tem esse efeito, devendo haver uma negativa expressa por parte da mulher.

Ademais, o Tribunal entende que o Decreto amplia de maneira inadequada o conceito legal de grave risco à saúde da mulher, pois inclui situações em que há risco para a mulher, mas ele não é grave. Salientando-se apenas que em tais casos, a objeção de consciência não é possível.

Quanto a quem pode realizar a escusa de consciência, o Tribunal entende que além dos médicos e profissionais de saúde, todos aqueles envolvidos no processo, tais como auxiliares administrativos, podem exercer o direito.

CAPÍTULO III- O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DEBATE DO ABORTO

III.1- A ADI 3510 E O DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO

O julgamento da ADI 3510[288] fez com que o STF se manifestasse sobre a constitucionalidade da chamada Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que trata da realização de pesquisas com células-tronco. A discussão sobre tal pesquisa tem relevância para o estudo do aborto, uma vez que a principal alegação da petição inicial da ADI seria que a lei contrariaria a inviolabilidade do direito à vida.

O Procurador-Geral da República à época, e autor da ação, alega que a vida humana teria início com a fecundação, que o zigoto poderia ser considerado como um ser humano embrionário e que é no momento da fecundação que a mulher engravida, ao propiciar ao feto um ambiente próprio para o seu desenvolvimento.

Por óbvio que são discutidas no julgamento questões específicas das pesquisas com células-tronco. Neste estudo, somente serão abordados os aspectos relacionados à discussão da amplitude do direito à vida, que eventualmente poderia influenciar o debate sobre o aborto.

A maioria da Corte entende pela constitucionalidade da pesquisa com células-tronco, apesar de haver profundas divergências de argumentação entre os Ministros. No que tange ao direito à vida, contudo, parece que os Ministros mantiveram alguma coerência ao entender que o embrião não implantado no útero não teria direito à vida.

O Min. Ayres Britto, relator da ação, entende que a lei de biossegurança foi elaborada, partindo do pressuposto quanto à intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ainda que assumida ou configurada fora do corpo feminino, caso do embrião *in vitro*. Vê-se que o Ministro não fala em direito à vida, mas reconhece ao embrião algum tipo de dignidade.

Apesar de falar em dignidade, o Ministro entende que somente pode ser entendida como pessoa aquela que passa pelo parto nos termos do art. 2º do Código Civil. O Ministro vale-se também do conceito de personalidade biográfica, que seria o indivíduo empírica ou numericamente inserido na espécie humana. E para o Ministro, a vida humana

[288] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.510. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 29/05/2008. DJ 27/05/2010.

dotada de personalidade civil ocorre somente entre o nascimento com vida e a morte.

Para o Ministro, a Constituição não fala quando começa a vida humana. E quando fala da dignidade, dos direitos individuais, fala em indivíduo-pessoa. A Constituição usa o termo residentes no País, e não no útero materno. Há também a categoria de brasileiros natos e naturalizados, pressupondo a existência do nascimento.

Ayres Britto entende que a questão não está em determinar o momento de início da vida humana, mas sim a partir de que momento aspectos dessa vida são protegidos pelo Direito. Neste sentido, o Ministro fala da transcendência da dignidade humana que alcança, também no plano das normas infraconstitucionais, a proteção de tudo aquilo que tiver relação com o indivíduo enquanto pessoa.

A iminência de o feto ou o embrião se tornar uma pessoa justifica a proteção do ordenamento jurídico. Tal seria o motivo pelo qual a lei coloca a salvo os direitos do nascituro e criminaliza o aborto. Para o Ministro, porém, o objeto da proteção do crime de aborto é um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo humano e nunca em uma placa de Petri.

No entendimento do Ministro, a vida pré-natal não é uma pessoa física ou natural, mas é portadora de uma dignidade que precisa ser reconhecida. Não existiria assim uma pessoa humana embrionária, mas sim um embrião de pessoa humana. Nesta linda, afirma o Ministro que a vida tem início com a fecundação, já que ela é a responsável pela formação da matéria-prima do ser humano. Na fecundação, contudo, ainda não há uma pessoa.

Para a Lei de Biossegurança, o embrião é aquele que não advém de uma relação sexual. Não há gravidez, pois o embrião jamais será implantado no útero. Assim, não há incidência da norma penal do aborto. Afinal, a mulher não pode engravidar à distância.

O congelamento do embrião por determinado período de tempo retira, inclusive, suas propriedades reprodutivas. Os embriões são viáveis para a pesquisa, mas não para a fecundação.

A Min. Ellen Gracie também segue a linha de argumentação do Min. Ayres Britto, sendo contudo um pouco mais radical. Para a Ministra, o embrião não merece a garantia da dignidade da pessoa humana nem da inviolabilidade da vida, pois o pré-embrião (não implantado no útero) não pode ser considerado pessoa. Para Ellen Gracie, o ordenamento jurídico somente atribui o caráter de pessoa aos nascidos.

Nesta linha, prossegue a Ministra afirmando que não há uma definição

constitucional de qual seria o momento inicial da vida humana e não deve ser papel da Corte estabelecer conceitos que não estão previstos na Constituição. Cabe notar que este posicionamento é o mesmo adotado pela Suprema Corte Americana ao analisar o caso *Roe v. Wade*, que permitiu o aborto.

A Min. Carmén Lúcia mantém a mesma linha de argumentação dos Ministros que a antecederam. A Ministra relembraque nenhum direito é absoluto, inclusive o direito à vida. A inviolabilidade do direito à vida significaria a impossibilidade de infringir com violência, transgredir ou ofender. Tanto é assim que a legislação penal admite casos de aborto legal.

Salienta a Ministra que o caso debatido não se relaciona com o aborto, pois no aborto há a interrupção de uma gestação e nas células-tronco não há sequer gravidez.

O Min. Eros Grau também entende que a pesquisa com células-tronco, mas tem um posicionamento bastante claro quanto à proteção jurídica do feto, independentemente de estar dentro ou fora do útero. Para o Ministro, o nascituro, ou seja, o embrião formado no ventre materno, é pessoa. Assim, o embrião faria parte do gênero humano, merecendo a proteção do princípio da dignidade humana e do direito à vida. Neste sentido, a autonomia do embrião se revelaria de uma única maneira possível, que é nascer. E o aborto seria a destruição da vida.

Neste diapasão, o Ministro entende que o embrião fecundado fora do útero não tem vida, pois o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado. Assim, não cabe atribuir a esses embriões nem vida nem dignidade. Neste ponto, o Min. Eros Grau diverge do Min. Ayres Britto que entende que, apesar de não ter vida, o embrião teria dignidade.

O Min. Joaquim Barbosa, que também vota pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, tem uma abordagem distinta dos demais Ministros quando enfrenta a questão do direito à vida. O Ministro entende que não se deve discutir qual o momento de início da proteção do direito à vida, mas sim se a restrição imposta pela Lei de Biossegurança atende aos princípios constitucionais.

Relembra o Ministro que o direito à vida e a tutela ao direito à vida são facetas do mesmo direito, que todo direito fundamental é relativo. O Ministro assim enxerga uma necessidade de ponderação entre a tutela à vida do embrião *in vitro* e o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores de diversas doenças ainda sem tratamento e sem cura.

Alega também a laicidade do Estado, conjugada com a autonomia privada,

que permite que os genitores decidam sobre os embriões não utilizados, de acordo com as suas convicções morais e religiosas. Ademais, entende que é despida de qualquer sentido a analogia entre as pesquisas com células-tronco embrionários e o aborto, afinal a existência de gravidez é essencial para o tipo penal.

Questiona Joaquim Barbosa se haveria diferença de graus de proteção constitucional entre a proteção dada a pessoas nascidas e a embriões. O Ministro enxerga um caráter de humanidade em ambos, mas somente verifica a existência de vida no caso das pessoas nascidas.

Também entende irrelevante discutir o momento exato em que tem início a vida, já que há diversas posições científicas sobre o assunto. O Ministro contenta-se apenas em partir de um pressuposto de que o início da vida ocorre com a fecundação. A questão estaria em saber se a proteção à vida do embrião *in vitro* impediria a realização da pesquisa. O Ministro entende que não.

Apesar de entender que o início da vida se dá com a fecundação, o Ministro afirma que os embriões *in vitro* não são titulares do direito à vida, nem têm expectativa de direito. Para Barbosa, só há vida no ser que tiver capacidade de mover-se por si mesmo, sem necessidade de intervenção a qualquer título. Mesmo não havendo direito à vida, os embriões deveriam ser tratados com dignidade.

Neste sentido, eliminar embriões não constituiria crime nem ato ilícito. Esta afirmação, contudo, não torna desnecessário um juízo de compatibilidade entre o descarte dos embriões excedentes, a dignidade e o estatuto jurídico-constitucional de que se revestem.

Das conclusões do Min. Joaquim Barbosa, fica difícil constatar qual seria de fato a sua percepção sobre o direito à vida do embrião *in vitro*. Afinal, num primeiro momento, o Ministro fala em ponderação de valores entre os direitos do feto e o das demais pessoas beneficiadas com as pesquisas. Após, entende que há necessidade de verificar se o descarte dos embriões segue os ditames constitucionais, pressupondo-se que os embriões tenham vida. Logo em seguida confirma a ideia de que a vida teria início com a fecundação não importando onde ela ocorra. Surpreendentemente, acaba concluindo que os embriões fora do útero não têm vida, mas têm uma dignidade.

Para determinar o início da proteção do direito à vida, o Min. Marco Aurélio relembra a célebre decisão da Suprema Corte Americana, em *Roe v. Wade*, em que se determina como o momento crucial para a proteção da vida do feto a viabilidade fora do útero (o que ocorreria entre 24 e 28 semanas). Antes disso, há interesse em proteger a

saúde da mãe.

Neste sentido, a personalidade jurídica somente surgiria com o nascimento com vida. Para o Ministro, o debate não reside na obrigatoriedade de a gestante ficar fisicamente conectada ao feto, mas sim de definir o destino dos óvulos fecundados, que seriam destruídos de qualquer maneira. Neste sentido, entende que o óvulo fecundado não tem direito à vida.

O Min. Celso de Mello relembra que o princípio da dignidade da pessoa humana é um vetor interpretativo, valor-fonte que conforma todo o ordenamento jurídico. A questão debatida, ainda que interdisciplinar, não pode ser vista como uma disputa entre Estado e Igreja, entre poder secular e espiritual.

Salienta o Ministro que numa República Laica, como o Brasil, o Direito não se submete à religião e as autoridades que aplicam o direito devem despir-se de conceitos religiosos, de modo a não influenciar as suas decisões. Assim, vários podem ser os momentos de início da vida.

A Constituição Federal proclama a inviolabilidade do direito à vida, apesar de não determinar o momento de seu início, o que, para o Ministro, abre espaço para a legislador dispor validamente sobre a questão. A legislação brasileira definiu o conceito de morte como a ausência de atividade cerebral.

A questão da morte cerebral pode servir, *a contrario sensu*, para determinar o início da vida. Assim, poderia ser visto como um marco para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa agrediria o direito à vida.

O Min. Gilmar Mendes alinha-se àqueles Ministros que enxergam no embrião pré-natal a existência de um elemento digno da proteção. Para o Ministro, mesmo para quem entende que somente é sujeito de direito fundamentais aquele que passa pelo nascimento, não seria possível negar ao feto alguma dignidade.

Não haveria dúvida, assim, de que o feto deveria ter alguma dignidade, a questão não estaria em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas sim como o Estado deve atuar na sua proteção. A partir desse ponto, o Ministro discute em que termos a regulamentação da pesquisa com células-tronco é suficiente para garantir a dignidade do elemento pré-natal.

No que tange ao direito à vida, o Min. Gilmar Mendes parece compartilhar da ideia de que o embrião, ainda que não tenha direito à vida, merece ter alguma dignidade, de modo que a regulamentação da pesquisa com células-tronco precisa respeitar tal princípio.

Para a maioria dos Ministros que entende pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, não há dúvida de que não se reconhece o direito à vida do embrião fecundado fora do útero (*in vitro*). Alguns Ministros, como Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, apesar de não reconhecerem um direito à vida do feto, acabam identificando a existência de uma dignidade do embrião, o que exigiria um esforço argumentativo maior para admitir a pesquisa com células-tronco embrionárias. Para quem enxerga uma dignidade no embrião, há necessidade de discutir em que termos as pesquisas serão realizadas, já que elas deverão necessariamente garantir o princípio da dignidade.

Min. Menezes Direito discorda do posicionamento de que o embrião não deveria ser protegido pelo direito à vida. Ele refuta a ideia de que o embrião somente será alguém se implantado no útero humano. Para o Ministro, não há sentido lógico em afirmar que o embrião não é dotado de vida humana e, portanto, não pode ser considerado pessoa, e mesmo assim lhe reconhecer alguma dignidade.

Nesta linha, Menezes Direito relembra que com a morte, o ser humano perde a vida, mas não a dignidade. Apesar de reduzida, esta dignidade protege o corpo, o nome e alguns atributos da pessoa humana. Para o Ministro, quer-se fazer uma analogia da dignidade e do embrião com a dignidade da pessoa morta. Ambos teriam uma dignidade reduzida.

Para o Ministro, um dos primeiros erros dessa concepção é de que não haveria uma dignidade autônoma, isto é, desligada da vida humana. E para ele, até quem defende o estatuto intermediário do embrião reconhece a vinculação. Para o Ministro, é inadequado entender que o embrião é protegido pela dignidade humana, pois somente a existência de vida racional justifica o reconhecimento da dignidade.

Neste sentido, o embrião deve ser protegido pelo direito à vida e não pela dignidade humana. Não faria sentido que a vida sem personalidade não pudesse ser reconhecida vida humana, como se a personalidade atribuísse a condição de vida. Na verdade, para ele, a personalidade é um atributo da vida.

O Min. Lewandowski também demonstra que existem diversas posições sobre o momento de início da vida, a depender das convicções filosóficas, religiosas ou científicas. Os materialistas entendem que a vida é um fato da natureza, experimentalmente verificável. Por sua vez, para a maioria dos crentes, a vida representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção.

Para o Ministro, não caberia ao Judiciário debater este tema, uma vez que não está suficientemente aparelhado nem vocacionado para entrar em discussões como esta

com caráter metafísico. Nesta linha, o Ministro entende que, no plano jurídico-positivo, haveria fortes motivos para se adotar o início da vida com a concepção. Um dos motivos alegados é o Pacto de São José da Costa Rica, que tendo caráter de norma supralegal, recomenda a proteção da vida em geral desde a concepção.

Neste sentido, Lewandowski entende que ainda que se admita relativizar a proteção da Convenção, em razão da expressão "em geral", o momento de início da proteção à vida certamente seria com a concepção, seja no útero ou *in vitro*. A relatividade permitiria que as leis dos Estados signatários deixassem de proteger a vida em situações excepcionais, mas não teria o condão de alterar o momento de início de sua proteção.

Ressalta o Ministro que na comunidade científica e jurídica prevalece hoje a ideia de que o embrião deve ser protegido, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, não importando onde tenha sido gerado.

Percebe-se, assim, que o Ministro Lewandowski reconhece que a proteção do direito à vida tem início com a concepção, inclusive quando ela ocorre fora do útero (*in vitro).* Difere assim da maioria do STF, que não reconhece ao embrião fecundado fora do útero o direito à vida. Apesar de tal reconhecimento, relembra que o direito à vida pode ter exceções em razão de sua relatividade. Tanto é assim que o Ministro julga a ação parcialmente procedente para permitir a pesquisa com células-tronco nos casos em que os embriões sejam inviáveis.

III.2- ADPF 54 e o aborto de feto anencéfalo

Na ADPF 54[289], o STF teve a oportunidade de discutir a constitucionalidade da interpretação dos artigos do Código Penal, que entendia como crime o aborto de feto anencéfalo. Neste debate, o STF decidiu se o aborto de feto dotado de anencefalia seria crime ou não. Por mais que a discussão realizada no acórdão se distancie bastante da descriminalização em geral do aborto, o julgamento foi uma oportunidade para que o STF debatesse sobre o direito à vida do feto. Como se verá adiante, contudo, a Corte aparentemente valeu-se da solução mais simples e entendeu que o feto anencéfalo não teria direito à vida.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) impetrou a ADPF perante o STF para que os arts. 124 a 128 do Código Penal (que tratam do aborto) fossem interpretados conforme a Constituição Federal, de modo que a antecipação

[289] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012.

terapêutica do parto (aborto), em caso de feto anencefálico, não fosse considerada aborto.

A questão envolve aspectos religiosos, de modo que requereram o ingresso como *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), as Católicas pelo Direito de Decidir, dentre outras entidades de cunho religioso.

A arguente alega que a antecipação terapêutica do parto não poderia ser considerada aborto, pois, no caso da anencefalia, o feto não teria qualquer possibilidade de vida extrauterina.

Com a ADPF, pretende a CNTS que o STF declare que os referidos artigos do CP não poderão ser interpretados pelos juízes, de modo a considerar como crime de aborto a antecipação terapêutica do parto na anencefalia.

A CNTS demonstra ter interesse no oferecimento da ADPF, pelo fato de os profissionais da saúde estarem sujeitos à ação penal pública, quando realizam "aborto" de feto anencefálico. Quer, portanto, ver realizada a sua pretensão de que esse tipo de antecipação do parto não seja considerado como crime de aborto.

Como se verá adiante, o STF definiu pela possibilidade de realização de aborto de feto anencéfalo, principalmente por entender que o feto dotado de anencefalia não teria direito à vida, uma vez que não tem viabilidade de sobrevivência fora do útero. Esse tipo de argumento, apesar de solucionar a questão, adota uma resposta simplista sobre o aborto, pois não enfrenta a relatividade do direito à vida.

Divergiram quanto à procedência da ação, os Ministros Lewandowski e Cezar Peluso, ainda que por argumentos distintos. Min. Lewandowski, como se verá adiante, julga improcedente a ação por questões de competência do Tribunal, enquanto que o Min. Peluso julgou o mérito do aborto.

Mesmo entre os Ministros que julgaram procedente a ação, há bastante divergência entre os argumentos utilizados. Alguns entendem que o aborto de feto anencefálico constitui conduta atípica, outros excludente de ilicitude, alguns entendem que o feto não tem direito à vida, enquanto que outros compreendem o feto como juridicamente morto. A maioria dos Ministros, contudo, não enfrenta diretamente o tema do direito à vida do feto, contentando-se em admitir que a condição peculiar de ausência de potencialidade de vida extrauterina seria suficiente para autorizar o aborto.

A Corte poderia ter reconhecido que o feto, na linha do que entendeu o Min. Gilmar Mendes, ainda que anencefálico, tem direito à vida, porém outros princípios constitucionais, como proibição à tortura, direito à saúde (psíquica) da mulher autorizariam a realização do aborto. Caso o Tribunal tivesse adotado esta linha argumentativa, ela

poderia ser futuramente adotada e alegada para justificar a descriminalização do aborto em geral.

Quando se fala de aborto e direito à vida, é inevitável não se falar em liberdade religiosa e Estado Laico. Basta relembrar as manifestações das diversas entidades religiosas sobre o tema. Não são todos os Ministros, contudo, que se debruçam sobre o tema da laicidade estatal.

Uma das peculiaridades do voto do Min. Marco Aurélio, em relação aos demais Ministros, é trazer a questão do aborto à luz da laicidade do Estado. Neste sentido, relembra o Ministro que o Brasil é um Estado Laico, mais especificamente um Estado secular tolerante. Dentre os muitos aspectos do Estado Laico, está a garantia de que dogmas religiosos não poderão guiar as ações estatais. Ressalta que, tanto a laicidade estatal quanto a liberdade religiosa, visam a garantir que o Estado não imponha, ainda que indiretamente, que os cidadãos ajam de acordo com concepções religiosas. Tampouco poderão concepções religiosas nortear o tratamento dos direitos fundamentais.

Esta visão exposta pelo Ministro vai na linha daquilo defendido por Dworkin, de que um Estado Laico não pode impor a seus cidadãos concepções religiosas. Para o Ministro, se o Estado entender que o aborto de feto anencefálico não pode ser realizado, haveria então a adoção de conceitos puramente religiosos por um Estado que deve manter sua neutralidade.

A questão da laicidade do Estado também é trazida pelo Min. Celso de Mello. Entende, ainda, que a questão atual não pode ser vista como um embate entre Estado e Igreja, entre poder secular e espiritual, já que o ordenamento jurídico brasileiro prescreve a separação entre o Estado e a Igreja. A laicidade do Estado não só impõe a liberdade religiosa, mas também garante a todos a plena liberdade de consciência e de culto.

Na mesma linha do Min. Marco Aurélio, o Min. Celso de Mello entende que o STF não poderia julgar a questão de acordo com questões religiosas já que a laicidade impede que questões confessionais se apropriem do aparelho estatal. A única interpretação que pode ser realizada é aquela fundamentada em matérias constitucionais.

Adentrando especificamente no mérito do tema, um tema fundamental é a eventual existência de uma colisão de direitos fundamentais entre o direito à vida do feto e os direitos da gestante. A discussão sobre uma colisão real ou aparente passa pela consideração do reconhecimento ou não do direito à vida do feto. Os Ministros não são

muito claros por vezes em seu entendimento quanto ao grau de proteção dado ao feto anencefálico.

Caso se entenda que o feto não tem direito à vida, não faz sentido se falar em colisão de direitos. Afinal, só haveria o direito da mãe. Grande parte do debate sobre a colisão de direitos e o reconhecimento de do direito à vida do feto passa pela situação específica da anencefalia. Muitos Ministros, contudo, parecem alegar que o feto não tem direito à vida, mas mesmo assim falam em colisão de direitos fundamentais, o que parece tornar a argumentação bastante confusa.

Pode-se perceber, de um modo geral, que os Ministros se esforçam por restringir o debate apenas para o feto anencefálo e, ainda assim, acabam por não enfrentar diretamente o reconhecimento ou não do direito à vida do feto com anencefalia.

Após algumas considerações sobre a anencefalia, o Min. Marco Aurélio entende que uma eventual possibilidade de doação de órgãos de anencéfalos não pode ser invocada para a manutenção da gravidez, já que manter uma gravidez somente para doação de órgãos seria coisificar a mulher, além de tornar muito difícil o aproveitamento dos órgãos doados.

Afirma também o Ministro que não se poderia invocar o direito à vida dos anencéfalos, já que anencefalia e vida seriam termos contraditórios. O conflito entre os direitos seria somente aparente, já que o feto anencéfalo não tem direito à vida, ante a impossibilidade de vida fora do útero. Vale-se o Ministro do conceito jurídico de morte da Lei 9.434/97 (ausência de atividade cerebral), para asseverar que não se poderia falar em vida intra ou extrauterina do feto anencéfalo.

O recurso à ideia do conceito de morte encefálica para definir pela ausência de vida do feto anencéfalo é bastante recorrente pelos Ministros. Não parece, porém, que seja a forma mais correta de se definir a vida do feto. Os Ministros escolhem a argumentação mais fácil e se valem da impossibilidade de vida extrauterina para entender que o aborto pode ser realizado neste caso. Tal consideração por ser muito específica ao caso da anencefalia, dificilmente pode ser utilizada para a discussão mais ampla do aborto.

Para o Min. Marco Aurélio, ainda que se entendesse que o feto tem direito à vida, seria preciso lembrar que o direito à vida não é absoluto, tanto que a Constituição Federal admite a pena de morte em caso de guerra declarada. Cabe lembrar também que outros Tribunais Constitucionais já se pronunciaram pelo caráter relativo do direito à vida.

O Min. Marco Aurélio entende que o objeto da ação não é o aborto, mas sim a antecipação terapêutica do parto, que seriam conceitos distintos. Afasta, ademais, a ideia

de aborto eugênico, já que esta denominação apresenta forte viés ideológico. Esta diferença entre aborto e antecipação terapêutica do parto, utilizada na inicial da ADPF e adotada pelos Ministros, demonstra a tentativa de afastar a discussão da anencefalia do debate geral sobre aborto e esta é a tônica do julgamento pela Corte.

O Ministro lembra também que deve ser considerado o direito à saúde da mulher, que envolve o bem-estar físico, mental e social. Sob o ponto da saúde física, deve-se considerar que a gravidez de feto anencéfalo gera maiores riscos à saúde da gestante do que uma gravidez em que o feto não apresenta tal anomalia. Notório também é o dano à saúde psíquica da gestante, que suporta imenso sofrimento na gestação. Cita também decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU que entendeu que obrigar uma mulher a levar a termo uma gravidez de feto anencéfalo pode ser equiparada à tortura.

O princípio da proporcionalidade não é atendido quando se obriga uma mulher a suportar o sofrimento de uma gravidez para privilegiar um feto que não tem expectativa nenhuma de vida. A incolumidade física do feto não pode ser preservada sob o preço de se eliminar direitos básicos da mulher.

Se o Ministro entende que o feto não tem direito à vida, ante a ausência de atividade cerebral, não seria necessário ponderar os demais direitos envolvidos, como a saúde da mulher e a proibição da tortura. Essa argumentação do Ministro demonstra contudo que, seria possível reconhecer o direito à vida do feto e mesmo assim autorizar o aborto.

Na linha da argumentação de colisão de direitos, a Min. Rosa Weber também se refere à ponderação de valores entre a vida do feto e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante. Para tanto, alega ser fundamental o princípio da proporcionalidade. Relembra a Ministra que não existem valores absolutos, não podendo se admitir *a priori* qual deverá prevalecer.

No caso debatido, dever-se-ia então aplicar o princípio da proporcionalidade. A adequação é respeitada em ambas as posições. Tratar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como aborto protege a vida do feto. Por outro lado, permitir a interrupção da gravidez protege os direitos da mulher. Quanto à necessidade, a vida do feto somente pode ser protegida contra a gestante. E para proteger os direitos da gestante, não há outro meio menos gravoso que a interrupção da gravidez.

Pensando na proteção do feto, a intervenção do Estado não necessariamente significa a proteção do direito do feto, pois não se sabe ao certo se há um direito a ser

protegido. Ademais, a forma adequada e necessária para proteger o feto fere diversos direitos da mulher.

Entende a Ministra ser muito difícil justificar a proteção do feto anencéfalo através da criminalização da conduta da gestante. Há uma grande discussão na sociedade quanto à reprovabilidade ou não da conduta da mulher que interrompe a gravidez. Deve o Direito Penal ser a *ultima ratio*, devendo a sua intervenção ser mínima.

Nos argumentos da Ministra fica difícil determinar se ela considera a existência de vida do feto ou não. Ao relembrar o conceito de morte cerebral e de fato atípico, parece a Ministra demonstrar que o feto anencefálico não poderia ter vida. Ao insistir, contudo, na aplicação do princípio da proporcionalidade, parece reconhecer a existência do direito à vida, afinal se assim não fosse não haveria sequer princípios a serem ponderados. Alinha-se, portanto, à mesma linha de argumentação do Min. Relator, pela impossibilidade de se criminalizar o aborto de feto anencefálico, uma vez que não há potencialidade de vida.

Na mesma linha da Min. Rosa Weber, Joaquim Barbosa relembra que a tutela da vida humana tem graus diferenciados para o ordenamento jurídico. Eis a razão de o tratamento legal ser distinto para o aborto, o infanticídio e o homicídio. Assim, o feto tem uma tutela legal diferente daquela concedida à gestante.

O Min. Joaquim Barbosa é mais enfático que os demais Ministros ao tratar do direito à vida do feto anencéfalo. Para o Ministro, ainda que biologicamente vivo, o feto anencéfalo está juridicamente morto. A partir do momento em que se comprova a sua inviabilidade, o feto passa a ser considerado juridicamente morto.

O Ministro Luiz Fux afirma que não pretende discutir qual das vidas é mais importante se a da mulher ou a do feto. Apesar de não ter a intenção de debater uma ponderação de valores, o Min. Fux relembra que, no caso do aborto terapêutico, o Código Penal faz esta ponderação entre a vida da mulher e do feto e dá primazia para a vida da mulher.

Para o Ministro, o que está em discussão para o STF é entender se é razoável que uma mulher que interrompeu a gravidez de um feto, que não tem nenhuma possibilidade de viver, seja julgada criminalmente pelo Júri, já que aborto é crime contra a vida. Neste debate, também relembra o Ministro que não há nenhum direito fundamental absoluto.

Entende, ainda, que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é uma questão de saúde pública, que deveria ser objeto de uma política de assistência social eficiente.

Também o Ministro Fux não enfrenta diretamente o direito à vida do feto, mas também não nega a possibilidade de que lhe seja conferido o direito. Neste ponto, difere da argumentação do Min. Joaquim Barbosa que entende que o feto anencefálico é juridicamente morto. O Min. Fux, ao falar, da possível colisão entre direitos do feto e da mulher, pressupõe que o feto tenha algum direito à vida apto a colidir com direitos titularizados pela mãe. Nestes termos, o Min. Fux também confere interpretação conforme à Constituição nos termos do art. 128 do Código Penal, entendendo que a situação se enquadra no estado de necessidade, na antijuridicidade e na inexigibilidade de conduta diversa.

A Min. Carmén Lúcia também entende pela constitucionalidade do aborto de feto anencefálico, só que começa abordando a questão do feto sob a perspectiva de reconhecimento de seus direitos de personalidade. A Ministra aborda diversos temas, tais como a anencefalia, a ausência de norma a disciplinar a questão e passa a enfrentar a questão dos direitos de personalidade do nascituro.

Para a Ministra, até mesmo o natimorto tem sua humanidade considerada pelo ordenamento jurídico. O nascimento com vida, por sua vez, gera diversas consequências jurídicas. Eis a razão de o nascituro ter importância para o Direito. Há de se lembrar que o direito à vida é uma garantia constitucional e por ter o nascituro expectativa de vida, vários direitos a ele são assegurados.

Para a Ministra, apesar de haver grande discussão quanto ao início da personalidade, não há qualquer discussão quanto ao seu momento de término, que é a morte. E a morte tem como definição a morte cerebral. A Ministra aponta a existência de duas correntes para o feto anencéfalo. A primeira entende que o feto é titular de direitos de humanidade desde a sua concepção. A segunda entende que o feto não pode ser considerado titular de direitos.

Pelo conceito de morte, enquanto morte encefálica, o aborto de feto anencéfalo seria crime impossível. Entende a Ministra que haveria, no direito brasileiro, um conflito aparente de normas, já que se permite o transplante de órgãos quando há morte cerebral e não se permite o aborto de feto anencéfalo.

Salienta, ademais, que o Direito Penal, assim como qualquer ramo do direito, encontra fundamento na Constituição e que deve se amoldar de acordo com as mudanças da sociedade.

No caso de feto anencéfalo, entende a Ministra que não se poderia esperar conduta diversa da gestante ou do médico que praticam o aborto, já que não haveria qualquer possibilidade de vida do feto após o nascimento. Lembrando-se, ainda, que a gravidez de feto anencéfalo apresenta risco à saúde da mãe. Haveria, portanto, um conjunto de fatos que retirariam a culpabilidade do crime.

O caso analisado tem relação direta com o Estado Democrático de Direito. Haveria, assim, clara afronta ao princípio da dignidade humana obrigar uma mulher a continuar uma gestação cujo feto certamente morrerá. Relembra a Ministra que a questão do aborto passa pela discussão do Estado Laico e pelos direitos fundamentais da gestante.

Tratando-se especificamente da questão do direito à vida do feto, a Min. Carmén Lúcia tem uma visão mais civilista do tema e preocupa-se com a personalidade do feto e não tanto com o reconhecimento em si do direito à vida. Independentemente, de se falar em direito à vida ou direitos de personalidade, há que se notar que a Ministra reconhece alguma proteção ao feto anencefálico (e ao feto em geral).

Como ocorre com a maioria dos Ministros no julgamento, a Min. Carmén Lúcia não enfrenta diretamente o tema do direito à vida do feto, mas apenas restringe-se à discussão do feto anencefálico não ter potencialidade de vida extrauterina. Então, ainda que ele mereça alguma proteção (e o STF não define exatamente qual é), para a Ministra, tal proteção não deve ser suficiente para impedir a interrupção do parto, considerando-se principalmente o conceito de morte no Brasil como sendo de morte encefálica.

Desta maneira, entende razoável que seja discutido o início da vida. Ressalta a existência de diversas teorias sobre o momento de início da vida, de tal modo que poderia o intérprete buscar aquela que mais se coadune com o interesse público e que respeite os direitos fundamentais.

A Constituição garantiu a inviolabilidade da vida humana, mas não deu nenhum conceito à vida, nem determinou o início ou o fim da existência humana. A legislação determinou o conceito de morte através da Lei 9.434/97, com a ideia de morte encefálica. Assim, poder-se-ia usar o conceito de atividade cerebral para se determinar a existência de vida. No caso do feto anencéfalo, portanto, nem se teria iniciado o processo de formação do sistema nervoso central. Dessa maneira, não há agressão à vida, pois o processo de formação da vida não teria sequer começado.

Ressalta a possibilidade de o direito à vida ser objeto de ponderação entre direitos fundamentais, principalmente, quando há em confronto com direitos existenciais das mulheres. Salienta, ainda, que à época da constituinte houve várias tentativas de estabelecer a inviolabilidade da vida desde a concepção e nenhuma das emendas foi aprovada.

O Ministro ainda relembra que as Convenções Internacionais não garantem a inviolabilidade da vida desde a concepção.

Ademais, o anencéfalo é considerado um natimorto cerebral, já que não tem qualquer viabilidade extrauterina. Nos termos do Min. Ayres Britto, não haveria, assim, o objeto material do tipo penal, sendo clara a atipicidade.

Especificamente sobre a colisão de direitos, o Min. Gilmar Mendes afirma não ser o caso de ponderação de valores, já que em casos tão complexos, tal procedimento parece ser extremamente difícil de ser realizado. Assim, acha que os argumentos de dignidade da pessoa humana e do direito à saúde não são suficientes para desconstituir a opção do legislador.

Sendo a opção do legislador a criminalização do aborto, não se pode considerar que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configure aborto.

O aborto de feto anencéfalo é capaz de gerar um desacordo moral razoável. Considerando as excludentes de ilicitude trazidas pelo legislador, é possível colocar um norte interpretativo. O aborto de feto anencéfalo tem como intuito proteger a saúde psíquica da gestante.

Poder-se-ia pensar numa interpretação evolutiva, tal como sugerido na inicial, o que demandaria uma exegese construtiva do Tribunal. Considerando a evolução fática ocorrida desde a edição do Código Penal, seria possível pensar numa excludente de ilicitude ou de culpabilidade extralegal. No caso do aborto necessário, pretende-se proteger a saúde física da gestante. E o risco é maior do que na gravidez de feto anencéfalo. Contudo, neste caso, há certeza quanto ao diagnóstico de anencefalia.

O Ministro enxerga uma discrepância no tratamento legislativo do aborto sentimental e no do aborto de feto anencefálico. No primeiro, permite-se a interrupção quando o feto goza de plena saúde. No caso da anencefalia, em que não há possibilidade de vida, o aborto não é permitido.

Interessante notar o posicionamento do Ministro de que o princípio da dignidade humana não traria nenhuma contribuição ao debate do aborto. Gilmar Mendes reconhece expressamente que o feto anencefálico merece proteção constitucional e,

portanto, seria dotado de dignidade, da mesma forma que a mulher gestante. Assim, alegar a dignidade da mulher ou do feto não será suficiente para solucionar a questão.

Peculiar também o posicionamento do Min. Gilmar Mendes de que o caso não é de colisão de direitos fundamentais a ensejar o emprego do princípio da proporcionalidade, considerando a gravidade e a importância dos direitos (do feto e da mulher) envolvidos. Seria uma decisão extremamente difícil ponderar tais direitos. Para o Ministro, a melhor solução seria considerar a proteção constitucional ao feto e reconhecer que há situações a serem identificadas pela Corte Constitucional (ou pelo legislador) que podem autorizar o aborto. E a anencefalia é uma dessa situações.

Tal argumentação do Ministro é ambiciosa exatamente porque poderá ser empregada no debate sobre a constitucionalidade do aborto em situações outras que não a da anencefalia.

Cabe notar também, dentre os Ministros que aceitam a colisão de direitos, quais direitos são reconhecidos às mães gestantes. O Min. Celso de Mello e o Min. Gilmar Mendes dão especial relevância aos direitos reprodutivos e à autonomia individual da mulher, que parecem ser os direitos mais amplamente alegados em decisões estrangeiras para se admitir o aborto. Cabe referência também à lembrança do direito à saúde psíquica da mulher, abalada pela gravidez, que eventualmente também pode ser empregada no debate do aborto em geral.

É fundamental notar que os Ministros, com exceção do Min. Gilmar Mendes, apresentam clara preocupação em delimitar o debate para a anencefalia, de tal modo que o julgamento não possa vir a se tornar um precedente para uma discussão mais ampla sobre aborto. E, como já dito, a solução da maioria dos Ministros em considerar o fato atípico, por ausência de potencialidade de vida do feto, torna o debate na ADPF muito específico para a anencefalia.

Há controvérsia também entre os Ministros sobre a atipicidade da conduta. Alguns Ministros entendem que a conduta de antecipação do parto de feto com anencefalia não pode constituir crime de aborto.

Tratando do argumento de atipicidade de conduta, a Ministra Rosa Weber entende que a proteção conferida ao nascituro não pode ter como base conceitos médicos, mas sim critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Tampouco se poderia usar um conceito científico para determinar um conceito jurídico.

Para a Ministra, a ciência também reformula os seus conceitos e não tem a capacidade de fornecer conceitos definitivos, imutáveis, razão pela qual não deveria o STF

se basear na medicina ou na ciência para determinar se o aborto de feto anencefálico é constitucional ou não. Assim, o conceito jurídico de vida não deve ser apropriado da medicina, mas sim criado com base na legislação e jurisprudência. Ademais, a ciência não tem um conceito único de vida.

Considerando as penas dadas para homicídio, infanticídio e aborto, percebe-se que o grau de proteção da vida é diferente e que a legislação considera o estado da mãe ou da gestante. Também se permite o aborto em caso de estupro. Em tal situação privilegia a lei a gestante à vida do feto, que é perfeitamente saudável. Fica claro, assim, que a legislação penal não considera a vida um direito absoluto.

Para determinar o que se considera vida, relembra a Ministra a disposição da Lei de Transplantes, quanto à morte cerebral. Para o Direito o que importaria não seria um mero funcionamento dos órgãos, mas sim o conjunto de atividades que permitiria o indivíduo a ter um convívio social.

Para a Ministra, o conceito de vida que o Código Penal protege é a vida em desenvolvimento que terá capacidade de se tornar um ser com grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e das relações intersubjetivas. O feto anencefálico não tem essa potencialidade, não sendo uma vida protegida pelo crime de aborto.

Neste sentido, entende a Ministra que está correta a ideia de a antecipação do parto de feto anencéfalo não poder ser considerada aborto, sendo assim fato atípico.

O Min. Joaquim Barbosa também entende que a conduta é atípica. O Ministro afirma que a questão da antecipação terapêutica do parto pode ser vista sob duas perspectivas, a da liberdade individual da mulher e da tutela penal da vida humana. Também ressalta que o caso não envolve a possibilidade de ampla interrupção da gravidez, mas sim um caso específico em que o feto não tem possibilidade de vida extrauterina.

Relembra o Ministro o sofrimento que o diagnóstico da anencefalia pode causar à mulher, bem como toda a dificuldade envolvida na manutenção da gestação.

Da leitura do Código Penal, o Ministro entende que o legislador escolheu criminalizar o aborto, independentemente do momento de sua realização. Contudo, não se preocupou em conceituar o que seria o aborto. Entende o Ministro que o aborto, tal como descrito pelo CP, somente se configurará quando tiver como resultado a eliminação da vida do feto.

No caso de feto anencéfalo, não há outro resultado possível que não a morte do feto. Assim, numa ponderação entre a vida extrauterina inviável e a dignidade da

mulher, deve prevalecer esta última. A interpretação que entende que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é aborto seria desproporcional em relação à tutela da autonomia privada da mulher.

Pensando na definição do aborto e na atipicidade da conduta, o Ministro Ayres Britto conceitua o aborto como a expulsão do produto da concepção, com o intuito de que ele não venha a adquirir vida extrauterina.

O Ministro, que também, entende pela constitucionalidade do aborto de feto anencefálico, relembra que, de acordo com a Constituição e com o Código Penal, não há definição sobre o início da vida. Ressalta não ser possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto não seria ainda vida humana embrionária, já que para se assim se tornar deve passar por uma metamorfose dentro do útero.

O Ministro segue na mesma linha dos demais ao entender que nas condições específicas de feto anencéfalo, não existiria crime em interromper a gestação de feto que nascerá morto.

Para Ayres Britto, poder-se-ia pensar que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é aborto, mas não configura prática penalmente punível, da mesma maneira que se considera legítimo o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. No caso específico da gravidez resultante de estupro, salienta o Ministro que a legislação penal pretende beneficiar a autonomia da mulher.

Na gravidez do feto anencéfalo, há uma verdadeira anomalia da natureza, tendo a mulher o direito de interromper uma gravidez que somente levará à morte. Para o Ministro, portanto, o resultado da interpretação conforme é entender que a situação é de atipicidade. Ao entender que o fato é atípico, Ayres Britto entende, diferentemente dos Ministros que entendem, que é caso de excludente de ilicitude, que a questão fundamental está na definição do que seria aborto.

Para o Ministro, o aborto somente existiria quando o ato praticado impedisse que o produto da concepção nascesse com vida. No caso do anencefálico, apesar de o feto nascer com vida, ele não tem potencialidade de vida fora do útero. Assim, não é aborto que impede a vida, mas sim a própria anencefalia. Para o Ministro, não há uma causa que exclua a ilicitude, ainda que ele mencione a tortura psicológica da mulher, afinal, o fato em si é atípico, não se amoldando no conceito de aborto.

Analisa o Min. Gilmar Mendes o argumento da petição inicial de que o aborto de feto anencéfalo seria fato atípico. Entende o Ministro que realmente a ausência de violação de bem jurídico representa caso de atipicidade. Para tanto, seria necessário

partir do pressuposto de que o feto anencéfalo não merece nenhuma proteção jurídica.

Acredita o Ministro não ser adequado, numa sociedade democrática, partir do pressuposto de que o feto anencéfalo não merece proteção. Tampouco seria possível permitir o aborto com base na dignidade humana, pois o feto também teria dignidade.

O voto do Min. Gilmar Mendes, apesar de também votar pela procedência, apresenta, como já dito, argumentos um pouco mais ambiciosos sobre a constitucionalidade do aborto. O Ministro passa a analisar o tratamento dado ao aborto no Direito Comparado. Começa citando um estudo que indica que metade dos países membros da ONU permitem o aborto de feto anencéfalo, inclusive, países religiosos como Itália, México, Portugal e Espanha.

Enfatiza os processos decisórios ocorridos na Itália, na Alemanha, na Espanha e nos EUA, que já foram expostos em capítulo anterior. Ressalta, especialmente, a importância dada pelo Tribunal Constitucional Alemão ao direito à vida, salientando que caberia a cada Estado definir qual o tipo de proteção seria dada ao direito à vida.

Todas as decisões estrangeiras acabam reconhecendo a existência de vida intrauterina e da necessidade de proteção do nascituro, mas nem sempre o direito do nascituro deve prevalecer aos direitos da gestante. Neste caso, se incluiria o aborto de feto anencéfalo.

Dever-se-ia pensar na descriminalização do aborto de uma maneira positiva, permitindo que fossem fornecidas pelo Estado informações seguras às mulheres, além de ajuda à maternidade.

Entende o Ministro que o aborto de anencéfalo já estaria incluído nas hipóteses do Código Penal, só que não poderia ter sido previsto pelo legislador de 1940. Seria, assim, uma forma de se privilegiar à integridade física e psíquica da mulher, bem como a sua autonomia privada.

Ademais, o Ministro recomenda fortemente que o Ministério da Saúde edite normas específicas regulamentando o aborto de feto anencéfalo. O Ministro acolhe a hipótese de que o Tribunal irá criar uma nova hipótese de excludente de ilicitude, através de uma sentença aditiva.

O Ministro Lewandowski abre a divergência e entende pela improcedência da ADPF. O Ministro inicia a sua argumentação analisando o texto do Código Penal. Entende que caso o legislador quisesse colocar o aborto de feto anencéfalo como uma excludente de ilicitude já o teria feito. Até o momento atual, o Congresso Nacional escolheu manter a legislação do aborto intacta.

Sobre o instituto da interpretação conforme, o Ministro entende que ainda que desejável, ele deve ter dois limites, que são, não contrariar expressão literal da lei, nem vontade manifesta do legislador. E para Lewandowski, o julgamento procedente da ação, faria com que o Supremo criasse normas legais, alterando o pretendido pelo legislador positivo.

Entende ainda que caso seja permitido o aborto de feto anencéfalo, abrir-se-ia a possibilidade de realização do aborto, em razão de outras doenças ou malformações.

Para demonstrar que o Congresso Nacional está atento à questão do aborto, cita a existência de diversos projetos de leis em tramitação.

A grande argumentação do Min. Lewandowski repousa na ausência de competência do Supremo, enquanto legislador negativo, para autorizar o aborto de feto anencefálico. O Ministro não entra no debate de mérito, sobre a constitucionalidade ou não do aborto, mas entende que uma decisão da Corte permitindo o aborto representaria uma usurpação de competência do Poder Legislativo. Caso se pretendesse criar uma excludente de ilicitude, para o Ministro, isso somente poderia ser feito através da edição de uma lei.

O Min. Cezar Peluso também julga improcedente a ação, mas por fundamentos distintos do Min. Lewandowski. Peluso ingressa no mérito da questão e esclarece, em sua visão, que o objeto da ação é exclusivamente a questão do feto anencéfalo e que não guarda nenhuma semelhança com o julgamento das células-tronco embrionárias, pois neste último caso, os embriões nunca tinham sido implantados no útero.

Rejeita o Ministro a analogia com a morte encefálica para determinar o início da vida. Refuta também a invocação dos princípios de liberdade e de autonomia jurídica para a prática de um ato que é considerado como crime pelo Código Penal. Entende que essa postura consideraria o feto como lixo, não se reconhecendo assim nenhuma dignidade a ele.

Entende que não caberia também recorrer a princípios como liberdade de crença e laicidade estatal, sob risco de se permitir que religiões, por exemplo, satânicas entendessem lícita a realização de sacrifícios humanos.

Para o Ministro, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo somente poderia ser pensada de *lege ferenda*. Por ora, é clara a tipicidade da conduta.

Faz o Ministro uma reflexão, questionando se seria admissível matar um feto anencéfalo recém-nascido só por saber que ele iria morrer de qualquer jeito. O Ministro entende que essa conduta seria idêntica a de realizar um aborto. A única diferença entre as duas condutas seria o momento temporal.

Entende que o feto anencéfalo é sujeito de direito, tendo seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico.

Faz considerações também quanto à impossibilidade de qualificar a vida quanto à sua qualidade ou duração. Acredita que o aborto de feto anencéfalo poderia abrir as portas para a eugenia, com discriminação aos deficientes. Havendo vida humana, estar-se-ia diante de um valor fundante e inegociável. A viabilidade da vida extrauterina não representa requisito para a caracterização do crime de aborto.

Afirma que o aborto de anencéfalo e a eutanásia aproximam-se, já que acabam tendo a mesma finalidade de acabar com a vida, sob argumentos falsos como liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação.

Ademais, enxerga o Ministro uma proximidade muito grande entre aborto de anencéfalo e eugenia. Tal elemento não estava presente na discussão das células-tronco embrionárias. Se permitido o aborto de anencéfalo, facilmente se poderia pensar em pleitear o aborto para outras doenças.

Afirma que existe uma grande dificuldade de diagnóstico com precisão da anencefalia, de modo a diferenciá-la de demais deficiências semelhantes a ela. Havendo dúvidas no meio científico sobre o diagnóstico da anencefalia, caberia ao intérprete tomar a posição mais cautelosa.

Tampouco acredita ser razoável a comparação com a tortura. Refutando os argumentos da inicial, o Ministro entende que a situação de carregar um feto anencéfalo não pode ser legalmente evitada. Afinal, o método para evitar o sofrimento esbarraria num crime, o crime de aborto. O sofrimento da mãe, em caso de feto anencéfalo, não foi causado por terceiro, como no caso de estupro, nem lhe ameaça a vida ou a saúde. A verdadeira causa do sofrimento é o acaso biológico.

Não nega o Ministro o sofrimento da gestante que carrega um feto anencéfalo, mas entende que este sofrimento não é injusto.

Também acredita ser inapropriado citar os direitos reprodutivos e sexuais da mulher para englobar a possibilidade de fazer um aborto. Para o Ministro, os direitos reprodutivos e sexuais são bastante restrito e não englobam a possibilidade de escolher se prossegue ou não com a gravidez.

III.3- ADI 5.581 e o aborto em caso de microcefalia

Ação interposta recentemente perante o STF levou à Corte uma discussão muito mais ampla sobre a possibilidade de interrupção da gestação e do direito à vida do feto. Os casos previamente analisados que foram apreciados pela Corte trataram de situações bastante específicas sobre a vida pré-natal.

No caso das células-tronco, discutiu-se se o embrião fecundado fora do útero teria direito à vida. A Corte, majoritariamente, entendeu que ainda não vige a proteção do direito à vida, apesar de alguns Ministros darem ao embrião *in vitro* a proteção da dignidade. Assim, o debate sobre o início da proteção do direito à vida se dará com a existência da gravidez.

Havendo gravidez, o único debate levado ao STF foi o da possibilidade de interrupção da gravidez quando o feto era portador da anencefalia. Aqui também a Corte não ingressou no debate em geral sobre o direito à vida do feto, mas restringiu-se especificamente ao direito à vida do feto anencéfalo. Entendeu o STF que o feto anencéfalo, por não ter possibilidade vida extrauterina, não deveria ser protegido pelo direito à vida.

Enquanto que a decisão no sentido de o embrião *in vitro* não ter direito à vida parece adequada ao ordenamento constitucional, a ideia de que o feto, simplesmente por ter anencefalia, não tem direito à vida, não se afigura a mais garantidora dos direitos fundamentais.

No primeiro caso, do embrião *in vitro*, a ausência de direito à vida justifica-se pela ausência de condições naturais para o desenvolvimento do embrião, o que poderia resultar no aparecimento de uma vida. O embrião somente terá a potencialidade de desenvolver-se em pessoa caso seja implantado no útero e estejam presentes todas as condições propícias para a sua evolução. Ou seja, em uma placa de Petri, o embrião não pode tornar-se uma pessoa, sendo apenas uma junção de células.

Já o feto anencéfalo apresenta todas as condições de se tornar uma pessoa, afinal há uma gestação e haverá nascimento com vida. A única peculiaridade é que o recém-nascido terá uma sobrevida muito baixa, em razão de sua condição física. Dessa maneira, estão presentes todos os requisitos para entender que o feto com anencefalia, ao nascer, adquira o *status* de pessoa. Não faz sentido afirmar que, por não ter grande expectativa de vida, o feto anencefálico difere dos demais fetos e não pode lhe ter reconhecido o direito à vida.

O STF, aparentemente, evitou reconhecer direito à vida ao feto com

anencefalia, pois se tal ocorresse o julgamento poderia servir como um precedente para o debate do aborto em geral. Restaria patente que mesmo tendo a Corte Constitucional reconhecido o direito à vida do feto, o aborto ainda assim poderia ser permitido. Ao que parece tal seria a solução mais consentânea com o quadro constitucional.

O feto dotado de anencefalia, por ter todas as condições de nascer com vida, deve ter a garantia do direito à vida, contudo, a interrupção da gravidez ainda seria possível, uma vez que estão em jogo outros direitos da gestante, de igual importância e hierarquia aos direitos do feto. Neste sentido, afigura-se plenamente razoável autorizar-se o aborto de um feto que não sobreviverá mais que algumas horas fora do útero, para evitar toda a tortura psicológica a que é submetida a gestante, garantindo assim a sua saúde psicológica.

Este raciocínio, porém, pode ser aplicado não só a gestações de fetos anencefálicos, mas sim a quaisquer gestações. Afinal, sempre será possível argumentar com a relatividade do direito à vida do feto, juntamente com o de direitos da gestante, como o da autonomia reprodutiva, da saúde entre outros.

É este o cenário posto perante o STF no julgamento da ADI 5.581 que pede à Corte que julgue pela possibilidade de realização de aborto em caso de gestantes infectadas com o vírus do *zika*, aparente causador de microcefalia. Cabe salientar que, neste caso, dificilmente poderá a Suprema Corte valer-se do argumento de inexistência do direito à vida, pois é inequívoco que o bebê com microcefalia terá vida, apesar de uma vida com dificuldade.

Analise-se em que termos a discussão foi levada à Corte.

A petição inicial relata a epidemia causada pelo vírus *zika* e a microcefalia como possível consequência para fetos de gestantes infectadas com o vírus. E mais. Segundo a autora, a microcefalia é apenas uma das consequências do que se denomina síndrome congênita do zika, sendo as demais: comprometimentos auditivos e visuais, dilatação dos ventrículos cerebrais, calcificações intracranianas, artrogripose e restrição de crescimento intrauterino.

Aponta ainda a autora que a população sob maior risco na epidemia é a de mulheres pobres e nordestinas e para comprovar tal informação cita que, entre os recém-nascidos com a síndrome do zika, 60% são filhos de mulheres de Pernambuco, Bahia, Paraíba, Maranhão e Ceará.

Relata, ainda, que tais mulheres durante a gravidez são submetidas a intenso sofrimento psicológico, uma vez que não se sabe ao certo quais danos a infecção pelo *zika*

pode causar ao feto e à própria saúde. Ademais, grande parte das mulheres infectadas não tem condições econômicas adequadas para enfrentar os danos causados pela epidemia.

Ainda cita a inicial a ausência de resposta adequada do Estado à epidemia, relembrando a recomendação do Ministério da Saúde para que as mulheres evitassem a gravidez. Cabe relembrar também que a política de saúde brasileira é bastante deficiente quando se trata de políticas sobre educação sexual e planejamento familiar.

Uma das questões debatidas na ação é a legitimidade ativa da associação autora, que é a Associação Nacional dos Defensores Públicos. Neste ponto, não serão tecidas considerações, uma vez que não é tema do presente estudo a legitimação ativa de associações para propositura de ações do controle concentrado.

Tampouco será questionada a escolha pouco ortodoxa de se ajuizar uma ADI cumulada com uma ADPF. Afinal, parte da ação solicita interpretação conforme à Constituição do art. 18, *caput* e § 3º da Lei Federal 13.301/16, a declaração de nulidade do § 2º do art. 18 da Lei 13.301/16, além de interpretação conforme à Constituição dos art. 124, 126 e 128 do Código Penal. Obviamente que, nos dois primeiros casos, há objeto típico de uma ADI, enquanto que no caso do Código Penal, há matéria típica de ADPF. E para a temática do aborto interessa particularmente a discussão sobre a interpretação conforme dos artigos do Código Penal, que autorizaria a realização do aborto em caso de mulheres infectadas pelo *zika*.

A autora fundamenta a ADPF em atos omissivos do Poder Público, ou seja, na omissão do Estado em reagir adequadamente à epidemia da *zika*. São elencados na inicial os seguintes atos do Poder Público:

> 02.1. omissão na garantia de acesso à informação sobre o estado atual do conhecimento médico sobre a epidemia do vírus zika, incertezas e riscos de infecção, bem como formas de prevenção;
> 02.2. omissão na garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração, tais como o DIU-LNG, e ao repelente do mosquito vetor;
> 02.3. omissão no acesso aos serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika em centros especializados localizados em até 50 km de sua residência e na concessão do benefício de Tratamento Fora de Domicílio, assim como a obtenção dos diagnósticos cínicos realizados por médicos e, preferencialmente, por me|ios médicos-laboratoriais necessários para confirmação da contaminação com o Zika por meio de exames especializados, tais como PCR e sorológicos (IGG e IGM);
> 02.4. omissão sobre a possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectada pelo vírus zika.

Alega-se ainda que estaria cumprido o requisito de subsidiariedade da ADPF, pois não haveria outro meio eficaz de sanar a lesividade e que há agressão a preceitos fundamentais. Aqui cabe uma primeira reflexão. A Lei 9.882/99, que regulamenta a ADPF, impõe dois cabimentos à ação. O primeiro é o do art. 1º, *caput* que prescreve caber a arguição de descumprimento toda vez que ato do Poder Público agredir preceito fundamental. O segundo cabimento é o do § 1º, que trata da ADPF por equiparação, ao determinar que caberá a ação toda vez que lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, ferir preceitos fundamentais.

Célebres arguições de descumprimento de preceito fundamental, cujo pedido era a realização de interpretação conforme à Constituição envolvendo legislação pré-constitucional foram ajuizadas com fundamento no § 1º do art. 1º, ou seja, solicitando diretamente interpretação conforme da lei pré-constitucional. É a própria interpretação da legislação que fere a Constituição atual. Tal foi o que ocorreu com a já citada ADPF 54 que tratava do feto anencefálico.

Não parece ser a melhor solução argumentar que atos omissivos do Poder Público lesam o texto constitucional a ponto de se autorizar o aborto em caso de mulheres infectadas pelo *zika*. A interpretação conforme dos artigos do Código Penal parece plenamente possível, mas com fundamento na própria Constituição Federal e principalmente no direito à intimidade e à saúde por ela garantidos.

Não é a omissão do Poder Público que torna o aborto possível, mas sim a existência de outros direitos constitucionalmente consagrados. Por óbvio que a má resposta do Estado à crise do *zika* agrava as condições de saúde das mulheres gestantes, mas ela por si só não é suficiente para autorizar a realização de um aborto. Pergunte-se. Se o Estado tivesse dado uma resposta exemplar à epidemia, o sofrimento da mulher desapareceria? A possibilidade de interrupção da gravidez deixaria de existir? Neste sentido, parece haver um equívoco de cabimento da ADPF.

Seria mais adequada a discussão direta da recepção do artigos do Código Penal frente à Constituição Federal, nos mesmos termos em que se discutiu a possibilidade de aborto em caso de feto anencefálico. A omissão do Estado agrava a crise e aumenta os danos à saúde física e psicológica da mulher, mas a grande causa do sofrimento da mulher é a doença, a infecção pelo *zika*. Equivocado, portanto, atribuir à omissão estatal o motivo principal da autorização para o procedimento de aborto.

A inicial alega que as políticas públicas insuficientes do Estado feriram a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, sendo, portanto, atos inconstitucionais do Poder Público. Não há dúvida de que a omissão estatal pode configurar ato inconstitucional, tanto que há vários dispositivos na Constituição prevendo a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre atos omissivos. A questão não está em debater se o ato ou omissão do Estado são inconstitucionais, mas sim se tal omissão inconstitucional é suficiente para autorizar a interrupção da gravidez.

Cita a autora como preceitos fundamentais violados: dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e às integridades física e psicológica, direito à informação, proteção à infância e à maternidade, direito à saúde e da prevenção de doenças, direito à seguridade social, direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva e direito à proteção dos deficientes.

Ademais, questionar a constitucionalidade da resposta do Estado teria o condão, no máximo, de obrigar o Estado a implementar as políticas públicas consideradas insuficientes. Difícil entender que aborto faça parte de uma política pública de saúde de crise. A possibilidade de interrupção da gravidez não é uma mera resposta estatal, mas sim um direito que pode ser reconhecido à mulher frente ao grave sofrimento causado pela epidemia.

Ao tratar especificamente do aborto, a autora estabelece uma distinção entre interrupção da gravidez e o crime de aborto. A interrupção da gravidez seria gênero, da qual seriam espécies a interrupção lícita e a ilícita. Nesta classificação, somente a interrupção ilícita poderia ser considerada aborto.

Não parece fazer muito sentido este esforço de se evitar a palavra aborto, trocando-a pela expressão “interrupção da gravidez”. Afinal, independentemente do nome que se dê, há de fato uma interrupção da gravidez com a expulsão do feto.

Alega a autora que o art. 128 do Código Penal não prevê excludentes de punibilidade nos casos de aborto terapêutico ou sentimental, mas sim atipicidades da conduta. No tipo penal, haveria que se perquirir quais situações de interrupção da gravidez poderiam ser denominadas de aborto.

A justificativa para a interrupção da gravidez em caso de infecção por *zika*, salienta a autora, teria respaldo tanto na decisão tomada pela ADPF 54 quanto na interpretação conforme a ser realizada dos artigos do Código Penal.

Sobre a ADPF 54, a autora relembra a permissão do STF de realizar aborto do anencéfalo, já que este não teria potencialidade de vida. Nos casos em que a síndrome

congênita do *zika* causa a morte do feto, a situação amolda-se perfeitamente à descrita na ADPF 54. Em outros casos, a síndrome do *zika* não causa a morte do feto, mas já se sabe que muitas crianças terão capacidades de desenvolvimento livre e autônomo substancialmente diminuídas. Há muitas questões ainda não resolvidas sobre os efeitos do *zika*, inclusive sobre a possibilidade de transmissão vertical da mulher infectada para o feto.

Relembra a autora que há uma epidemia declarada pela OMS do vírus *zika* e que há vários danos causados às mulheres e a seus futuros filhos em razão de uma negligência do Estado brasileiro em eliminar o mosquito transmissor do *zika*.

As mulheres grávidas passam toda a gestação com medo de uma infecção pelo *zika*, ainda que tomem todos os cuidados prescritos (usar roupas longas, fechar as janelas, passar repelente diariamente). Mesmo tomando todas as cautelas, a mulher vive na insegurança de saber quais os riscos à saúde tanto dela quanto do bebê.

Para a autora, a prática do aborto em caso de mulheres infectadas com o *zika* estaria enquadrada no estado de necessidade específico ou no estado de necessidade justificante geral.

Relembra a autora que todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à vida, são absolutos. Neste sentido, caso se vislumbre uma colisão de princípios fundamentais, os direitos da mulher teriam o mesmo *status* do direito à vida do feto. Dentre os direitos das mulheres, cita o direito à vida digna, que pressuporia a possibilidade de escolher continuar ou não com a gravidez, e também o direito à liberdade, que envolveria a liberdade à autodeterminação sexual e o direito à autonomia reprodutiva. Lembra ainda que está em jogo também a saúde mental da mulher grávida.

Considerando todo o quadro exposto, conclui a autora que o sofrimento causado pela síndrome do *zika* gera um estado de necessidade à mulher grávida, tornando a interrupção da gravidez um direito da mulher para proteção de sua saúde mental.

Preconiza a autora da ação que deve ser aplicado também o art. 128, I do CP de maneira analógica, pois não seria possível que nenhuma legislação enumerasse exaustivamente todas as causas de justificação. Conclui, assim, que ainda que não se entenda pela aplicação analógica do art. 128, dever-se-ia entender que a interrupção da gestação é acolhida pelo estado de necessidade genérico, configurando-se causa de exclusão da ilicitude da conduta.

Destaca também a autora que o Código Penal, em seu art. 28. II, consagra o chamado aborto humanitário (em caso de estupro), o que já demonstra a preocupação do

legislador com a saúde mental da mulher, em razão do grave sofrimento por ela experimentado. A autora usa o mesmo raciocínio para afirmar que o aborto deve ser permitido quando o Estado falhou em eliminar o mosquito transmissor.

Desta maneira, requer a inicial da ADPF, a realização de interpretação conforme à Constituição:

> […] declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou; b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez.

Também no que diz respeito aos fundamentos do pedido de interpretação conforme, para a autorização do aborto para mulheres infectadas pela síndrome do *zika*, também parece haver um equívoco.

Aparentemente, a grande fundamentação trazida pela autora para permitir o aborto seria o direito à liberdade que geraria o direito à autonomia reprodutiva. A liberdade, no entanto, não parece ser o principal fundamento a garantir eventual direito à interrupção da gestação. Em última análise, a liberdade é o fundamento de todos os comportamentos e ações humanas. Assim, alegar direito à liberdade para justificar a prática de um ato, sem outro direito envolvido, parece uma alegação genérica em demasia.

Ademais, quando se fala em direito à autonomia reprodutiva, o seu principal fundamento não está no direito à liberdade, mas sim no direito à intimidade. Óbvio que quando se fala em autonomia, há um forte componente de liberdade. Especificamente, contudo, ao se falar em direitos reprodutivos e sexuais, é essencial que se trate também do direito à intimidade.

Grande parte da construção de tais direitos remonta ao seu reconhecimento como parte do direito à intimidade. Afinal, a decisão sobre ter filhos ou sobre o exercício da sexualidade é de caráter íntimo. Lembre-se da construção feita pela Suprema Corte dos EUA, ao reconhecer a constitucionalidade do aborto. Primeiro, entendeu-se que o direito

ao uso de métodos anticoncepcionais pertence à cada pessoa, dentro de sua intimidade. Na linha de garantia de direitos reprodutivos como parte da intimidade, a Corte reconheceu posteriormente o direito à realização do aborto. Vislumbra-se, assim, uma falha grave da inicial ao não citar o direito à intimidade.

Além do direito à intimidade, é fundamental na discussão sobre o aborto para mulheres infectadas com o *zika*, a questão da saúde mental das gestantes. A principal alegação da inicial é a tortura psicológica por que passam as mulheres com a síndrome do *zika*, que não saberão as consequências da infecção para ela e para o feto. O aborto, assim, deveria ser autorizado para garantir a saúde psicológica da mulher. É importante notar que tal alegação, se aceita pelo STF, pode abrir um importante precedente para a constitucionalidade do aborto em geral, afinal não somente a gravidez em que há a presença da síndrome do *zika* pode gerar danos à saúde mental da mulher.

O recurso à saúde psicológica como justificativa é uma saída interessante para se discutir aborto quando há infecção pelo zika. Muito se discutiu quanto à possibilidade de interrupção da gravidez na presença de microcefalia. O grande entrave para se autorizar o aborto quando o feto é diagnosticado com microcefalia é o estágio da gestação. Tem-se certeza da presença de microcefalia por volta da 22ª a 24ª semana de gestação, período em que o feto já tem viabilidade extrauterina. Até mesmo nos países em que o aborto é permitido de maneira ampla, a viabilidade do feto fora do útero é momento impeditivo da realização do aborto. Afinal, aí já não há mera possibilidade de desenvolvimento de uma vida, mas sim uma vida pronta que apenas ainda não nasceu.

Como não se poderia falar em aborto quando há o diagnóstico da microcefalia, fala-se em aborto para mulheres que têm a síndrome do *zika*, em razão do sofrimento psicológico que a incerteza quanto às suas consequência causa à mulher gestante.

Há parecer do Procurador-Geral da República, opinando pela constitucionalidade da interrupção da gravidez em caso de a mulher possuir a chamada síndrome congênita do *zika*. Ressalta o PGR o estado de incerteza existente no que diz respeito ao *zika*. Nem todos os efeitos nocivos são conhecidos pela ciência e dentre os fatores não conhecidos está a taxa de risco das mulheres infectadas. Ou seja, não se sabe qual a taxa de mulheres infectadas pelo vírus que sofrerão alguma consequência.

Entende o MPF que, no atual estágio de desenvolvimento científico, a infecção pelo *zika* causa dano certo à saúde psíquica da mulher. Haveria assim agressão ao direito fundamental à saúde mental e à vida livre de tortura e agravos severos evitáveis.

Tampouco enxerga o PGR uma colisão de direitos entre a mulher e o feto. Para ele, a ideia de colisão de direitos interessa somente à tese da supremacia do direito à vida. Para solucionar a questão da infecção pelo *zika*, é necessário considerar os níveis de proteção do feto e também a proteção à saúde da mulher.

Tanto o direito à saúde quanto à integridade física encontram-se sob forte ameaça quando há uma epidemia. E no caso da epidemia pelo *zika*, as consequências mais graves estão ligadas à reprodução. As mulheres sofrem mesmo antes de haver um bebê com alguma deficiência que exija cuidados especiais. Por isso, entende o PGR que não existe conflito de direitos, há somente os direitos da mulher que são claramente violados.

Para ele, esta conclusão não significa um desvalor à vida humana, nem a das pessoas com deficiência, afinal não há a obrigatoriedade de interrupção da gravidez. A autorização para o aborto trata-se apenas de um reconhecimento de que a imposição da manutenção da gravidez em casos como estes pode representar enorme sofrimento psicológico às mulheres, um autêntico estado de tortura.

Para a OMS, a saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade. Sendo assim, criminalizar a conduta da mulher que interrompe a gravidez em razão do extremo sofrimento por que passa fere a Constituição, ao tornar a reprodução uma imposição e não uma escolha.

Na ADPF 54, o STF reconheceu que a imposição da gravidez pode ser uma forma de tortura. O Direito Penal é uma forma de recuperação e de reafirmação da autoridade do estado em razão da violação de direitos e não uma forma de tortura. Neste sentido, a lei penal não pode desfigurar a proteção dos direitos fundamentais criminalizando quem age em estado de necessidade genérico.

Com base nos argumentos expostos, entende o Procurador-Geral da República que deve ser dada interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126, 23, I e 24 do Código Penal para entender que a interrupção da gravidez em caso de comprovada infecção pelo *zika* não é crime, pois realizada sob estado de necessidade e, portanto, o procedimento de aborto deverá ser realizado pelo sistema de saúde.

III.4- HC 124.306/RJ e a inconstitucionalidade da criminalização do aborto

Em julgamento de um *habeas corpus*[290], impetrado com pedido de cassação da prisão preventiva para os pacientes acusados da prática do crime de aborto, o Min.

[290] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC 124.308/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 29/11/2016.

Roberto Barroso opinou pela necessidade de interpretação conforme dos arts. 124 a 126 do Código Penal. Afinal, para que a criminalização seja constitucional é necessário que o bem jurídico protegido seja relevante, que não seja legítimo exercício do direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a conduta praticada e a reação estatal.

Para o Ministro, não há dúvida de que o bem protegido, o direito à vida do feto, é juridicamente relevante. Contudo, a criminalização do aborto no primeiro trimestre fere direito da mulher, além do princípio da proporcionalidade.

Barroso inicia a sua argumentação afirmando que em todo o mundo democrático desenvolvido entende-se que a criminalização do aborto fere direitos da mulher, com reflexos inevitáveis para a dignidade humana. A ideia é que a mulher, ao realizar um aborto, já está diante de uma decisão trágica e não precisa que o Estado piore a sua vida, tornando a conduta crime.

Tratando-se da situação jurídica do feto, haveria, basicamente, duas posições. A primeira é que entende que a vida tem início com a concepção. Já a segunda, entende que somente pode-se falar em vida quando há a formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, o que ocorre com o advento do primeiro trimestre.

Salienta o Ministro que não há solução jurídica para o início do direito à vida do feto, pois sempre dependerá de uma escolha religiosa ou filosófica sobre o significado da vida. Certo é que o feto não tem qualquer possibilidade de vida fora do útero durante os três primeiros meses, dependendo integralmente do corpo da mãe.

Inicialmente, dispõe o Ministro que a criminalização do aborto fere a autonomia da mulher que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegido pela dignidade da pessoa humana. Todo indivíduo tem direito a um espaço de privacidade, no qual pode viver seus valores, sem qualquer interferência do Estado e da sociedade. Para a mulher, é aspecto essencial de sua autonomia ter controle do seu próprio corpo e, portanto, poder decidir se prossegue ou cessa uma gravidez. Não cabe ao Estado tomar tal decisão em nome da mulher, tratando-a como se fosse um "útero a serviço da sociedade" e não um indivíduo.

Para Barroso, a criminalização do aborto também fere o direito à integridade física e psíquica da mulher (direito à saúde), afinal quem sofrerá as consequências e transformações da gestação será o corpo da mulher. A gravidez indesejada pode se revelar um tormento para a mulher, além de impor uma vida toda de renúncia e preocupações em relação a outra pessoa.

No mesmo sentido, a criminalização do aborto viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher em decidir se e quando pretende ter filhos. Tais direitos, que foram reconhecidos após longa batalha na Conferência do Cairo de 1994 e de Pequim em 1995, são frontalmente violados pela criminalização feita pelo Código Penal.

O crime de aborto também, segundo Barroso, viola a igualdade de gênero, já que somente homens e mulheres estarão em posição de igualdade se for dada à mulher a possibilidade de terminar a gestação. Ademais, a criminalização do aborto gera uma discriminação social, já que as mulheres pobres não podem ter acesso a clínicas e médicos capacitados para realizar um aborto e nem podem se valer do sistema público de saúde. Assim, são as mulheres pobres a que estão mais sujeitas a lesões e riscos à saúde.

Para o Ministro, é claro que o tipo penal do aborto viola o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais das mulheres.

Barroso passa então a analisar se a criminalização da conduta seguiu ou não o princípio da proporcionalidade. Salienta o Ministro que o legislador tem liberdade para estabelecer crimes e penas, mas deverá levar em conta dois fatores: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados e os deveres de proteção com a sociedade.

Relembra Barroso que o Código Penal é de 1940 e encontra-se profundamente defasado. Prova disso é o julgamento da ADPF 54 que permitiu o aborto de fetos anencéfalos. Para o Ministro, da mesma forma que o STF permitiu que haja a interrupção da gravidez para fetos com anencefalia, o aborto até o primeiro trimestre também precisaria ser revisto.

O Ministro utilizará o princípio da proporcionalidade para demonstrar que o gravame imposto à mulher com a criminalização do aborto não é proporcional para a proteção à vida do feto. No que diz respeito ao princípio da adequação, será analisado se criminalizar o aborto é meio adequado para proteger a vida do feto. Barroso relata que as taxas de aborto em países em que o procedimento é legal são muitos semelhantes a dos países em que ele é criminalizado. Na verdade, a criminalização do aborto não impede a sua realização, mas afeta apenas a qualidade com que o procedimento é realizado. Conclui-se, assim, que criminalizar o aborto é método ineficaz para tutelar a vida do feto.

Cabe salientar que para o Ministro a existência do crime de aborto é uma mera reprovação simbólica da conduta. Apesar de simbólica no sentido de que não impede a realização do aborto, a criminalização da conduta gera sérios problemas de saúde, uma vez que as mulheres mais pobres, que não têm acesso a clínicas e médicos capacitados,

acabam se submetendo a condições degradantes para a realização do procedimento.

Em situações moralmente complexas, para Barroso, não cabe ao Estado apoiar somente um dos lados do problema. Assim, deveria o Estado tanto apoiar as mulheres que pretendem continuar a gravidez quanto as que pretendem terminá-la.

Quanto ao subprincípio da necessidade, é preciso analisar se há outro meio que proteja igualmente o direito à vida do feto e que restrinja menos os direitos fundamentais da mulher. Neste ponto, o Ministro relembra que há outras políticas distintas da criminalização do aborto que garantiriam com a mesma eficácia o direito à vida do feto, sem ferir tantos direitos fundamentais das mulheres.

Barroso cita a solução adotada por outros países, como a Alemanha, que permitem o aborto no primeiro trimestre da gestação, mas exigem que a mulher cumpra alguns requisitos procedimentais, como prévia consulta psicológica ou respeito a um período de espera, antes de se submeter ao aborto. Tais exigências a serem cumpridas antes do procedimento têm como função garantir que a decisão a ser tomada pela mulher seja precedida de reflexão.

Ademais, o Estado deveria atuar em questões econômicas e sociais, de modo a atenuar os principais motivos que levam as mulheres a abortar. É necessário assim que o Estado invista em toda a rede de assistência à criança, como acesso à creche, à assistência social entre outros. Não se pode olvidar também das políticas de educação sexual, que permitam acesso a métodos contraceptivos.

Neste sentido, a criminalização do aborto também não atenderia ao princípio da necessidade.

Cabe analisar, por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, para determinar se as restrições impostas aos direitos das mulheres compensam os benefícios causados à proteção da vida do feto. O Ministro inicia as considerações relembrando que a criminalização do aborto gera sérias lesões aos direitos fundamentais das mulheres. Ademais, a existência do crime gera custos adicionais ao sistema de saúde, já que mulheres que se submetem a abortos clandestinos frequentemente apresentam complicações.

Salienta o Ministro que a criminalização do aborto gera um grau baixo de proteção do feto, uma vez que ela não é capaz de reduzir as taxas de aborto. Para Barroso, é necessário reconhecer que a proteção constitucional do feto cresce juntamente com o avanço da gestação e com a aquisição da viabilidade extrauterina. Conclui o Ministro que a criminalização do aborto é ilegítima, considerando os seus custos e benefícios, uma vez

que a proteção ao feto é muito baixa e agressão aos direitos da mulher é muito alta.

Dessa maneira, para que o feto não reste totalmente desprotegido, entende o Ministro que a interpretação conforme à Constituição deve ser feita para entender que o crime de aborto ocorre somente após o primeiro trimestre de gestação, período em que o feto começa a desenvolver o córtex cerebral.

A decisão do Min. Roberto Barroso, apesar de não ser vinculante e proferida em sede de *habeas corpus*, representa um importante precedente no debate sobre aborto na jurisprudência brasileira. Como já foi visto, em todas as oportunidades em que o STF teve para se pronunciar sobre o direito à vida, as decisões e opiniões dos Ministros foram bastante restritas e ativeram-se somente na questão especificamente debatida. Nunca houve uma manifestação tão enfática e incisiva sobre o direito à vida do feto e a possibilidade de descriminalização do aborto no primeiro trimestre à luz da Constituição.

E tal decisão é ainda bastante inovadora, pois se cogita de uma solução judicial da questão. A alteração legislativa sempre se mostrou uma alternativa mais conservadora para a realização de qualquer mudança no tratamento do aborto no Brasil. O Min. Barroso, contudo, ao realizar um controle incidental de constitucional, acaba se valendo do método de interpretação conforme à Constituição, para entender que a interpretação que entende que o aborto no primeiro trimestre é crime não foi recepcionada pelo texto constitucional. Abre-se como real a possibilidade de o próprio STF numa futura ação de controle concentrado de constitucionalidade usar a mesma argumentação do Min. Barroso e, na prática, descriminalizar o aborto nos três primeiros meses de gestação.

Ainda que a argumentação pareça inovadora, uma vez que se espera mais comumente tal decisão do Legislativo, o raciocínio, quanto à interpretação constitucional, é o mesmo utilizado na ADPF 54, quando a Corte Constitucional realizou uma interpretação conforme à Constituição para entender que não seria crime de aborto interromper a gravidez de feto anencéfalo. Aqui, a única diferença é que não se fala afastar o crime em razão de uma característica do feto, mas sim do período da gestação. Ainda que as consequências sejam muito maiores na segunda decisão, de maneira lógica a decisão é muito semelhante.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 não trata especificamente do direito à vida do feto e, portanto, não disciplina expressamente a possibilidade de aborto. Ante a ausência de tratamento constitucional expresso, dá-se abertura para o legislador e para a jurisprudência disciplinarem o assunto.

O aborto é definido pela legislação penal brasileira como crime, com três exceções: gravidez resultante de estupro, risco à vida da mãe e feto anencefálico (este incluído por decisão do STF). Tal tratamento segue a linha das legislações mais restritivas sobre aborto, em que o procedimento é permitido apenas em algumas situações bastante excepcionais. Cabe perquirir se a solução adotada pelo legislador na década de 40 ainda está de acordo com o texto da Constituição de 1988.

A aceitação do aborto como um procedimento legítimo ou não varia bastante de acordo com o momento histórico. Percebe-se que, frequentemente, a proibição do aborto não está sempre vinculada à ideia de proteção do feto. Por vezes, a proscrição do aborto visa proteger direitos de paternidade ou mesmo relaciona-se com questões demográficas, como baixa taxa de natalidade.

As religiões ocidentais, em regra, condenam o aborto. É de se notar, contudo, que durante a Idade Média a posição da Igreja Católica alternou-se entre épocas de permissão do aborto, ainda que com requisitos temporais curtos, e proibição completa. Vê-se, assim, que mesmo em uma das instituições que mais condena hoje o aborto, não houve consenso histórico sobre sua posição.

Independentemente de a proibição do aborto ter ganhado força mundialmente na década de 40 (pós II Guerra Mundial) como uma forma de aumentar as taxas de natalidade, a discussão hoje recai principalmente sobre a proteção do direito à vida do feto.

Na Constituição Federal de 1988, o direito à vida é garantido expressamente, mas não há qualquer menção quanto ao momento de início da proteção deste direito. Na verdade, raramente os diplomas normativos fazem menção ao início da vida.

Põe-se, então, a primeira questão a ser resolvida, o início da vida. Não parece muito consentâneo com a discussão jurídica determinar qual o momento de início da vida. Como vários autores ressaltam, há diversas teorias na ciência médica para

determinar qual o momento de início de vida. Existem, assim, várias etapas da gestação, bastante diferentes entre si, que a ciência aponta como de início da vida.

Ademais, a questão do início da vida encontra-se fortemente permeada por questões religiosas e filosóficas que não devem ser assumidas pelo Estado. Se não há certeza pela ciência do momento exato de início da vida, a escolha de um deles só pode estar envolvida por questões de cunho filosófico ou religioso.

Sendo o Estado Laico, não há que se pensar na apropriação de uma ideia religiosa como estatal. Afinal, a imposição pelo Estado de uma determinada posição feriria mortalmente a liberdade religiosa dos seus cidadãos que se veriam obrigados a atuar de acordo com uma crença, com a qual não compartilha.

Dessa maneira, não caberia ao Estado determinar qual o início da vida, já que para tanto precisaria tomar uma decisão baseada em crenças religiosas ou filosóficas. A despeito disso, a posição hoje tomada pelo Estado brasileiro parece exatamente escolher a concepção como o momento de início da vida, já que tem como regra a proibição do aborto. Apesar de ser um Estado Laico, o Estado brasileiro apropria-se de um conceito religioso para impor aos cidadãos uma conduta determinada, que acaba restringindo o âmbito de proteção da liberdade religiosa.

Mais consentânea com a posição de imparcialidade do Estado seria determinar tão-somente qual o grau de proteção jurídica que o feto tem à luz da Constituição Federal. Certamente que o feto deve receber algum tipo de proteção constitucional, ainda que a proteção não seja a mesma das pessoas já nascidas.

Argumentar que o feto não tem direito à vida e não merece qualquer proteção jurídica não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Ante a ausência de definição sobre o momento exato de certeza do início do direito à vida, parece adequado entender que o feto tem direito à vida desde a concepção. Cabe discutir qual a força da proteção conferida.

Na linha do que Tribunais estrangeiros já decidiram, considerando o silêncio da Constituição em falar especificamente do feto, é de se considerar que a proteção conferida a ele seria menor que aquela dada a pessoas já nascidas. Soa razoável a posição de que o feto é mais protegido pelo ordenamento jurídico com o avanço da gestação. Parece correto argumentar que, em momentos iniciais da gestação, tem-se uma proteção jurídica mais reduzida que aquela conferida a um feto no sétimo mês de gestação.

Mesmo reconhecendo que o feto tem direito à vida desde a concepção e que o grau de proteção varia de acordo com o momento da gestação, não se deve reconhecer o

feto como pessoa. Afinal, decorre do ordenamento jurídico que os atributos da personalidade surgem com o nascimento. Deve-se ter em mente que durante a gestação não há duas pessoas ou dois interesses contrapostos. Não se pode dissociar o feto da mulher, afinal o feto, durante a gestação, depende integralmente da mulher. Parece não só uma ficção jurídica, mas uma agressão à integridade física da mulher, considerar que parte do seu corpo não lhe pertence.

Vale o estudo aprofundado da solução adotada pela Suprema Corte Americana ao usar critérios objetivos para delimitar as fases em que o aborto é permitido. Até o 1º trimestre, em que a realização do aborto não apresenta risco para a gestante, o procedimento é totalmente permitido. No 2º trimestre, o aborto poderia ser permitido apenas em caso de risco à saúde da mãe. E no 3º trimestre, o aborto seria proibido, já que o feto apresenta viabilidade extrauterina.

São delimitações bastante objetivas que levam em consideração a evolução da gravidez sem considerar questões religiosas como o momento exato de início da vida. Contudo, ao impor que o aborto deve ser livremente permitido pelos Estados nos três primeiros meses de gestação, a Suprema Corte implicitamente reconhece que o feto não tem direito à vida no início da gravidez.

É interessante notar que o requisito temporal do 1º trimestre, como marco para a possibilidade de realização do aborto, é empregado quase que com unanimidade nos países que autorizam a interrupção da gestação. A ideia de se proibir o aborto a partir do 2º trimestre de gestação, deve-se ao fato de que é no 4º mês que se dá início à formação do sistema nervoso central e que o feto poderia começar a adquirir algum tipo de consciência.

Uma outra solução que poderia servir de paradigma é a adotada pelo Tribunal Constitucional alemão que reconhece plenamente o direito à vida do feto, mas estabelece critérios que devem ser ponderados para a realização do aborto. Por este entendimento, a garantia ao direito à vida do feto não impede a prática constitucional do aborto.

Pondera o Tribunal que o direito penal não é a única forma de se proteger o direito do feto, pelo contrário, a criminalização da conduta deve ser a última alternativa para proteção de direitos. Assim, entende o Tribunal que se pode proteger o direito à vida do feto com alguns cuidados e requisitos para a prática do aborto. O Tribunal cria um critério de “insuportabilidade” da gravidez para a mulher, que poderia decorrer de questões socioeconômicas, de ameaças à saúde física e mental das mulheres, entre outros. A presença de tais fatores autorizaria, portanto, a realização do aborto. Eis outra solução que

pode ser pensada para o ordenamento jurídico brasileiro.

Vê-se, portanto, que para autorizar o aborto não é necessário considerar que o feto não tem direito à vida. Todos os direitos fundamentais são relativos, inclusive, o direito à vida. É preciso, portanto, superar a barreira de que reconhecer o direito à vida do feto é impeditivo para ampliação das hipóteses legais de aborto.

A legislação brasileira sobre aborto parte do pressuposto de que o feto tem direito à vida desde a concepção, uma vez que a interrupção da gravidez é considerada, em regra, crime. Mesmo assim, o Código Penal autoriza a realização do aborto quando a gravidez é resultante de estupro, o chamado aborto sentimental. Neste caso, não há qualquer problema com a vida do feto, nem com a vida da mãe, mas a legislação entende que o sofrimento psicológico da mulher seria motivo suficiente para interromper a gravidez.

Em nada a nossa Constituição difere das de Estados que consideram a realização do aborto constitucional. Basta apenas interpretar todo o conjunto de direitos envolvidos.

Frequentemente, cita-se o princípio da dignidade da pessoa humana para auxiliar no debate sobre aborto. Obviamente que tal princípio é relevante sempre que há uma discussão de direitos fundamentais, já que a dignidade humana é considerada o núcleo essencial de todo direito fundamental. Além disso, não parece que o princípio da dignidade seja apto a ajudar na solução do problema.

Não há dúvida de que se deve ter a preocupação de resguardar a dignidade da mulher. E se o feto também tem direito à vida, também tem dignidade. A ideia de se falar em dignidade do feto teria maior relevância se se considerasse que o feto não tem direito à vida, mas deve ter sua dignidade resguardada. Havendo um direito específico a tutela-lo (direito à vida), não é tão necessário recorrer ao princípio da dignidade humana.

É fundamental agora analisar a perspectiva dos direitos atribuídos à mulher. Não é muito adequado fazer referência a direitos contrapostos no caso do aborto. A visão de um eventual conflito entre direitos da mulher e do feto parece ultrapassada, já que há uma dependência direta do feto à mulher. A melhor perspectiva é tentar enxergar os direitos da mulher juntamente com a proteção ao feto, numa ideia de harmonia e não de conflito. E para que essa visão seja possível, é necessário tratar da autonomia reprodutiva da mulher.

O debate sobre aborto envolve fundamentalmente a ideia de controle sobre a própria reprodução. A Suprema Corte dos EUA, em *Griswold*, entendeu que o direito a ter

acesso a métodos contraceptivos, ou seja, de decidir sobre a reprodução, faria parte da garantia à intimidade. Dá-se início, nesta linha, a ideia de que decidir sobre ter ou não filhos, bem como o seu número, é parte da intimidade da pessoa. Não cabe, assim, influência do Estado ou da sociedade no processo de tomada de decisão.

Da ideia de a intimidade envolver a possibilidade de uso de métodos contraceptivos, evoluiu-se o pensamento para um conceito de autonomia reprodutiva, em que a pessoa, de maneira, autônoma poderia decidir se quer ou não ter filhos. Reconhecida a autonomia reprodutiva, como parte do direito à intimidade, facilmente se evoluiu para considerar o aborto como um direito da mulher em controlar o processo reprodutivo.

A ideia de autonomia reprodutiva como parte da intimidade é bastante interessante. Afinal, poucas decisões são tão íntimas e fundamentais para o ser humano, quanto decidir se quer ter filhos ou qual o número de filhos que se pretende ter. Especialmente, no caso da mulher, o controle da reprodução é ainda mais sensível, afinal, a gravidez implica alterações sobre o próprio corpo. Neste sentido, ter o controle da reprodução é ter também controle sobre o seu corpo.

Obviamente que a ideia de autonomia envolve também a de liberdade. Mas é importante lembrar que liberdade, num Estado Democrático de Direito, significa também responsabilidade. Assim, a liberdade de controle da reprodução não pode implicar a autorização para práticas de atos desenfreados sem considerar a existência de outros valores fundamentais. Há sim liberdade reprodutiva e sexual, mas o controle da reprodução advém de uma decisão íntima, e o exercício de tal liberdade deve ser exercido com responsabilidade e com respeito a diversos princípios fundamentais.

Reconhecendo-se, assim, a autonomia reprodutiva como expoente do direito à intimidade e como o exercício do direito de controle sobre a sua reprodução, é possível pensar que a existência de tal autonomia autoriza a realização do aborto nos estágios iniciais da gravidez. Tal conclusão torna-se possível principalmente quando se lembra que o direito à vida do feto merece uma proteção menor nos estágios iniciais da gravidez. Afinal, o feto por não ser pessoa tem um direito à vida com característica distinta de uma pessoa nascida. O feto merece proteção, mas não tem um direito oponível à mãe.

A solução para o aborto passa pela necessidade de se conciliar os direitos da mãe e o direito à proteção da vida do feto. Como o feto tem direitos a serem protegidos, é necessário pensar em alguns critérios para a realização do aborto. O primeiro critério é o temporal, em que o aborto seria permitido dentro do 1º trimestre da gravidez, quando o feto ainda não pode ter adquirido nenhum tipo de consciência, já que a formação do

sistema nervoso central não se iniciou.

Além do critério temporal, é possível considerar alguns outros requisitos para a prática do aborto. Em países que permitem a interrupção da gravidez, frequentemente se exige que as mulheres passem por um acompanhamento psicológico antes de realizar o aborto e que seja obrigada a respeitar um período de espera entre a manifestação da vontade de abortar e a submissão ao procedimento. Tais exigências visam a garantir que a decisão tomada pela mulher seja uma decisão refletida e que seja uma decisão verdadeiramente autônoma.

Considerando que a decisão de abortar faz parte do exercício de sua autonomia, não há necessidade que a mulher exponha ao Estado qual o motivo do aborto. É fundamental, contudo, que esse motivo seja real e que a mulher tenha convicção de seus atos. Por isso, a exigência de uma consulta psicológica é válida.

Não é legítimo, porém, que o Estado imponha exigências que submetam a mulher a um fardo excessivo, de modo que o cumprimento da exigência tenha o condão de impedir o procedimento de aborto em si. Foi o que decidiu a Suprema Corte dos EUA em *Planned Parenthood v. Casey*.

O controle da reprodução envolve uma política pelo Estado de planejamento familiar, mas como uma decisão do indivíduo e não estatal. A ideia em si de planejamento familiar tem como fundamento a autonomia reprodutiva e autonomia só pode querer significar uma decisão individual, nunca coletiva ou do Estado. A lei brasileira do planejamento familiar, neste diapasão, tem conceitos flagrantemente inconstitucionais, já que não parece ter sido construída com base na ideia de autonomia reprodutiva. Prova disso é o dispositivo que exige autorização do cônjuge, na vigência da sociedade conjugal, para a realização de esterilização.

Na linha da autonomia reprodutiva, há uma recente construção internacional para se falar de uma classe específica de direitos, os chamados direitos reprodutivos e sexuais. Algumas conferências internacionais como a do Cairo e de Pequim já reconhecem expressamente tais direitos, que no mérito consagram toda a ideia já existente de autonomia reprodutiva. É interessante apenas a denominação específica para tais direitos, para que sejam oficialmente reconhecidos e protegidos.

Também na temática do aborto, é fundamental tratar do direito à saúde da mulher. O direito à saúde é visto frequentemente sob duas perspectivas. A primeira como uma justificativa para a autorização do aborto e a segunda como um problema na prática de abortos clandestinos.

Certamente que uma agressão à saúde física ou psíquica da mulher pode ser motivo suficiente a levar alguém a se decidir pelo aborto. Na linha da solução aqui proposta, o motivo que leva uma mulher a querer realizar um aborto é parte de sua autonomia, portanto, é protegida pelo direito à intimidade. Sendo uma decisão de foro íntimo, não precisa ser oficialmente comunicada ao Estado.

A visão do aborto como uma questão de saúde pública ganha relevância quando se verifica o número de abortos clandestinos realizados e os danos que podem causar à saúde das mulheres. O aborto é considerado hoje como a quinta causa de morte das mulheres no Brasil. E o risco na prática de abortos clandestinos existe mais fortemente para as mulheres pobres, que se submetem a condições degradantes para abortar.

Esses dados demonstram que o tratamento dado pelo Estado, ao criminalizar o aborto, está sendo ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Afinal, o aborto ser crime não vem impedindo que sejam praticados milhares de abortos clandestinos anualmente no país. Neste sentido, cabe pensar, na linha do exposto pelo Min. Roberto Barroso, se a criminalização do aborto atende o princípio da proporcionalidade, i.e., se tornar o aborto crime é adequado, necessário e proporcional para o fim pretendido, que é proteger o feto. A resposta é intuitivamente negativa.

Assim, além de ferir vários direitos da mulher, a criminalização do aborto não é suficiente para proteger o feto. O crime de aborto, além de inconstitucional, é inútil. Seria muito mais eficaz para evitar o número de abortos, se o Estado investisse em políticas de educação sexual e de controle de natalidade, de modo a evitar gravidezes indesejadas. Caso o Estado tivesse uma política adequada de adoção, muitas mulheres poderiam optar por entregar seu filho à adoção do que recorrer ao aborto. Mas para isso, seria necessário também que o Estado oferecesse uma política de acompanhamento da gravidez de qualidade a todas as mulheres.

A discussão sobre aborto no Brasil ainda é bastante incipiente. O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado em algumas situações marginais quanto ao reconhecimento do direito à vida do feto. Na ADPF 54, a Corte entendeu que o feto anencéfalo não tem direito à vida. Como já dito, a solução não parece a melhor. Mais consentâneo com a proteção dos direitos fundamentais, entender que apesar de ser protegido pelo direito à vida, a inviabilidade extrauterina do feto autoriza o aborto. Também, entendeu o STF que o embrião *in vitro* (fora do útero) tampouco merece a proteção do direito à vida.

Recentemente, levou-se a julgamento do STF, a possibilidade de

interrupção da gestação por mulheres infectadas com a síndrome congênita do *zika*. A solução encontrada aqui também justifica o aborto pelo extremo sofrimento experimentado pela mulher.

O fato que mais impacta no avanço do debate sobre a legalização do aborto é a proferida pelo STF, com base no voto do Min. Roberto Barroso, que realiza uma interpretação conforme à Constituições dos artigos do Código Penal para reconhecer que a interpretação que entende que o aborto é crime dos três primeiros meses da gestação não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, portanto, que a ampliação das hipóteses de aborto legal no Brasil não é apenas constitucional, mas é um imperativo caso se pretenda cumprir todos os princípios enunciados pelo texto constitucional. Por oposição, o tratamento dado hoje pelo Código Penal brasileiro fere frontalmente a Carta Magna.

Pela Constituição brasileira, o feto é dotado de um direito à vida desde a concepção, ainda que seja um direito com significado profundamente distinto do direito à vida das pessoas nascidas. Isso porque o feto somente pode ser considerado pessoa com o nascimento com vida, a proteção conferida ao direito é gradual e o feto não pode ser considerado como titular de um direito oponível à mãe.

Assim, não há que se pensar em colisão de direitos fundamentais, uma vez que o feto é inteiramente dependente da mulher. Não é possível proteger o feto sem proteger também a mãe. Não há direitos contrapostos, mas sim direitos a serem harmonizados. A mulher grávida não perde parte da sua individualidade para o seu útero. Não há uma oposição entre a mulher e o feto. A mulher e o feto devem ser entendidos como um só, pelo menos até o momento de viabilidade extrauterina do feto.

Reconhecendo-se o direito à autonomia reprodutiva da mulher como parte de seu direito à intimidade, juntamente com a necessidade de proteção do feto, não há outra solução possível que não a de reconhecer a constitucionalidade do aborto, nos termos propostos. Assim, garante-se a autonomia da mulher legalizando o aborto. Protege-se o direito à vida do feto, exigindo-se que a mulher, antes de abortar, passe por um aconselhamento psicológico e respeite uma período de espera entre a tomada da decisão e a realização do procedimento. Hoje, o aborto como crime desconsidera a existência da autonomia da mulher e, por negar existência a um princípio constitucional, padece de flagrante inconstitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ADAME, Jorge Goddard. La reforma del Código Penal del Distrito Federal que autoriza el aborto del menor de doce semanas. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México. v.40. n.120. p.693-722. sept./dic. 2007.

AGUILAR, Susana Fernández. El movimiento antiabortista en la Espana del siglo XXI: el protagonismo de los grupos laicos cristianos y su alianza de facto con la Iglesia católica. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid. n.154. p.11-39. oct./dic. 2011.

ALFORD, Suzanne M. Is self-abortion a fundamental right? **Duke Law Journal**. Durham, NC. v.52. n.5. p.1011-29. mar. 2003.

ANDRADA, Jose Bonifacio Borges de. Direito a vida: processo legislativo e Constituição. **Revista de Direito Público**. São Paulo. v.25. n.99. p.135-7. jul./set. 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra, Almedina, 1998.

ANSELMINO, Valeria L. Consagración del derecho a la vida en la doctrina judicial. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**. La Plata. v.6. n.39. p.268-76. 2008.

AQUIJ-MRAD, Amel. **Droit à la vie, droit à la mort.** Droit Ecrit: Toulouse. n.1. p.59-69. mars. 2001.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos.** São Paulo: Malheiros, 2010.

ARDAILLON, Danielle. A insustentável ilicitude do aborto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Sao Paulo. v.6. n.22. p.199-230. abr./jun. 1998.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Direitos do paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais.** Fasc. Civ. a. 91, v. 797, março/2002. p. 11-26.

AZNAR , Federico R. Gil. El delito canonico de aborto. comentario a una respuesta de la CPI. **Revista Espanola de Derecho Canonico.** Salamanca. v.47. n.128. p.225-39. ene./jun. 1990.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. v.92. n.807. p.473-85. jan. 2003

BACHA, Angela M; GRASSIOTTO, Oswaldo da R. Aspectos éticos das praticas abortivas

clandestinas. **Bioética**. Brasília. v.2. n.1. p.53-9. 1994.

BARBERO, Marino Santos. Estado actual de la problematica del aborto en Europa Occidental. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. Mexico. v.24. n.71. p.393-418. mayo/ago. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v.241. p.93-120. jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 3 ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** 8. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

BONIFAZ A, Leticia. Al aborto (analisis filosofico-juridico). **Revista Mexicana de Justicia**. v.4. n.4. p.187-207. out./dez. 1986.

BRADLEY, Gerard V. Life's dominion: a review essay. **Notre Dame Law Review**. Notre Dame. v.69. n.2. p.329-91. 1993.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos. **Revista do Direito.** Santa Cruz do Sul. n.16. p.67-83. jul./dez. 2001.

BRILMAYER, Lea. Interstate preemption: the right to travel, the right to life, and the right to die. **Michigan Law Review**. Ann Arbor. v.91. n.5. p.873-906. march. 1993.

BURDEAU, George. **Les libertés publiques.** 4 ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO Silmara Juny de Abreu. (coord.); AZEVEDO, Álvaro Villaça. [et al.] (col). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed, Coimbra: Almedina, 1993.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Aborto. Planejamento familiar. Aspectos jurídicos. Conferencia sobre a população e desenvolvimento.** (Cairo setembro de 1994). Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru. n.15. p.217-24. ago./nov. 1996.

COLKER, Ruth. Abortion and dialogue. **Tulane Law Review**. New Orleans. v.63. n.6. p.1363-403. jun. 1989.

COLLIARD, Claude-Albert**. Libertés publiques.** 7 ed. Paris: Dalloz, 1989.

COOK, Rebecca J. **Leis e políticas sobre o aborto – desafios e oportunidades.** São

Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991

COSTA, Álvaro Mayrink da. Interrupção da gravidez: uma questão de direitos humanos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v.13. n.50. p.191-219. 2010.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Bioetica**. Brasilia. v.4. n.2. p.209-15. 1996.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aborto - Um problema Ético da Saúde Publica. **Bioética**. Brasília. v.2. n.1. p.37-41. 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direito à vida e liberdade para morrer**. Coimbra: Almedina, 2009.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. A arvore e o fruto: Um breve ensaio histórico sobre o aborto. **Bioética**. Brasília. v.2. n.1. p.43-51. 1994.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental ao aborto. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre. v.2. n.11. p.20-1. abr./maio. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Aborto é crime? **Boletim de Doutrina ADCOAS.** Rio de Janeiro. v.8. n.17. p.320-1. set. 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DORA, Denise Dourado, Domingos Dresch da Silveira [orgs] BORDIN, Jussara e VALENZUELA, Stella Máris [colab] **Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate.** Princeton: Princeton University Press, 2006

ELLIOTT, Jennifer Landrum. Will Charlie Brown finally kick the football? Missouri enacts the next generation of partial birth abortion restrictions. **Saint Louis University Law Journal.** Saint Louis. v.44. n.3. p.1083-120. 2000.

ELUF, Luiza Nagib. Pratica do aborto. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v.82. n.691. p.285-92. maio. 1993.

FERREIRA, Ivette Senise. **Vida e aborto. Aspectos penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

FINLAY, Henry A. Abortion, right or crime? **University of Tasmania Law Review**. Hobart. v.10. n.1. p.1-15. 1990.

GALLI, Beatriz. Negative impacts of abortion criminalization in Brazil: systematic denial of women's reproductive autonomy and human rights. **University of Miami Law Review**.

Miami. v.65. n.3. p.969-80. 2011.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo. v.6. n.24. p.73-83. jul./set. 1998.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela**. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida** in ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros**, 2010, p. 449-450.

GOZZO, Débora. Nascimento anônimo: em defesa do direito fundamental à vida. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco. v.6. n.2. p.123-37. jul./dez. 2006.

GRINBERG, Rosana. Planejamento familiar: evolução e seus aspectos medico-etico-legais. **Revista Trimestral de Jurisprudencia dos Estados.** São Paulo. v.8. n.29. p.3-35. out./dez. 1984.

GUIMBO, Bernard Raymond. **Droit au developpement et dignité humaine** in **Les droits fondamentaux.** Bruxelas, 1997.

HABERMAS, Junger. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HANIGSBERG, Julia E. Homologizing pregnancy and motherhood: a consideration of abortion. **Michigan Law Review**. Ann Arbor. v.94. n.2. p.371-418. nov. 1995.

ITURRASPE, Masset. Comienzo, viscisitudes y fin de la persona humana. **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba.** Cordoba. n.25. p.45-55. 1986.

JAVIER, Juvenal M. Reflexiones sobre la objeción de consciência e ideario em el Uruguay a partir de las leyes 18.987 y 18.473. **Revista de Derecho Público.** ano 22, n. 43, p. 33-56, 2013.

KELLY, Christopher M; KNOX, Tracy D. Hodgson and Akrom II: the Supreme Court's new standard for minor's abortion statutes. **Notre Dame Law Review**. Notre Dame. v.66. n.2. p.527-54. 1990.

KNOPPERS, Bartha Maria; BRAULT, Isabel. Abortion in franco phone countries. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v.38. n.4. p.889-922. 1990.

KREIMER, Seth F. But whoever treasures freedom... the right to travel and extraterritorial abortions. **Michigan Law Review**. Ann Arbor. v.91. n.5. p.907-38. march. 1993.

LECLERCQ, Claude. **Libertés publiques**. 3 ed. Paris: Litec, 1996.

LEIVAS, Paulo. **Direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.**in DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (org.).

Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 139.

LEVINE, Phillip B; STAIGER, Douglas. Abortion policy and fertility outcomes: the eastern european experience. **The Journal of Law and Economics**. Chicago. v.47. n.1. p.223-43. Apr. 2004.

LISBOA, Roberto Senise. O aborto e os direitos da personalidade do nascituro. **FMU/Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas.** São Paulo. v.10. n.14. p.193-210. jan./jun. 1996.

LUGOSI, Charles I. Respecting human life life in 21st century America: a moral perspective to extend civil rights to the unborn from creation to natural death. **Saint Louis University Law Journal**. Saint Louis. v.48. n.2. p.425-74. 2004

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito do planejamento familiar. **Revista dos Tribunais.** Sao Paulo. v.87. n.749. p.46-59. mar. 1998.

MALFATTI, Selvino Antonio. Uma reflexão sobre a bioética. **Revista Brasileira de Filosofia.** São Paulo. v.55. n.224. p.533-50. out./dez. 2006

MALTZ, Earl. Abortion, precedent, and the constitution: acomment on Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v.Casey. **Notre Dame Law Review.** Notre Dame. v.68. n.1. p.11-32. 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** São Paulo. n.5. p.18-27. jan./jun. 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural a vida. **LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de Sao Paulo**. v.25. n.127. p.105-10. maio/jun. 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida do nascituro. **LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo.** São Paulo. v.25. n.127. p.111-2. maio/jun. 1991.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo. v.5. n.8. p.61-83. jun. 2008

MELO, Mônica de. Proteção dos direitos sexuais e reprodutivos através da ação civil pública. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo. v.4. n.19. p.2571-90. maio./jun. 2003.

MENDES, Sérgio da Silva. O domínio público do útero materno. **Interesse Público**. Belo Horizonte. v.14. n.71. p.95-121. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.** São

Paulo: Atlas, 2011.

NEUMAN, Gerald L. Casey in the mirror: abortion, abuse and the right to protection in the United States and Germany. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v.43. n.2. p.273-314. 1995.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, ano 37, n 145, p. 185, jan./mar. 2000.

OLINGA, Alain Didier. Le droit à des conditions matérielles d'existence minimales en tant que'élément de la dignité humaine (articles 2 et 3 de la CEDH) in **Les droits fondamentaux.** Bruxelas, 1997

OLIVITO, Elisa. Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica esperienze a confronto. **Diritto Pubblico**. Bologna, v.10, n.2, mag./ago. 2004.

OPEZ, Elbio J. Rocca. **Derecho a la vida**. Cuadernos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. n.13. p.90-4. 1990.

PADEN, Roger. Abortion and sexual morality. **Dialogos**. Rio Piedras. v.22. n.50. p.145-154. jul. 1987.

PALLEY, Howard A. Canadian Abortion Policy: National Policy and the Impact of Federalism and Political Implementation on Access to Services. **Publius: The Journal of Federalism**. Easton. v.36. n.4. p.565-86. 2006.

PAULA, Ignacio Carrasco. **O respeito devido ao embrião humano: uma perspectiva histórica e doutrinaria.** in CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. **Identidade e estatuto do embrião humano – *Atas da Terceira Assembleia da Pontifícia Academia para a Vida.*** EDUSC: Bauru, 2007

PINTO, Roger. La Cour Supreme americaine et l'avortement. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger.** Paris. n.4. p.907-38. juil/aout. 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro.** Juruá: Curitiba, 2005.

RAMIREZ, Benito Valverde; VALLEJOS, Suárez, PÍA F; RAUEN, Ramírez, BENEDITO, Felipe. Direito a vida. **Justitia**. Sao Paulo. v.47. n.131-A. p.181-5. set. 1985.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RENUCCI, Jean-François. **Droit européen des droits de l'homme.** 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes,

2006.

RODRÍGUEZ , Blanca Ruiz. Género en el discurso constitucional del aborto. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid. n.156. p.49-83. abr./jun. 2012.

RODRÍGUEZ, Blanca Ruiz. Cuestión de derecho? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. **Teoria y Realidad Constitucional**. Madrid. n.25. p.603-19. jan./jun. 2010.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los derechos humanos: fundamento, historia, declaracion universal de 10 de diciembre de 1948.** Madrid: Civitas, 1998.

RUIZ, Carlos J. Irizarry. Derecho a la intimidad y la autonomía personal. **Revista Juridíca de la Universidad de Puerto Rico.** Rio Piedras. v.72. n.4. p.1061-96. 2003.

RUIZ, Isabel Gallardon. Reflexiones en torno al aborto. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.** Madrid. n.88. p.279-89. 1997.

SANTILLÁN, Iris Rocío Ramírez; TAGLE, Fernando Tenório. El aborto en México. Un debate abierto (Abortion in Mexico. an open debate). **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Politica, Filosofia y Derecho**. México. n.30. p.121-35. jul./dic. 2010.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n.240. p.43-82. abr./jun. 2005.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto. **Identidade e estatuto do embrião humano: a contribuição da biologia in** CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. **Identidade e estatuto do embrião humano – Atas da Terceira Assembleia da Pontifícia Academia para a Vida.** EDUSC: Bauru, 2007.

SHAPIRO, Ian. El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante. n.31. p.437-63. 2008.

SIECKMANN, Jan R. El concepto de autonomía. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante. n.31. p.465-83. 2008

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo.** Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Derechos sociales como mandatos de organización, su subjetivización y justiciabilidad : un análisis empírico.** Granada: Comares, 2011.

SOARES, Orlando. Direito à vida. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. v.92. n.336. p.149-73. out/dez. 1996.

STENVOLL, Dag. Contraception, abortion and state socialism: categories in birth control discourses and policies. **Kansai University Review of Law and Politics.** Osaka. n.28. p.33-49. mar. 2007.

STITH, Richard. New constitutional and penal theory in spanish abortion law. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v.35. n.3. p.513-58. 1987.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo**.** Direito civil entre a vida e a morte. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo. v.100. p.433-71. 2005

VAGGIONE, Juan Marco; JULIÁ, Silvia. Construcciones judídicas progresistas en relación al aborto. **Anuário. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciências Sociales Universidad Nacional de Cordoba.** Cordoba. v.9. p.613-26. 2006.

WETSTEIN, Matthew E; ALBRITTON, Robert B. Effects of public opinion on abortion policies and use in the American States. **Publius: the journal of federalism.** Easton. v.25. n.4. p.91-105. 1995.

WHITMAN, Chris. Looking back on planned parenthood v. Casey. **Michigan Law Review.** Ann Arbor. v.100. n.7. p.1980-96. jun. 2002.

ZAMPA, David J. The Supreme Court's abortion jurisprudence: will the Supreme Court Pass the "albatross" back to the States. **Notre Dame Law Review**. Notre Dame. p.731-80. 1990.