

FACULDADE DAMAS DA INSRIÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

AMANDA MARIA CARVALHO LEAL

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA: O  
Conflito entre Bens Jurídicos Constitucionalmente Protegidos**

Recife  
2013

AMANDA MARIA CARVALHO LEAL

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA: O  
Conflito entre Bens Jurídicos Constitucionalmente Protegidos**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Ciências Jurídicas

**Orientador:** Professor Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira

Recife  
2013

**Leal, A. M. C.**

**A legalização do aborto e a proteção da vida intrauterina: o conflito entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Amanda Maria Carvalho Leal. O Autor, 2013.**

**64 folhas.**

**Orientador(a): Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Leonardo Siqueira.**

**Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Aborto Voluntário 3. Legalização 4. Direitos Fundamentais 5. Conflitos de Bens Jurídicos.**

**340 CDU (22ed.)  
340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2014 - 217**

**Amanda Maria Carvalho Leal**

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA: O  
Conflito entre Bens Jurídicos Constitucionalmente Protegidos**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

**BANCA EXAMINADORA:**

**Presidente: Orientador:** Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira (FADIC)

---

**Examinador:** Prof.Ms./Dr. (FADIC)

---

Este trabalho monográfico é dedicado a todas as mulheres que lutam por seu direito de escolha e domínio sobre o próprio corpo.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar a Deus e a Nossa Senhora do Perpétuo Socorro pela constante bênção e proteção.

Aos meus pais pela dedicação diária em fazer de mim um ser humano melhor, uma pessoa feliz.

Ao meu marido pelo amor, paciência e companheirismo.

Aos meus amigos pelo carinho e apoio, em especial a Fabiana Bélo, pela paciência que teve comigo durante os longos cinco anos de faculdade.

Àqueles que de alguma forma me ajudaram nesta caminhada.

Ao meu orientador, professor Dr. Leonardo Siqueira, por acreditar que eu estava pronta para fazer este trabalho.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares; é o tempo da travessia: e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

Fernando Pessoa

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a possibilidade jurídica de legalização do aborto voluntário. Para tanto, faz-se necessário um estudo mais detalhado sobre a proteção constitucional que é conferida à vida intrauterina e o conflito entre esse bem jurídico e outros igualmente elencados na Carta Magna como direitos fundamentais, tal qual o direito à privacidade e à autonomia reprodutiva. O Código Penal de 1940, atualmente vigente, prevê a criminalização do aborto voluntário, admitindo apenas duas excludentes de ilicitude: quando não houver outro meio que permita salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for fruto de um estupro. Entretanto, não se pode negligenciar o contexto histórico vivenciado no momento em que o Código foi escrito, uma vez que o legislador originário recebeu influência do modelo societário patriarcal e machista da época. Vive-se nos dias atuais a era do neoconstitucionalismo, que implica dizer que a leitura das normas infraconstitucionais deve ser realizada tomando por base os princípios adotados na Constituição, que deixa de ter caráter meramente político e passa a garantir, efetivamente, o respeito aos direitos fundamentais. Importante ressaltar que a Lei Maior não prevê qualquer hierarquia sobre os mencionados direitos, o que exige, em muitos casos, uma ponderação entre os mesmos, com a finalidade de, caso a caso, determinar qual deles merece proteção em determinado momento. Além disso, esse trabalho propõe uma discussão sobre a problemática do aborto situada no campo jurídico e racional, afastando os estigmas morais e religiosos que indevidamente acompanham o tema. Alguns pontos controvertidos acerca desta polêmica são discutidos, apresentando as posições contrárias e as favoráveis em relação ao tema. O presente trabalho monográfico discute estas situações para, ao final, demonstrar a possibilidade jurídica da legalização do aborto voluntário na medida em que se coaduna com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Aborto Voluntário. Legalização. Direitos Fundamentais. Conflito de Bens Jurídicos.



## ABSTRACT

This work aims to analyze the legal possibility of legalization of abortion on demand. Therefore, it is necessary a more detailed study of the constitutional protection afforded to the intrauterine life and the conflict between this and other legal and also listed in the constitution as fundamental rights, like the right to privacy and reproductive autonomy. The currently prevailing, criminal code of 1940 provides for the criminalization of abortion on demand, conceding only two exclusionary illegalities: when there is no other way that lets you save the life of the mother or when the pregnancy is the result of a rape. However, we can not neglect that specific historical context at the time the code was written, since the legislature received originating influence of patriarchal and sexist corporate model of the time. We live in the era of current neoconstitutionalism days, which implies that the reading of the infra-constitutional norms should be performed taking as a basis the principles adopted in the constitution, which loses it is purely political in character and shall ensure effectively the respect for rights fundamental. Importantly, the highest law provides no hierarchy under the aforementioned rights, which requires, in many cases, a weighting between them, for the purpose of a case, determine which of them deserves protection at any given time. Furthermore, this paper proposes a discussion on the issue of abortion situated in the legal field and rational, moral and religious away unduly accompany the theme and stigmas. Some controversial points about this controversy are discussed, presenting the opposing positions and favorable in relation to the theme. This monograph discusses these situations for in the end prove the legal possibility of legalization of abortion on demand in that it is consistent with the fundamental principle of human dignity.

**Keywords:** Voluntary abortion. Legalization. Fundamental Rights. Conflict of Legal Goods.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 CAPÍTULO 01 ABORTO.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Antecedentes Históricos do Aborto.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Aborto nas Legislações Comparadas.....</b>	<b>15</b>
2.2.1 Estados Unidos da América.....	15
2.2.2 França.....	18
2.2.3 Itália.....	19
2.2.4 Alemanha.....	20
2.2.5 Portugal.....	22
2.2.6 Espanha.....	24
2.2.7 Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos .....	25
<b>3 CAPÍTULO 02 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....</b>	<b>27</b>
<b>3.1 Antecedentes Históricos do Crime de Aborto.....</b>	<b>27</b>
<b>3.2 Aspectos Dogmáticos do Crime de Aborto.....</b>	<b>32</b>
3.2.1 Bem Jurídico Tutelado.....	32
3.2.2 A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro.....	33
<b>4 CAPÍTULO 03 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA: O CONFLITO ENTRE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 O Aborto na Era do Neoconstitucionalismo .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2 Uma Distinção Crucial: O Valor Sagrado e Intrínseco da Vida x Direitos e Interesses Próprios do Nascituro – O que Justificaria a Criminalização do Aborto? .....</b>	<b>38</b>
<b>4.3 A Constituição de 1988 e a Laicização do Estado Brasileiro.....</b>	<b>42</b>
<b>4.4 Respeito à Dignidade da Mulher e Proteção aos seus Direitos Fundamentais de Liberdade, Privacidade, Igualdade, Autonomia Reprodutiva e Saúde.....</b>	<b>45</b>
4.4.1 Dignidade, Liberdade e Privacidade.....	45
4.4.2 Proteção do Direito à Igualdade (Material) .....	47
4.4.3 Proteção do Direito à Autonomia Sexual e Reprodutiva.....	50
4.4.4 Proteção do Direito à Saúde .....	53
4.4.5 A Posição dos Conselhos Brasileiros de Medicina .....	57
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>60</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo discorrer acerca da problemática do aborto e sua possível legalização quando realizado o procedimento até o primeiro trimestre de gestação. Busca-se aqui enriquecer o debate sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez dando enfoque na efetiva proteção constitucional ora garantida aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade, saúde e autonomia reprodutiva da mulher.

No primeiro capítulo é feita uma abordagem dos antecedentes históricos do aborto no mundo, desde seus primeiros registros, cerca de 1700 anos antes de Cristo, passando pelo período de liberalismo da República Romana e posterior repúdio ao ato pela Igreja Católica com o surgimento do cristianismo, até as baixas demográficas ocasionadas pelas guerras e pestes na época da Revolução Francesa, inspirando cuidados por parte do Estado e ocasionando a mudança de conceito de feto privado para feto público.

Ainda no primeiro capítulo é apresentado um breve histórico do tratamento que recebeu a problemática do aborto nas legislações comparadas. Deu-se primazia, neste ponto, a abordagem de legislações de países que contemplam uma tradição em Direito Constitucional semelhante à brasileira, a qual garante uma posição privilegiada aos direitos fundamentais. Entre as legislações tratadas está a dos Estados Unidos da América<sup>1</sup>, onde a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* firmou entendimento de que o direito à privacidade, o qual goza de proteção constitucional naquele país, engloba também o direito de decidir da gestante.

No segundo capítulo o foco é o tratamento prestado à problemática do aborto na legislação brasileira, desde os tempos do Brasil Colônia, quando existia uma preocupação da metrópole, Portugal, em garantir o povoamento do solo brasileiro com o fim de salvaguardar seu domínio, até os tempos atuais, com a previsão de criminalização da prática do aborto pelo Código Penal de 1940, ainda vigente. Esse breve histórico dos antecedentes do crime do aborto na legislação pátria é realizado trazendo à discussão a pressão que movimentos sociais populares exerceram sobre o Estado com o intuito de, ao menos, abrir um debate sobre o tema que vinha sendo negligenciado pelo Poder Público questionáveis fundamentos morais.

Nesse segundo capítulo também são abordados aspectos dogmáticos do crime do aborto, iniciando-se pela definição doutrinária do bem jurídico tutelado, qual seja, a vida humana, e finalizando com a discussão acerca da proteção constitucional à vida do nascituro e

---

<sup>1</sup> Importante ressaltar que o sistema jurídico dos Estados Unidos da América tem base no *common law* (direito comum), direito que se forma através das decisões dos tribunais, e não através de atos legislativos.

seu choque com o direito fundamental à privacidade da mulher gestante. Busca-se demonstrar nesse ponto que ainda que a Constituição Federal preveja o direito à vida como garantia fundamental, esse não é o único que recebe tal classificação, o que uma desencadeia uma necessária ponderação “desemocionalizada” entre direitos.

O terceiro e último capítulo retoma a discussão iniciada no capítulo anterior a fim de ampliar o debate a respeito da legalização do aborto e da proteção da vida intra-uterina. Primeiramente é realizada a contextualização da temática na era do neoconstitucionalismo, movimento que surge para quebrar o antigo paradigma de uma Carta Constitucional com conteúdo de caráter meramente retórico para se tornar um conjunto de normas e princípios que buscam garantir, efetivamente, os direitos fundamentais a uma vida humana digna.

Posteriormente é levantada e discutida a polêmica sobre os motivos que justificariam a criminalização do aborto, estando de um lado aqueles que preconizam que a vida humana deve ser protegida desde a concepção por ser provida de um valor sagrado e intrínseco e do outro aqueles que defendem a ideia de que o nascituro possui direitos e interesses próprios. O esclarecimento de tal controvérsia se mostra útil na medida em que permite a racionalização do debate sobre um tema que está intimamente envolto em conceitos morais e religiosos.

Por fim, trata-se também nesse terceiro capítulo do conflito de bens jurídicos e o respeito que deve ser prestado à dignidade da mulher e proteção aos seus direitos fundamentais de liberdade, privacidade, igualdade, autonomia reprodutiva e saúde, nesse último, inclusive, trazendo a posição mais recente dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina que nesse ano de 2013 se posicionaram a favor da ampliação das hipóteses de excludente de ilicitudes, entre elas, se por vontade da mulher grávida até a 12ª semana de gestação.

Em todos os capítulos deste trabalho monográfico foi adotado como metodologia científica o método dedutivo, com a finalidade de analisar premissas já existentes e reconhecidas como verdadeiras para enfim chegar à conclusão ao final apontada. A modalidade de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tendo como referencial teórico livros e artigos de origem nacional e estrangeira, legislações, artigos e publicações diversas em meios eletrônicos.

## 2 CAPÍTULO 01 ABORTO

### 2.1 Antecedentes Históricos do Aborto

Segundo a doutora em psicologia social, Danda Prado, os primeiros registros acerca do aborto datam do ano 1700 antes de Cristo, constantes no Código de Hammurabi. Apesar de o documento prever que o procedimento trata-se de uma lesão contra a mulher, ressaltar tratar-se de um “crime acidental contra os interesses do pai e do marido”, deixando bem claro “que o marido era o prejudicado e ofendido economicamente”.<sup>2</sup>

Também no livro do Êxodo, da tradição judaico-cristã, (datado de 1.000 anos antes de Cristo) o aborto é punido por ser considerado um prejuízo econômico causado ao marido ou pai da vítima. Assim diz o texto: “se qualquer homem durante uma briga espancar uma mulher grávida provocando-lhe um parto prematuro, sem mais outro prejuízo, o culpado será punido conforme o que lhe impuser seu marido e o arbítrio social”.<sup>3</sup>

Logo, fica claro que naquela época a mulher se encontrava em eterna minoridade, posto que fosse tratada como um bem, uma propriedade, e vivendo uma perpétua relação de posse, fosse com seu pai, com seu marido, ou com o Estado, na falta dos outros dois.

De acordo com Prado<sup>4</sup>, alguns historiadores cometem o erro de afirmar que as mulheres greco-romanas teriam a liberdade de decidir a respeito do aborto voluntário. Isto se justifica, conforme a autora, porque tanto a história quanto a literatura fazem referência à liberdade e igualdade que seria vivenciada entre mulheres e homens greco-romanos.

Contudo, explica Prado, esta posição de liberdade e igualdade com os homens era experimentada pelas mulheres estrangeiras (hetairas), às quais a legislação daquelas cidades não se aplicava. Essas mulheres “participaram ativamente das letras e artes, vivendo em concubinato com personalidades (eram muitas vezes mulheres de grande poder econômico)”. Por outro lado, as mulheres de Atenas e da antiga Roma tinham seus comportamentos “rigorosamente controlados”.<sup>5</sup>

Prova desse controle faz a Lei de Mileto, a qual previa que a mulher e os filhos eram propriedade privada do marido e pai, que sobre eles exercia o direito de vida e morte. Essa mesma legislação condenava a mulher que realizasse um aborto voluntário, sem o consentimento do marido, à pena de morte.

---

<sup>2</sup> PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991. P. 42.

<sup>3</sup> Id, Ibid, P.42.

<sup>4</sup> Id, Ibid, P.42.

<sup>5</sup> Id, Ibid, P.43.

Por outro lado, Aspásia, que fora amante de Péricles de Atenas, por volta dos anos 500 antes de Cristo, embora tenha nascido em Mileto, porque viveu em Atenas como estrangeira, e por este motivo a lei dessa cidade a ela não se aplicava, “pôde livremente praticar o aborto”<sup>6</sup>, e, inclusive, escreveu um livro sobre o assunto, constituindo “o documento mais antigo que se conhece sobre o aborto redigido por uma mulher”.<sup>7</sup>

É importante ressaltar, contudo, que o homem (marido ou pai) poderia ter interesse em que a mulher realizasse um aborto, pois o futuro descendente poderia ameaçar a aquisição de direitos sobre eventual herança. Por este motivo é que, conforme leciona Prado, Hipócrates, popularmente conhecido como o pai da medicina, “não hesitava em aconselhar às parteiras métodos tanto anticoncepcionais como abortivos”,<sup>8</sup> ainda que isto fosse de encontro com o que ele pregava em seu juramento de não dar “a nenhuma mulher uma substância abortiva”,<sup>9</sup> posto que pretendia proteger os direitos do cidadão.

Diferentemente de Hipócrates, Sócrates defendia que o aborto deveria ser facilitado para a mulher que o quisesse fazer; e Platão, discípulo dele, além de pregar que o aborto deveria ser obrigatório para as mulheres com mais de 40 anos de idade, “por motivos eugênicos... e para preservar a pureza da raça dos guerreiros”,<sup>10</sup> defendia o procedimento como meio de regular a densidade demográfica na República, tal qual Aristóteles.<sup>11</sup>

Em Esparta, cidade grega de caráter militarista, cuja intenção era obter o maior número de soldados, o aborto era juridicamente proibido. No entanto, o Estado detinha o poder de decidir sobre a vida dos recém-nascidos, sacrificando os que apresentassem alguma deficiência física ou mental, ou, ainda, não fossem “suficientemente robustos”.<sup>12</sup>

Na antiguidade romana, até meados do século XVIII, o aborto voluntário não carregava um estigma moralmente negativo e nem mesmo era juridicamente ilícito. Assim

---

<sup>6</sup> PRADO, Danda, 1991, p. 43.

<sup>7</sup> Id, Ibid, p.43.

<sup>8</sup> Id, Ibid, p.43.

<sup>9</sup> Hipócrates. **Juramento de Hipócrates** Disponível em:

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento\\_de\\_Hip%C3%B3crates](http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates)>. Acesso em 17 set. 2013 às 09h26.

<sup>10</sup> MORENO, Rachel. **O Aborto na História**. Disponível em

<[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1141&Itemid=57](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=1141&Itemid=57)> Acesso em 17 set. 2013 às 11h13.

<sup>11</sup> Para Aristóteles o aborto deveria ser autorizado nos casos em que a mulher houvesse engravidado sem observância das exigências legais da República, contanto que o feto ainda não estivesse “animado”, com vida e espírito, o que ocorria 60 (sessenta) dias após a concepção. Em PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991. P.45.

<sup>12</sup> ESPARTA. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Esparta>> Acesso em 17 set. 2013 às 12h52.

pregava Ulpiano, jurista romano, ao afirmar: “mulieris portio vel viscerum”, ou seja, “o que esta no interior do útero é um apêndice do corpo da mulher”.<sup>13</sup>

Porém, este domínio da mulher sobre o seu próprio corpo tinha um limite: o interesse do homem; fosse esse o seu marido, seu pai ou seu patrão. Assim, apesar de não terem previstos leis que punissem o aborto, os gregos e romanos consideravam necessário que a mulher obtivesse autorização da figura masculina a quem estava subordinada, com o intuito de não frustrar as expectativas de descendência daquela. O aborto se revestia de caráter privado e respeitava o poder familiar, “pater familiae”.

Na segunda metade do século XVIII, apesar de haver pouco ou nenhum interesse das instituições e da sociedade no que se passava no corpo feminino desde a concepção até o parto, o aborto não era livre, mas aceito apenas quando se tratasse no âmbito da pobreza, da prostituição ou das relações ilícitas ou criminosas, tal qual o adultério e o estupro.

Durante o período da República Romana, quando o culto a beleza física atingia um de seus ápices, o aborto tornou-se comum entre as mulheres que não queriam que seus corpos passassem pelas transformações da gravidez. O número de abortos cresceu deveras a ponto de o ato ser considerado criminoso. A mulher que permitisse a prática abortiva, ou ela mesma a praticasse, era punida com pena de morte pela Lei Cornélia.<sup>14</sup>

Com o surgimento do Cristianismo nasce a discussão a respeito da existência, ou não, de uma alma, dada por Deus ao feto. Duas correntes se destacaram: a primeira defendia que o feto adquiria uma alma no momento em que respirasse pela primeira vez, desde que seu corpo já estivesse completamente separado do de sua mãe; já a segunda corrente defendia que desde a concepção o nascituro já gozava de proteção divina.

Para os defensores da primeira corrente, o aborto não era visto como pecado, posto que o feto fosse visto como algo inanimado, sem vida própria. Por outro lado, os defensores da segunda corrente comparavam o aborto a um assassinato, uma vez que privava um ser humano de vida própria. Para esses últimos, “sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria, então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributos estes exclusivamente do Criador”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e Legislação Comparada**. Revista EPOS; Rio de Janeiro – RJ, Vol.2, nº 2, julho-dezembro de 2011. P. 15.

<sup>14</sup> MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto Editores, 1996. P. 13.

<sup>15</sup> Id, Ibid., p. 14.



Dworkin<sup>16</sup> defende que desde o início do Cristianismo a Igreja se posicionou imperativamente contra o aborto, fosse esse realizado no início ou no fim da gravidez. No século V, Santo Agostinho estigmatizou de “prostitutas” as mulheres, mesmo as casadas, “que para evitar as consequências do sexo procuram venenos que as esterilizem e, quando estes não funcionam, destroem de algum modo o feto que trazem no útero”.<sup>17</sup>

Porém, isso não significa que a Igreja aceitasse a ideia de que o feto já seria uma pessoa no momento da concepção. Na verdade, a condenação ao aborto se fundamentava no fato de este ser “um insulto ao dom divino de criar vida”. Tanto assim que, posteriormente, inseguro quanto ao questionamento de ser um feto dotado de alma, Santo Agostinho passou a admitir que nos casos de abortos realizados ainda no início da gravidez, “um filho pode morrer antes de chegar a viver”.<sup>18</sup>

O filósofo católico Santo Tomás de Aquino defendia que um feto só passava a ter alma, racional e intelectual, em momento posterior ao da concepção; quarenta dias no caso de feto masculino e 80 no do feminino. Assim, para o filósofo, o embrião criado pelo homem e pela mulher através do sexo seria apenas a matéria-prima do ser humano, ficando, primeiramente, em um estágio essencialmente vegetativo e só depois evoluindo para um estágio onde se tem início as sensações e, por fim, a razão e o intelecto.

No mesmo sentido, compartilhando da ideia de que um feto não possui animus próprio desde a concepção, São Jerônimo afirmou que “as sementes formam-se gradualmente no útero, e (o aborto) não é considerado homicídio enquanto os elementos dispersos não adquirem sua aparência e seus membros”.<sup>19</sup>

Enquanto na Idade Média defendia-se a ideia de que o feto era fruto apenas do homem e que a mulher contribuía somente com a nutrição do mesmo, no Renascimento passou-se a aceitar a ideia de que o corpo da mulher também contribuía para a formação do feto, através do sangue da menstruação. Contudo, ainda prevalecia o entendimento de que o esperma detinha a “força ativa”<sup>20</sup> e, portanto, exigia-se um controle da gestação e do aborto, ainda sob a perspectiva de preservar os interesses masculinos.

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **O domínio da Vida: o Aborto, a Eutanásia e Liberdades Individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. P. 54.

<sup>17</sup> AGOSTINHO, Santo *apud* DWORKIN, Ronald. Ibid. P. 55.

<sup>18</sup> Id. Ibid. P. 55.

<sup>19</sup> GERÔNIMO, São *apud* DWORKIN, Ronald. Ibid. P. 55.

<sup>20</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. 2011. P 27.

Segundo Torres<sup>21</sup>, as descobertas desse período “transformaram o feto privado em feto público”, passando esse a ser considerado uma entidade autônoma, o que provocou novas reflexões a respeito do aborto, inclusive com bases teleológicas.

Com a Revolução Francesa as mudanças nas concepções acerca do aborto foram ainda mais radicais. As guerras e as pestes provocaram quedas demográficas sensíveis e que inspiraram cuidados por parte dos Estados, uma vez que a força destes era medida, também, pela quantidade de administrados que detinham. Mais filhos significavam mais forças de trabalho e de defesa, ou seja, mais trabalhadores, contribuintes e soldados. Neste sentido, “a vida do indivíduo era interesse do Estado, e a maternidade, um ato de patriotismo”.<sup>22</sup>

## **2.2 Aborto nas Legislações Comparadas**

Desde muito tempo a questão do aborto vem sendo discutida nos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo. Logo, para que a matéria receba tratamento adequado, é importante que se analise os debates acerca do tema e a posição que defendem as legislações de países que tenham uma tradição constitucional próxima à brasileira, com os direitos fundamentais gozando de “posição privilegiada no sistema jurídico”.<sup>23</sup>

### **2.2.1 Estados Unidos da América**

De acordo com Sarmiento<sup>24</sup>, quando o assunto é “aborto”, o debate travado mais conhecida, principalmente no meio jurídico, foi a que ocorreu nos Estados Unidos da América quando do julgamento pela Suprema Corte americana do caso *Roe v. Wade*, no início da década de 70.

Acontece que, em 1965, a Corte Constitucional americana proferiu decisão, no julgamento da lide conhecida como *Griswold v. Connecticut*, em defesa do direito à privacidade e contra a iniciativa do Estado norte-americano de proibição da venda de métodos contraceptivos a pessoa casada, considerando que a decisão de ter ou não filhos é de cunho particular, tratando-se de direito constitucional específico. Assim, para o Tribunal,

---

<sup>21</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. 2011. P.17.

<sup>22</sup> Id, Ibid. P.18.

<sup>23</sup> Id, Ibid. P.18.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01 jan. 2013. às 16:00. P. 05.

Se o direito à privacidade significa alguma coisa, trata-se do direito do indivíduo, casado ou solteiro, a estar livre da intrusão governamental em questões que afetam tão profundamente uma pessoa, como é o caso da decisão de ter um filho e poder criá-lo.<sup>25</sup>

Em 1973, a Suprema Corte, ao julgar o caso *Roe v. Wade*, afirmou que o direito à privacidade, outrora reconhecido no caso *Griswold v. Connecticut*, englobaria o direito da gestante de decidir levar sua gravidez a termo ou realizar um aborto. Neste sentido, declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Texas, que considerava legal o aborto apenas quando fosse realizado com a intenção de salvar a vida da mulher gestante.

É importante ressaltar, contudo, que, na mesma decisão, o Tribunal reconheceu o papel do Estado na defesa de interesses seus, como o de “salvaguarda da saúde, manutenção de padrões médicos e na proteção da vida em potencial”<sup>26</sup>, o que retiraria do direito da mulher de decidir acerca do aborto o caráter de incondicionado, devendo “ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais”<sup>27</sup>.

Assim, conforme leciona Sarmento, no julgamento de *Roe v. Wade*, a Corte norte-americana acabou por definir “os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre o aborto”<sup>28</sup>.

Neste ínterim, o aborto voluntário poderia ser realizado por livre escolha da gestante durante os 03 (três) primeiros meses da gravidez. No segundo trimestre de gestação, ainda que pudesse haver o direito de escolha pelo procedimento, cada Estado normatizaria o exercício deste direito, com o objetivo exclusivo de proteger a saúde física e psíquica da mulher. Já no último trimestre, se o aborto não fosse necessário para proteger a vida ou a saúde da gestante, os Estados poderiam prever a criminalização do mesmo, pois neste estágio, “já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina”<sup>29</sup>.

Segundo o autor, a decisão em questão foi o motivo de discussões acaloradas, as quais perduram até os dias atuais, em todos os Estados Unidos, levantando objeções a respeito da legitimidade democrática do Supremo Tribunal norte-americano para decidir sobre a matéria, uma vez que seus magistrados não foram eleitos pelo voto popular e, assim sendo, não deveriam sobrepor suas ideias à do legislador, representante do povo, que não fez qualquer previsão acerca da legalização do aborto na Constituição daquele país.

---

<sup>25</sup> EISENSTADT CONTRA BAIRD *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P.19

<sup>26</sup> BLACKMUN *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P. 20

<sup>27</sup> Id. Ibid. P. 20

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 07.

<sup>29</sup> Id, Ibid. P. 07.

Robert Bork, por exemplo, jurista norte-americano que teve sua nomeação para o Supremo Tribunal vetada pelo Senado, no livro em que relata a experiência, expõe que

ao longo de toda a sentença não há uma única linha de explicação, uma única frase que se possa considerar como um argumento jurídico. Nos dezesseis anos que desde então se passaram, o tribunal tampouco ofereceu a explicação que já deixara de dar em 1973. É improvável que venha a fazê-lo algum dia, pois o direito de abortar, sejam quais forem as opiniões a respeito, não é contemplado pela Constituição.<sup>30</sup>

Porém, para Dworkin<sup>31</sup>, quando se trata de direitos e garantias fundamentais, os magistrados, e em especial a Corte Constitucional, estão autorizados a fazer uma “leitura moral” da Carta Maior, haja vista a Declaração de Direitos dos Estados Unidos, “Bill of Rights of 1689”, ser compreendida como um conjunto de princípios morais.

Alguns doutrinadores se mostraram contrários à teoria da leitura moral, *The Moral Reading Theory*, sob o argumento de que se estaria dando muito poder aos juízes e tribunais, transformando-os em “*philosopher-kings*”<sup>32</sup>, ou seja, reis-filósofos. A essa objeção, no entanto, Dworkin rebate afirmando que a Constituição americana é lei, e tal qual, tem suas raízes cravadas na história, na prática e na sua unidade.

Assim, explica o autor que, ao contrário de ser uma teoria sobre o que os legisladores da Carta pensavam ao tempo em que essa foi escrita, a teoria da leitura moral defende que os magistrados devem compreender o que a Constituição quer, de fato, dizer, ou seja, quais direitos fundamentais os legisladores originários tinham intenção de proteger; tratando-se de uma moral abstrata.

Segundo Dworkin, se desse modo não fosse, a Suprema Corte jamais poderia ter decidido pelo fim da segregação racial nas escolas, quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education* em 1954, uma vez que tal decisão contraria a postura adotada pela sociedade americana à época em que a Carta foi redigida.

De acordo com a concepção de democracia defendida pela *The Moral Reading Theory*, “uma decisão que diga respeito à coletividade deve ser tomada por uma instituição política, cuja estrutura, composição e prática, trate todos os membros de uma comunidade, como indivíduos, com a mesma atenção e respeito”.<sup>33</sup> Logo, segundo o autor, se a decisão de uma Corte Constitucional é correta, não pode ser considerada antidemocrática; antes, na

<sup>30</sup> BORK, Robert *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P. 22.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the Majoritarian Premise**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. P. 32.

<sup>32</sup> Id, *Ibid*. P. 32.

<sup>33</sup> Tradução livre da autora. In DWORKIN, Ronald. *Ibid*. P. 33.

verdade, fortalece a democracia, como, por exemplo, as decisões que garantiram a independência religiosa e a liberdade de comprar e usar anticoncepcionais, as quais, hoje, são consideradas quase que verdades universais.

Não obstante os inúmeros debates entre os militantes do grupo *Pro-Abortion* e os do *Pro-Life*, ou daqueles entre democratas e republicanos, o fato é que, em termos gerais, o precedente criado pela decisão no caso *Roe v. Wade* continua em vigor até hoje nos Estados Unidos. Sarmiento salienta, no entanto, que a Corte Constitucional, em decisões posteriores, passou a admitir que os Estados proibissem o aborto voluntário antes do último trimestre de gestação, “desde que já caracterizada a viabilidade fetal extra-uterina”<sup>34</sup>.

### 2.2.2 França

Em 1975 foi aprovada, na França, a Lei nº 75-17, prevista para vigor por apenas 5 (cinco) anos. A referida norma autorizava o médico a realizar um aborto voluntário, com o consentimento da gestante, nas dez primeiras semanas de gestação, quando aquela alegasse que tal condição estava lhe causando angústia (detresse), ou, ainda, em qualquer momento da gravidez quando houvesse risco à vida daquela ou quando existisse grande possibilidade de que o feto, após o nascimento, “viesse a sofrer de doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”<sup>35</sup>.

Antes de prosseguir, porém, com a decisão de abortar, a regra legal previa que a gestante deveria se consultar em determinados estabelecimentos e instituições de apoio social e afetivo afim de que pudesse ser aconselhada, visando a resolução de possíveis conflitos pelo qual a mulher estivesse passando e que a estivessem induzindo à decidir pelo aborto.

Segundo Sarmiento<sup>36</sup>, antes que a lei entrasse em vigor, parlamentares franceses provocaram o Conselho Constitucional de seu país para que este pusesse em prática o controle preventivo de constitucionalidade da norma. A decisão do conselho, que na ocasião deixou de apreciar a alegação de que a norma não estaria de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi no sentido de compatibilidade da regra com a Constituição francesa.

Posteriormente o Conselho de Estado, última instância da jurisdição administrativa francesa, reconheceu, formalmente, a compatibilidade entre a Lei 75-17 e o direito à vida previsto no artigo 2º da referida Convenção Europeia. Na decisão, o Conselho admitiu que “a

<sup>34</sup> BORK, Robert *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P. 28.

<sup>35</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 08.

<sup>36</sup> Id, *Ibid*. P. 09.

vida e a pessoa existem antes do nascimento, mas que o direito correlativo que as garante não deve ser considerado como absoluto”.<sup>37</sup>

Em 1979 as regras da Lei 75-17 tornaram-se definitivas. Em 1982 foi editada um outra lei prevendo que o Estado francês, através de sua Seguridade Social, arcasse com 70% (setenta por cento) dos gastos com médicos e hospitais decorrentes de procedimentos para interrupção voluntária da gravidez.<sup>38</sup> Por fim, em 2001, a Lei 2001-588 voltou a tratar do aborto e como principal mudança trouxe a ampliação do prazo geral para aborto voluntário de dez para doze semanas, além de tornar facultativa as consultas das gestantes nos institutos de aconselhamento social e afetivo.

### 2.2.3 Itália

O código Penal da Itália, em seu artigo 546, previa a punição para o aborto sem considerar qualquer exceção. Em 1975, em decisão histórica, a corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade parcial da norma, conforme trecho que segue:

Considera a Corte que a tutela do nascituro ... tenha fundamento constitucional. O art. 31, parágrafo segundo, da Constituição impõe expressamente a ‘proteção da maternidade’ e, de forma mais geral, o art. 2 da Constituição reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, dentre os quais não pode não constar ... a situação jurídica do nascituro.

E, todavia, esta premissa – que por si justifica a intervenção do legislador voltada à previsão de sanções penais – vai acompanhada da ulterior consideração de que o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência total e absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este o vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto ...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.<sup>39</sup>

Seguindo as ideias da decisão da Corte, em 1978 o legislador italiano editou a Lei nº 194, a qual passou a regulamentar, detalhadamente, o aborto. A nova norma passou a prever que a gestante pode optar por um aborto voluntários nos 90 (noventa) primeiros dias de gestação em 4 situações: 1 – quando houver risco à sua própria saúde física ou mental; 2 – quando levar a gestação a termo for comprometer suas condições sociais, econômicas ou

<sup>37</sup> FAVOREAU, Louis *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P 10.

<sup>38</sup> RIVERO, Jean *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P 10.

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 11.

familiares; 3 – quando em razão das condições em que o feto foi concebido; ou 4 – quando houver má-formação fetal.

No caso das hipóteses acima mencionadas, a gestante deve se apresentar às autoridades sociais e sanitárias para que juntos possam encontrar uma alternativa ao aborto. Se a mulher consentir, esta conversa também acontece com o pai do feto. Assim, da data da solicitação para realizar o aborto até sua efetiva realização, a lei impõe um prazo mínimo de 7 (sete) dias, visando assegurar que a gestante tenha o máximo de certeza ao decidir interromper a gravidez.

Porém, esse prazo mínimo não é exigido legalmente quando se tratar de uma gravidez de alto risco para a vida da gestante ou, ainda, quando o feto esteja acometido por patologia que lhe provoque anomalia e que possa gerar grave perigo à saúde física ou mental da mulher.

A Corte Constitucional italiana foi provocada a fim de se pronunciar quanto à validade das inovações trazidas pela Lei n° 194 e manifestou-se no sentido de reconhecer que é da competência do legislador a “despenalização”<sup>40</sup> de certas condutas. Deixou, portanto, a Corte de conhecer das questões de constitucionalidade que foram suscitadas.

Posteriormente, em 1997, a Corte italiana manifestou-se novamente no sentido de apoiar as novas regras legais sobre o aborto quando julgou inadmissível uma proposta de referendo ab-rogativo que pretendia buscar apoio do eleitorado italiano para retirar da lei a possibilidade da realização do aborto voluntário nos 90 primeiros dias de gravidez. Segundo o Tribunal Constitucional, revogar, pura e simplesmente as regras que permitem a realização do aborto no estado inicial da gravidez não se compatibiliza com “o dever constitucional de tutela da vida do nascituro”.<sup>41</sup>

#### **2.2.4 Alemanha**

Foi editada, na Alemanha Ocidental, em 1974, uma lei que descriminalizou o aborto voluntário que fosse realizado por um médico, a pedido da gestante, nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação. Porém, contra esta norma foi ajuizada uma ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Alemão, a qual foi julgada em 1975, em decisão que ficou conhecida como “caso Aborto I”.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 12.

<sup>41</sup> Giurisprudenza Costituzionale *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 13.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P.13

Na decisão, a Corte alemã afastou completamente a ideia de que a vida humana só teria início a partir do nascimento, defendendo a posição de que um feto já é um ser em desenvolvimento e que, assim sendo, é dotado de dignidade, merecendo proteção constitucional já a partir do 14º dia de gestação, quando se prevê a nidação do óvulo no útero.

É certo que o Tribunal alemão reconheceu, na mesma decisão, o direito à privacidade da mulher com relação à procriação. No entanto, para a Corte, esse direito deveria ceder diante de uma ponderação com o direito à vida do nascituro, salvo exceções, como em casos de risco à vida ou à saúde da mulher, má-formação do feto, gravidez resultante de violência sexual ou uma complicada situação social e econômica da família.

Logo, em 1976 a legislação alemã a respeito do aborto foi alterada para que se coadunasse com o entendimento do Tribunal Constitucional. Porém, essa legislação não vigeu por muito tempo, pois com a unificação da Alemanha (Occidental e Oriental), uma nova lei precisou ser editada com o fito de conciliar a matéria, uma vez que na Alemanha Oriental o aborto poderia ser realizado livremente no primeiro trimestre de gestação.

Neste sentido, uma nova lei foi promulgada em 1992, a qual permitia o aborto nos três primeiros meses de gestação. Entretanto, antes de decidir pelo procedimento, a gestante deveria passar por um processo de aconselhamento familiar com o objetivo de pensar em alternativas que permitisse levar a termo a gravidez. Após ser aconselhada, a mulher deveria aguardar um prazo mínimo de 3 (três) dias para enfim prosseguir com sua escolha.

Segundo Sarmiento<sup>43</sup>, “a principal característica da nova legislação estava no fato de que visava evitar o aborto através de mecanismos não repressivos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais”, além de outros que procuravam retirar da mulher o peso material que um feto pudesse lhe causar.

Novamente a norma legal foi contestada perante o Tribunal Constitucional, que, em 1993, emitiu decisão conhecida como “caso Aborto II”<sup>44</sup>, em que considera inconstitucional a legalização do aborto ainda que na fase inicial da gravidez, salvo nos casos em que a gestação se caracterizasse num fardo demasiadamente pesado para a mulher.

Por outro lado, a Corte ressaltou em sua decisão que a proteção ao feto deveria ser realizada de outro modo que não pelos meios repressivos e punitivos do Direito Penal, mas através de “medidas de caráter assistencial e administrativo”.<sup>45</sup> Assim decidiu a Corte:

---

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. 2005.P 13.

<sup>44</sup> Id, Ibid. P. 14.

<sup>45</sup> Id, Ibid. P. 14.



Os embriões possuem dignidade humana; a dignidade não é um atributo apenas de pessoas plenamente desenvolvidas ou do ser humano depois do nascimento... Mas, na medida em que a Lei Fundamental não elevou a proteção da vida dos embriões acima de outros valores constitucionais, este direito à vida não é absoluto... Pelo contrário, a extensão do dever do Estado de proteger a vida do nascituro deve ser determinada através da mensuração da sua importância e necessidade de proteção em face de outros valores constitucionais. Os valores afetados pelo direito à vida do nascituro incluem o direito da mulher à proteção e respeito à própria dignidade, seu direito à vida e à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade...

Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo...

Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até o fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte estabeleceu o standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções ... O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado.

...Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade ... Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado ..., desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal.<sup>46</sup>

Uma nova lei foi editada em 1995 a fim de adequar a legislação alemã à decisão do Tribunal Constitucional. A norma descriminalizou o aborto voluntário realizado nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação, condicionando, contudo, a autorização para o procedimento a uma consulta da gestante com um serviço de aconselhamento, que tentará fazê-la mudar de opinião. Só após 3 (três) dias da consulta é que a mulher pode prosseguir com sua decisão de abortar.

### 2.2.5 Portugal

Em 1984 a Corte Constitucional portuguesa manifestou-se pela constitucionalidade de uma lei lusitana que permitia a realização do aborto em casos excepcionais, tais qual: “risco à

---

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 15.

vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual”.<sup>47</sup>

Houve impugnação à norma alegando violação do direito do nascituro à vida. O Tribunal Constitucional, entretanto, apesar de reconhecer que a constituição portuguesa tutela o direito do nascituro, não o faz “com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas”.<sup>48</sup> Assim, segundo a Corte, a questão deveria ser discutida caso a caso, pois se faz necessário fazer um sopesamento, inclusive pelo legislador, entre os direitos fundamentais do feto e da mulher grávida que deseja fazer o aborto.

Assim, decidiu o Tribunal Constitucional português que,

A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde ... o carácter chocante se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto ‘não nascido’, não é ainda um indivíduo autónomo e, nesta medida, é só um homem em devir... A matéria relativa à colisão ou situação conflitual que pode gerar-se entre os valores ou interesses do nascituro e os da mãe merece ser aprofundada mais um pouco... E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido. Em todo caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra..., pode ser maior ou menor, em face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando então uma certa liberdade conformativa para o legislador, dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional.<sup>49</sup>

Posteriormente, em 1985, a Corte Constitucional de Portugal voltou a debater acerca da existência dos direitos do nascituro e, em especial, dos direitos fundamentais, tal qual a vida. Em seu acórdão nº 85, o Tribunal afirmou que a vida intra-uterina tem relevância e proteção constitucional, conforme se constata da leitura do artigo 24, n. 1 da Constituição portuguesa. Contudo, não poderia um feto ser titular de direito fundamental, pois,

o regime constitucional de proteção especial do direito à vida, como um dos ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, não vale diretamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros... qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais.<sup>50</sup>

Em 1998, o Tribunal Constitucional, exercendo o controle preventivo de constitucionalidade em uma proposta de referendo que propunha a despenalização absoluta do

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 15.

<sup>48</sup> Id, Ibid. P. 16.

<sup>49</sup> Id, Ibid. P. 16.

<sup>50</sup> Id, Ibid. P. 16.

aborto voluntário, novamente se posicionou, através de seu acórdão nº 288, pela proteção constitucional do nascituro, sem, porém igualá-la à proteção às pessoas já nascidas. Neste sentido, admitiu a Corte, que justo seria fazer uma ponderação entre o direito à vida do feto e os direitos fundamentais da mulher, considerando, como critério adequado para este entrave, o tempo de gestação.

Porém, apesar do posicionamento do Tribunal, no referendo, o qual apresentou um índice de abstenção de 68,1%, a proposta de despenalização absoluta para o aborto voluntário que fosse realizado nas 10 (dez) primeiras semanas de gestação, em um estabelecimento de saúde oficial, foi rejeitada.

Levando em consideração o resultado do referendo, ainda que a consulta popular não fosse vinculativa, o legislador português decidiu por respeitar a posição daqueles que votaram contra a proposta e optou por não fazer a reforma na legislação, a qual prevê a possibilidade de realização de um aborto apenas em casos específicos.

### **2.2.6 Espanha**

Um projeto de lei que previa a alteração do Código Penal espanhol foi aprovado em 1985. Entre as alterações, o projeto previa a legalização do aborto voluntário, há qualquer momento, nos casos em que a gravidez pudesse causar riscos à vida da gestante ou a sua saúde mental ou psíquica. Além disso, o procedimento também poderia ser realizado, desde que nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação, nos casos de gravidez decorrente de estupro, ou, ainda, nas primeiras 22 (vinte e duas) semanas de gestação, nos casos de má formação do feto.

Conforme esperado, a Corte Constitucional foi provocada, por um grupo de parlamentares contrários ao aborto, para que exercesse o controle preventivo de constitucionalidade sobre o projeto, e decidiu, no acórdão nº 53/1985, pela constitucionalidade da legalização do aborto nas hipóteses apresentadas pelo projeto.

Para o Tribunal, não obstante a vida do nascituro ser protegida pela constituição espanhola, não se pode igualar a proteção que é feita à vida de pessoas já nascidas, as quais são, de fato, sujeitos de direitos fundamentais. Neste sentido, prevê a possibilidade de ponderação entre os direitos do feto e os direitos da gestante, na tentativa de harmonizá-los

ou, na impossibilidade, “precisando as condições e requisitos em que se poderia admitir a prevalência de um deles”.<sup>51</sup>

Todavia, na mesma decisão, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do projeto de alteração do Código Penal por considerar que aquele deveria ter previsto que fosse exigido um diagnóstico prévio, de médico distinto daquele que realizaria o procedimento, nos casos de aborto terapêutico<sup>52</sup> ou eugênico<sup>53</sup>. Essa decisão foi levada em consideração pelos parlamentares espanhóis, que elaboraram nova legislação, vigente até os dias atuais, “sanando o vício apontado pela Corte”.<sup>54</sup>

É interessante salientar, como bem o faz Sarmiento, que na Espanha prevalece, na prática, um conceito de risco à saúde psíquica da gestante bastante amplo, “elastecendo com isto as possibilidades de aborto legal”.<sup>55</sup>

## 2.2.7 Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos

Segundo Sarmiento<sup>56</sup>, até a Resolução nº 11 de 1998, não havia legitimidade ativa dos cidadãos europeus diante da Corte Européia de Direitos Humanos. Assim, aqueles que quisessem provocar a Corte para que esta discutisse determinada matéria, deveria apresentar requerimento diante da Comissão Européia de Direitos Humanos, que tentaria buscar a solução para o questão e, apenas nos casos de insucesso, levaria a problemática para análise e manifestação da Corte.

Na década de 80 a Comissão fora provocada por um cidadão inglês, o qual alegava que sua mulher não poderia decidir unilateralmente pela realização de um aborto, procedimento autorizado pela legislação inglesa - Abortion Act, 1967 -, uma vez que esta postura não se coadunava com os preceitos de direito à vida e de privacidade familiar, previstos nos artigos 2º e 8º, respectivamente, da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Porém, a Comissão, frisando o fato de que a Convenção não faz qualquer menção expressa acerca da proteção ao nascituro, não admitiu o requerimento, sob a argumentação de

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 18.

<sup>52</sup> “No aborto terapêutico esta configurado o estado de necessidade em que, para salvar a vida da mãe, cujo valor é mais relevante, sacrifica-se o feto”. In: FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 92.

<sup>53</sup> “Interrupção da gravidez quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves”. In: DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 52.

<sup>54</sup> Op. cit. P. 20.

<sup>55</sup> Op. cit. P. 20.

<sup>56</sup> Op. cit. P. 21.

que a palavra “pessoa” utilizada no referido artigo 2º só poderia ser aplicada a seres humanos já nascidos. Além disso, “em se tratando de interrupção da gestação realizada na fase inicial da gravidez, o direito à vida familiar do genitor potencial deveria ceder, numa ponderação, ante os direitos à saúde e ao respeito da vida privada da mãe”.<sup>57</sup>

Já em 1992, a Comissão admitiu o requerimento, e levou ao julgamento da Corte, de duas clínicas irlandesas, de aconselhamento para mulheres grávidas que desejavam fazer um aborto, as quais forneciam informações acerca de instituições inglesas que realizavam o procedimento de forma segura e confiável.

Acontece que a Irlanda “tem a legislação mais repressiva de toda Europa”<sup>58</sup>, possivelmente pela forte influência da Igreja Católica no país, e proíbe a prática do aborto voluntário em qualquer circunstância. Portanto, as mulheres irlandesas que desejavam interromper a gravidez viajavam para outros países da Europa para realizar o procedimento, principalmente para a Inglaterra, “que possui regulamentação bem liberal na matéria”.<sup>59</sup>

As clínicas foram denunciadas e a Suprema Corte da Irlanda, se baseando na tutela do direito à vida do nascituro, decidiu proibi-las de continuar aconselhando as mulheres gestantes. As clínicas, sob a alegação de “ofensa ao direito humano ao fornecimento e recebimento de informações”<sup>60</sup>, recorreram à Comissão Europeia de Direitos Humanos que recebeu o requerimento e encaminhou o caso para análise e julgamento da Corte.

A Corte Europeia de Direitos Humanos não chegou a examinar, no caso em evidência, a existência de um direito à vida por parte do nascituro ou de um direito à privacidade da gestante que a “autorizaria” a fazer um aborto. Ateve-se a Corte em decidir pela invalidade da proibição imposta às clínicas por se tratar de uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, tendo considerado a decisão do Tribunal irlandês bastante excessiva.

Conforme salienta Sarmiento<sup>61</sup>, ainda que a Corte Europeia não tenha se pronunciado a respeito dos possíveis direitos do nascituro ou da gestante, o tratamento que dispensou ao caso deixa claro que não há que se falar em uma equiparação entre a proteção dispensada aos direitos do nascituro e aos direitos assegurados para as pessoas já nascidas.

---

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 20.

<sup>58</sup> Id, Ibid. P. 20.

<sup>59</sup> Id, Ibid. P. 20.

<sup>60</sup> Id, Ibid. P. 21.

<sup>61</sup> Id, Ibid. P. 21.

### 3 CAPÍTULO 02 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1 Antecedentes Históricos do Crime de Aborto

De acordo com Del Priore, desde o Brasil Colônia já existia uma preocupação com o aborto. Para o autor,

é impossível pensar a questão do aborto na história do Brasil sem inscrevê-la no quadro mais abrangente da colonização. Momento por excelência de preocupação da metrópole portuguesa com o assustador vazio demográfico que significava a terra brasileira, o Estado luso incentivava com rigor uma política de ocupação que se apoiava em três vertentes: 1) a luta contra ligações consensuais e concubinárias fora do controle do Estado e da Igreja Católica; 2) a proibição de instalação de conventos de freiras desde 1606, com a explicação de que era preciso povoar a terra brasileira de gente honrada; 3) a imposição do matrimônio como mecanismo de controle das populações coloniais e, no seu interior, a condenação de qualquer forma de controle malthusiano. Na perspectiva católica, a sexualidade encontrava sua única justificativa na procriação.<sup>62</sup>

Logo, ao passo que o Estado procurava reprimir a reprodução entre raças distintas, origem do povo mestiço, controlando, juntamente com a Igreja, as relações sexuais extramatrimoniais, buscava, por outro lado, incentivar a o aumento populacional da colônia, com a finalidade de garantir a segurança da mesma.

O Código Criminal do Império de 1830, segundo Bittencourt<sup>63</sup>, previa a criminalização do aborto apenas para os casos de aborto consentido ou sofrido, visando punir terceiros que realizassem o procedimento, com ou sem o consentimento da gestante. Se o sujeito ativo do crime fosse um médico ou cirurgião, a pena se agravava. Entretanto, não havia na compilação da época qualquer imputação de crime à mulher que realizasse um auto-aborto.

A mesma sistemática não foi adotada no Código Penal de 1890, época do Brasil República, o qual previa a possibilidade da gestante também ser sujeito ativo do crime de aborto, quando conscientemente o provocasse. Porém, se a mulher grávida realizasse o procedimento com o intuito de “ocultar desonra própria”<sup>64</sup>, a pena era atenuada de forma considerável. Além disso, o legislador penal achou por bem permitir o aborto nos casos em que esse fosse necessário para resguardar a vida da gestante.

---

<sup>62</sup> DEL PRIORE, *apud* MATOS, Maurílio Castro de. **A Criminalização do Aborto em Questão**. São Paulo: Almedina, 2010. P. 23-24.

<sup>63</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2 – Parte Especial. Dos Crimes Contra as Pessoas**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 81.

<sup>64</sup> Id, *Ibid*. P. 81.

Já o Código Penal de 1940, atualmente vigente, prevê três espécies de aborto: o provocado (artigo 124), aquele realizado pela própria gestante, também chamado de auto-aborto; o sofrido (artigo 125), quando um terceiro provoca o aborto sem o consentimento da grávida; e o consentido (artigo 126), cujo procedimento é realizado por um terceiro, mas com a permissão da parturiente.

Doutra banda, o código, em seu artigo 128, incisos I e II, exclui a ilicitude do aborto, desde que realizado por médico, em duas situações distintas: se não houver outra maneira de salvar a vida da mulher grávida, conhecido esse como aborto necessário; e quando a gravidez for resultante de um estupro, sendo necessário, nesse caso, o prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Matos leciona que “a questão do aborto permaneceu praticamente inalterada até o fim dos anos 1980.. ou seja, legalmente considerada como um crime – salvo nos casos previstos -, mas pouco cumprida e sem serviços para a realização do aborto legal”.<sup>65</sup> Isto não quer dizer que não ocorressem na época movimentos que buscassem uma reforma do Código, fosse para suprimir os dois casos em que o aborto não era criminalizado, fosse para ampliar o número de exceções ou a total descriminalização.

Porém, segundo o autor, foi só a partir do final do ano de 1980 que as discussões acerca do aborto deixaram de ser restritas e passaram a figurar entre as discussões políticas que resultaram em ações concretas do governo. O Poder Executivo, por exemplo, criou do PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, o qual surgiu para promover o planejamento familiar como um meio preventivo ao aborto.

Já no âmbito do Poder Legislativo, até o ano de 1985 foram apresentados cinco projetos de lei a respeito do tema, um deles buscando a total descriminalização do aborto e outros dois a ampliação das hipóteses de exclusão da ilicitude. Para Matos ocorre na elaboração desses projetos uma clara influência do movimento feminista que emergia, na época, promovendo eventos que patrocinasse a discussão sobre o aborto.

Um desses eventos, possivelmente o de maior expressão, ocorreu no Rio de Janeiro em 28 de abril de 1980, quando Mary Garcia Castro, que era representante do Coletivo de Mulheres do Rio de Janeiro, afirmou:

O coletivo de mulheres do Rio de Janeiro é a favor da legalização do aborto, mas considera a aprovação de uma lei um ponto em processo de luta. Preocupa-nos neste sentido, a campanha, antes e depois da legalização do aborto, a tomada de

---

<sup>65</sup> MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P. 23.

consciência pela mulher da sua opressão, a sua participação nesse processo. Para um projeto novo são necessárias novas formas de luta; pela reflexão coletiva de experiências individuais gera-se impulso a ação. A melhor lei sobre o direito a concepção, contracepção e aborto será aquela discutida, exigida e velada pelas mulheres.<sup>66</sup>

Neste sentido, para a líder feminista não importava apenas a legalização do aborto em si, mas a presença da mulher nos debates sobre o tema, compartilhando suas experiências individuais na busca da construção de ideais coletivos de luta, pois conforme ensinamentos do jurista Ihering<sup>67</sup>, o direito se conquista através da luta e só assim ele se torna legítimo e pode perdurar.

Na mesma época, o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), incitando o debate acerca do aborto, também se posicionou pela sua legalização, alegando que a criminalização não obstava a realização do procedimento, mas tão-somente favorecia que esses ocorressem de forma clandestina, e insegura à saúde das mulheres pobres que não poderiam custear um serviço médico de qualidade.

Para Rocha,

[...] a redemocratização do país, em meados dos anos 80, teve peso fundamental para tornar a questão do aborto mais visível, criando condições para a ampliação do debate e elaboração de novas formas e políticas públicas, bem como novas decisões no âmbito do Judiciário. No contexto do processo de democratização e do seu desenvolvimento, houve um fortalecimento da sociedade civil, aumentando sua mobilização em busca de direitos de cidadania. Em relação à questão do aborto, acentuou-se a atuação do movimento feminista no sentido de enfrenta-la politicamente no país – movimento social este que é o principal ator comprometido com mudanças de mentalidade e institucionais a respeito do assunto.<sup>68</sup>

Portanto, conforme leciona o autor, na década de 80, principalmente entre o ano de 1985 e 1989, quando o país experimentou uma maior abertura política devido à transição para um regime democrático, diversos movimentos sociais, entre eles o feminista, voltaram ao cenário político brasileiro para fazerem parte de debates a respeito dos direitos sociais, pressionando o governo para que criasse ferramentas que os garantissem efetivamente. É neste contexto que a discussão acerca da problemática do aborto se intensifica.

Em 1989, durante a gestão de Luíza Erundina, o governo paulista implantou, pioneiramente no Brasil e América Latina<sup>69</sup>, o serviço de aborto para os casos excepcionais em que o Código Penal permite a execução do procedimento. Até então, apesar de existir a “autorização” da lei para a interrupção da gravidez quando houvesse risco de vida para a

<sup>66</sup> CASTRO, Mary Garcia *apud* MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P. 30.

<sup>67</sup> JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Forense, 2003.

<sup>68</sup> ROCHA, Maria Isabel Baltar *apud* MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P 31-32.

<sup>69</sup> TALIB, Rosângela Aparecida e CITELI, Maria Teresa *apud* MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P. 32.



mulher ou quando a gestação fosse resultado de um estupro, o Estado não proporcionava meios para a realização do aborto legal.

Em 1994 foi aprovada a Lei nº 8.921/94 a qual passou a garantir que o licenciamento compulsório da empregada por motivo de abortamento, não seria considerado falta ao trabalho. Importante salientar que o dispositivo não faz qualquer distinção entre as espécies de aborto, o que, segundo Rocha, “possibilita o referido abono de faltas mesmo quando o abortamento for ilegal, diferentemente da legislação anterior, que somente o concedia no caso do aborto ‘não criminoso’”.<sup>70</sup>

Em 1998, foi criada, pelo Ministério da Saúde, norma técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes<sup>71</sup>, prevendo o atendimento das vítimas em instalações físicas próprias e adequadas que garantissem a segurança à saúde física e mental daquelas, buscando resguardá-las de maiores constrangimentos. Esta norma, “possibilitou a ampliação dos serviços de abortamento legal prestados por alguns municípios e universidades”.<sup>72</sup>

De acordo com Matos, entre os anos de 1999 e 2007, mais de 34 projetos de lei a respeito da temática do aborto foram apresentados no Congresso Nacional. Porém, contrariamente ao movimento que cresceu nos anos 80 pela legalização, pode-se observar uma posição reacionária em grande parte dos projetos apresentados, alguns chegando a pleitear pela total criminalização do aborto provocado, sem considerar qualquer exceção.

A última grande discussão sobre a problemática do aborto teve origem em 2004 com a apresentação ao Supremo Tribunal Federal de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS), a qual buscava fosse reconhecido a gestante o direito de “antecipar o parto” em caso de gravidez de feto com anencefalia, sob o fundamento de que obrigar a mulher a levar a gestação a termo seria uma forma de tortura física e mental, devido à certeza da impossibilidade de sobrevida extrauterina do feto.

O ministro-relator, Marco Aurélio Mello, concedeu a liminar requerida pela CNTS, possibilitando a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Esta decisão provocou o sobrestamento de toda discussão que estivessem em andamento na justiça acerca do mesmo tema, até que houvesse posicionamento definitivo do plenário do Supremo, o que não pode

---

<sup>70</sup> ROCHA, Maria Isabel Baltar *apud* MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P. 33.

<sup>71</sup> Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes. Em <<https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/c145r92oz79gi30fssc1/3-norma-tecnica-jose-serra-versao-1998.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2013 às 13h48.

<sup>72</sup> MATOS, Maurílio Castro de. 2010. P. 33.

acontecer naquele ano devido o pedido de vistas dos autos pelo ministro Carlos Ayres Brito, a fim de observar a adequação da ADPF.

Neste meio tempo, diversas entidades envolvidas no debate político-social sobre o aborto, entre elas a CNBB - Conferência Nacional de Bispos do Brasil e a Católicas pelo Direito de Decidir, requereram a participação no processo como *amici curiae*, do latim “amigos da corte”, que seria a “intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia”.<sup>73</sup>

Assim, as entidades não se tornariam parte do processo, mas adentrariam apenas como interessadas na causa. Contudo, essa intervenção foi negada pelo ministro-relator, para quem a discussão proposta pela ADPF precisava ser “desemocionalizada”<sup>74</sup>, decisão criticada pelo ministro Gilmar Mendes, que posteriormente votou pela não criminalização do aborto de feto anencefálico.

Foi apenas em 2008 ocorreram audiências públicas com a presença de médicos, religiosos, cientistas e entidades da sociedade civil com a finalidade de debater sobre o tema. Esta foi a terceira vez na história do STF em que foram utilizadas audiências públicas, que ocorreram também no passado para discussão a respeito da pesquisa com células-tronco embrionárias e sobre a importação de pneus usados.<sup>75</sup>

É importante ressaltar que durante todo o processo de julgamento da ADPF a CNTS utilizou o termo “antecipação de parto”, e não aborto, para se referir ao procedimento de retirada do feto do útero materno. Isto porque, segundo o advogado da entidade ajuizadora da ação,

a interrupção nesses casos não é aborto. Então, não se enquadra na definição de aborto do Código Penal. O feto anencefálico não terá vida extra-uterina. No feto anencefálico, o cérebro sequer começa a funcionar. Então não há vida em sentido técnico e jurídico. De aborto não se trata.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Glossário**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em 13 nov. 2013 às 15h20.

<sup>74</sup> SANTOS, Débora. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em 13 nov. 2013 às 14h55.

<sup>75</sup> MATOS, Maurílio Castro de. 2010.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto *apud* SANTOS, Débora. op cit.

Finalmente em 11 de abril de 2012 a ADPF foi a julgamento pelo plenário do STF. Por 8 votos a 2<sup>77</sup> declarou a Corte Constitucional que a interrupção voluntária da gravidez de feto com anencefalia não deve ser considerada crime. O fundamento utilizado pelos ministros que votaram pela não criminalização baseia-se no fato de que o aborto é considerado um crime contra a vida, sendo dever do Estado garantir a tutela da vida em potencial. Entretanto, no caso de feto anencefálico, não há que se falar nessa potencialidade, pois “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”.<sup>78</sup>

## **3.2 Aspectos Dogmáticos do Crime de Aborto**

### **3.2.1 Bem Jurídico Tutelado**

Consoante leciona Bittencourt, no crime de aborto, “o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação”.<sup>79</sup> Porém, o doutrinador reconhece que não se deveria falar em crime contra a pessoa propriamente dito, pois um embrião ou feto não pode ainda ser considerado como tal.

Segundo Capez, quando se trata de um auto-aborto, existe apenas um bem jurídico a ser tutelado, o direito à vida do feto. Porém, quando tratar-se de aborto provocado por terceiro, além do já mencionado, tutela-se também o “direito à vida e à incolumidade física e psíquica da gestante”.<sup>80</sup>

O autor ainda destaca que a lei penal não faz qualquer distinção entre os conceitos de óvulo fecundado, embrião ou feto, utilizados para fazer referência ao produto da concepção nas 3 primeiras semanas, durante o período até 3 meses de gravidez e, quando a gestação ultrapassa os 3 meses, respectivamente, estando configurado o delito quando ocorra em qualquer tempo entre a concepção e o início do parto.

---

<sup>77</sup> O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de participar do processo devido ter expressado publicamente opinião acerca do tema – a favor da interrupção da gestação - quando ocupava o cargo de Advogado-Geral da União.

<sup>78</sup> MELLO, Marco Aurélio *apud* SANTOS, Débora. 2012.

<sup>79</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2010. P. 159.

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume 2. Dos Crimes Contra as Pessoas a Dos Crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos.** 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 145.

### 3.2.2 A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro

De acordo com Sarmiento, não se pode discutir a questão da legalização do aborto sem que seja levantada a problemática da existência e extensão da proteção jurídica que a ordem constitucional brasileira confere ao nascituro, afastando dessa discussão todas as premissas de cunho religioso. Portanto, o “tema deve ser examinado com recurso e argumentos jurídicos, científicos e, principalmente, de moralidade laica”.<sup>81</sup>

O autor, entretanto, abre um parêntese para destacar a posição mais radical do movimento feminista que defende a ideia de que não há relevância a vida do nascituro quando posta em oposição ao direito da gestante em realizar um aborto. Partilha desse entendimento a autora norte-americana Judith Jarvis Thompson, a qual se utiliza da metáfora do “violinista e do bom samaritano” para explaná-lo.<sup>82</sup>

Em um ensaio publicado em 1971, Thompson sugere uma reflexão a respeito do aborto apresentando a seguinte analogia: uma determinada pessoa é sequestrada pela Sociedade dos Amantes da Música e, ao acordar, se vê deitado em um leito de hospital com seu rim ligado, cirurgicamente, ao de um famoso violinista. Aquela pessoa fica então sabendo que seu tipo sanguíneo raro é o “remédio” para salvar a vida do violinista, a quem deve permanecer ligado por 9 meses, para que o tratamento funcione.

Em seguida a autora questiona se aquele sujeito tem algum dever moral em permanecer ligado ao violinista durante os 9 meses de tratamento necessário para salvar a vida do músico. A essa questão, Thompson responde negativamente, sob o fundamento de que ninguém tem a obrigação de ser um “bom samaritano”. E conclui que o aborto deve ser tratado da mesma forma, “pois ainda que se entenda que a vida do nascituro vale o mesmo que a de alguém já nascido, não se poderia obrigar a mulher a emprestar seu corpo, contra sua vontade, para manter esta vida”.<sup>83</sup>

É importante ressaltar, conforme o foi em parágrafo anterior, que essa posição defendida por Thompson é compartilhada por apenas uma parte do movimento feminista, a ala mais radical dele. Assim, leciona Sarmiento, a discussão acerca do aborto deve sim levar em consideração a vida do nascituro e a proteção que a Constituição Federal confere a mesma.

---

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P.27.

<sup>82</sup> THOMPSON, Judith Jarvis. **A Defense on Abortion**. In: SARMENTO, Daniel. 2005. P. 28

<sup>83</sup> Id, Ibid. P. 28.

Para o autor, o que precisa ser observado é o fato de que o próprio ordenamento jurídico brasileiro faz distinção entre a proteção que confere a um ser humano já nascido e àquela conferida ao nascituro. Como exemplo, tome-se a pena que é atribuída à gestante quando esta realiza um aborto voluntário – 1 a 3 anos de detenção – e a prevista no caso de um homicídio simples – 6 a 20 anos de reclusão.<sup>84</sup> Assim, “a vida humana intra-uterina também é protegida pelo ordenamento pátrio, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido”.<sup>85</sup>

Além disso, Sarmiento defende que esta noção de prevalência de importância da vida de um ser humano já nascido sobre a do nascituro encontra-se “fortemente arraigada no sentimento social”.<sup>86</sup> Esta tese ele sustenta trazendo como exemplo o nível de sofrimento experimentado por uma família quando a mulher sofre um aborto espontâneo e, diferentemente, quando sofre a perda de um filho já nascido. Para ele existe uma “percepção geral de que a vida vale muito mais depois do nascimento”.<sup>87</sup>

Segundo Dworkin, o debate sobre o aborto gira em torno do fato da vida humana ser considerada sagrada desde o momento da concepção. Porém, ressalta o doutrinador, existem dois posicionamentos distintos acerca do motivo que leva a esta sacralidade: um defende o caráter sagrado da vida considerando “o investimento biológico nela realizado”, adotado por pessoas mais conservadoras e que são contra o aborto; o outro, adotado pelos liberais, associa a sacralidade ao esforço que um ser humano dispense durante sua vida a fim de garantir sua sobrevivência.<sup>88</sup>

Para Dworkin, o maior desrespeito ao caráter sagrado da vida de um ser humano ocorre quando é negado a uma mulher exercer seu direito de escolha, ficando ela obrigada a levar a termo uma gestação indesejada, que, na maioria das vezes, frustra completamente seus planos de vida. Neste mesmo sentido se posiciona West, para quem

as mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as unem aos demais: para planejar responsabilmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, 1940. Artigos 121 e 124.

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. 2005.

<sup>86</sup> Id, Ibid. P. 29.

<sup>87</sup> Id, Ibid. P. 29.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 95-140.

<sup>89</sup> WEST, Robin *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P. 80.

Logo, para os liberais, que defendem o direito ao aborto, não há que se questionar o valor sagrado da vida do ser humano. Porém eles abordam este conceito de forma diversa da dos conservadores, pois valorizam em primazia todo o investimento que uma pessoa faz durante sua vida na busca da felicidade, em detrimento do “investimento biológico” conferido ao nascituro.

Neste ínterim, Sarmiento traz à tona outra discussão envolvida na problemática do aborto: leciona o autor que os conceitos de vida humana e pessoa humana não podem ser tratados como um só. Assim, o nascituro, embora possua vida, humana claro, não pode, ainda, ser considerado uma pessoa. “É pessoa *in fieri*, pessoa potencial, mas ainda não é pessoa, da mesma forma que uma semente pode ser qualificada como árvore em potencia, mas nunca como árvore”.<sup>90</sup>

Portanto, uma vez que se trata de vida humana, o nascituro merece ter seus direitos protegidos pelo ordenamento brasileiro, conforme o faz o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º, o qual prevê que apesar da personalidade civil da pessoa começar apenas a partir do nascimento com vida, “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Porém, essa proteção não se compara em grau àquela conferida à pessoa humana. Essa é a lição de Canotilho e Moreira:

A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Pretege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objetivo (...). Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a proteção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de proteção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de proteção da vida intra-uterina.<sup>91</sup>

Desta maneira, os autores defendem a ideia de que a vida humana deve ser protegida pelo ordenamento pátrio desde o primeiro momento, desde a concepção. Contudo, não há que se falar em um grau de proteção comum conferido aos direitos do nascituro e da pessoa humana, ou mesmo, de uma proteção uniforme durante a gravidez.

---

<sup>90</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 31.

<sup>91</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 31-32.

No primeiro caso, porque a Constituição eleva outros direitos, além da vida, ao patamar de “fundamental” e estes precisam ser considerados, numa verdadeira ponderação de interesses. No segundo, porque estudos científicos atuais demonstram que “até a formação do córtex cerebral - que só acontece no segundo trimestre de gestação -, não há nenhuma dúvida sobre a absoluta impossibilidade de que o feto apresente capacidade mínima para a racionalidade”.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 29.

## 4 CAPÍTULO 03 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA: O CONFLITO ENTRE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

### 4.1 O Aborto na Era do Neoconstitucionalismo

A partir do século XX, de acordo com Lenza<sup>93</sup>, a doutrina constitucional brasileira passou a desenvolver uma perspectiva diferente quanto ao constitucionalismo e o verdadeiro papel da Constituição no ordenamento pátrio e frente às instituições contemporâneas. A esse movimento deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Pós-Moderno.

Barroso leciona que essa nova ideia acerca do direito constitucional surgiu no momento de reconstrução e reorganização (física, política e social) dos países europeus, logo após a Segunda Guerra Mundial. Segundo o autor, “a partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica”.<sup>94</sup>

Na Europa, a principal referência do movimento é a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã de 1949, e, em especial, a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951. Já no Brasil, esse novo posicionamento frente ao direito constitucional se apresenta na forma da Constituição Federal de 1988, a qual “foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de Direito”.<sup>95</sup>

Para Barroso, o neoconstitucionalismo surge para quebrar o antigo paradigma de que a Carta Constitucional seria um documento de cunho essencialmente político, cuja principal função era limitar a atuação do Poder Público. A concretização das propostas contidas na Carta “ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”, e “ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”.<sup>96</sup>

Assim, no constitucionalismo pós-moderno, o texto da Carta deixa de ter um caráter apenas retórico para se transformar em um conjunto de normas e princípios que visam

---

<sup>93</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 9-14.

<sup>94</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 out. 2013 às 09h37. P. 03.

<sup>95</sup> Id, Ibid. P. 03.

<sup>96</sup> Id, Ibid. P. 05.



concretizar, acima de tudo, os direitos fundamentais, incorporando ao constitucionalismo social o de solidariedade e fraternidade, conforme anota Kildare.<sup>97</sup>

Logo, a Constituição passou a não mais se diferenciar das normas infraconstitucionais apenas por uma questão de grau hierárquico, mas também axiológico. É a “Constituição como valor em si”<sup>98</sup>, a qual, além de assegurar em seu texto um vasto número de direitos e garantias fundamentais (dentre os quais estão os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos), atribuiu a eles, em seu artigo 5º, §1º, aplicabilidade imediata.

Por conseguinte, é neste contexto, defende Sarmento, que o tema do aborto voluntário deve ser discutido. Pois, apesar de existir no direito um espaço reservado ao legislador, representante do povo, a fim de que este possa decidir acerca de questões controvertidas, tal qual o aborto, conforme salienta o autor, “este espaço não é infinito.. está emoldurado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais que esta garante”.<sup>99</sup>

#### **4.2 Uma Distinção Crucial: O Valor Sagrado e Intrínseco da Vida x Direitos e Interesses Próprios do Nascituro – O que Justificaria a Criminalização do Aborto?**

Antes da abordagem de quaisquer princípios a respeito da legalização do aborto voluntário nos primeiros meses de gestação, é importante que seja feita uma análise sobre os fundamentos teóricos que são utilizados pelos grupos pró-vida na defesa de uma legislação repressiva. Isto porque, segundo Dworkin, existe “uma confusão intelectual muito difundida”<sup>100</sup> que faz a sociedade acreditar que jamais se chegará a um consenso sobre o tema.

Para o autor, as pessoas que são contrárias ao aborto podem ser divididas em dois grupos, de acordo com o fundamento que utilizam para defender suas ideias. O primeiro grupo tem como base uma “objeção derivativa”, ou seja, para eles o feto, desde o momento da fecundação, são criaturas que detêm direitos e interesses próprios, especialmente o de se manter vivo. Assim, para essas pessoas, “o governo tem uma responsabilidade derivativa de proteger o feto”<sup>101</sup>.

Por outro lado, o segundo grupo se baseia numa “objeção independente”, segundo a qual a vida humana tem um valor intrínseco e inato, considerada sagrada por si mesma, desde o momento da concepção, ou seja, mesmo antes “de que a criatura à qual essa vida é

<sup>97</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves *apud* LENZA, Pedro. 2009. P. 09.

<sup>98</sup> AGRA, Walber de Moura *apud* LENZA, Pedro. 2009. P. 09.

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 23.

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 13 e seq.

<sup>101</sup> Id, *Ibid.* P. 13 e seq.

intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios”.<sup>102</sup> Logo, para este grupo, a responsabilidade do governo de proteger a vida intra-uterina é independente de qualquer direito ou interesse particular, uma vez que tal objeção sequer os pressupõe.

No entanto, segundo Dworkin, ainda que alguns integrantes do grupo pró-vida defendam a ideia de que um feto tem direitos e interesses próprios, poucos deles realmente acreditam nisso, pois seria “muito difícil conferir qualquer sentido à ideia de que um feto tem interesses próprios, sobretudo um interesse de não ser destruído, já a partir do momento de sua concepção”<sup>103</sup>.

Para o autor, não se pode afirmar que qualquer coisa que possa ser destruída possui interesse próprio em não sê-la. É o caso de uma escultura, por exemplo. Embora sua destruição seja contrária aos interesses da pessoa a qual pertença, devido ao seu valor artístico e financeiro, não há que se dizer que aquela possui interesses próprios em não se ver em pedaços.

Neste mesmo sentido, não se pode considerar que uma coisa tem interesses próprios pelo simples fato dela estar viva e em processo de transformação natural, pois, assim, seria necessário considerar que um broto de cenoura tem interesse em não ser colhido antes do tempo, ou que uma lagarta tem interesse em transforma-se em uma borboleta.

Para Dworkin, ainda que se tornasse possível conceber uma criança sem a fecundação do óvulo, conforme alguns cientistas acreditam que o seja através da partenogênese, a menstruação não estaria contrariando os interesses dos óvulos, assim como “uma mulher que usasse contraceptivos não estaria violando, a cada mês, o direito fundamental de uma criança”<sup>104</sup>, pois, “não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física”<sup>105</sup>.

Por fim, as pessoas do grupo pró-vida, que condenam o aborto sob o fundamento de que o feto guarda interesses próprios, poderiam, ainda, afirmar que toda criatura capaz de sentir dor possui interesse em evitá-la. Logo, o feto, que já possua um sistema nervoso formado, tem total interesse em evitar o procedimento abortivo.

O autor rebate o argumento acima exposto defendendo a ideia de que um feto só irá possuir um sistema nervoso capaz de produzir e transmitir a sensação de dor (e todas as outras), após, pelo menos, a metade do período de gestação, quando ocorre o

---

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 13 e seq.

<sup>103</sup> Id, Ibid. P. 13 e seq.

<sup>104</sup> Id, Ibid. P. 20.

<sup>105</sup> Id, Ibid. P. 21.

“estabelecimento de uma conexão entre o tálamo do feto, para o qual fluem os receptores nervosos periféricos, e seu neocórtex ainda em desenvolvimento”<sup>106</sup>.

De acordo com Grobstein, importante embriologista,

Esse processo de aumento intensivo da conexão entre os neurônios corticais prenuncia uma mudança nos padrões elétricos observados no cérebro através de eletroencefalogramas. Os padrões tendem a tornar-se mais regulares e a assemelhar-se aos padrões adultos associados aos estados de sono e de vigília. Esses critérios levam alguns pesquisadores a sugerir que um substrato neural adequado para a sensação de dor só vai existir por volta do sétimo mês de gravidez (trinta semanas), bem no período em que os fetos prematuramente nascidos tornam-se viáveis mediante o recurso de um intenso suporte vital. [...] Para estabelecer uma margem de segurança contra a intrusão de uma possível sensibilidade primitiva, a maturação cortical que se inicia por volta da trigésima semana constitui um limite razoável enquanto não dispusermos de informações mais precisas. Portanto, como devemos usar de extremo cuidado para respeitar e proteger essa possível sensibilidade, um limite provisório que se situe por volta da vigésima sexta semana deve constituir uma razoável margem de segurança. Esse período coincide com a atual definição de viabilidade.<sup>107108</sup>

Assim, só a partir do sétimo mês de gestação, ou trigésima semana, é que passará a existir no nascituro um substrato neural que o possibilite a sentir dor, além de outras sensações. Portanto, se um aborto é realizado até vigésima sexta semana de gravidez, para estabelecer uma margem de segurança, não há que se falar infligir dor ao feto, uma vez que este não possui condições biológicas de as sentir.

Segundo Dworkin, as pessoas costumam ignorar essa questão da maturidade fetal como condição para que um nascituro possua interesses próprios, porque se baseiam no argumento de que a realização de um aborto contraria o interesse daquele ser humano que viria a se desenvolver caso a gestação fosse levada a termo.

Porém, para o autor, esse argumento é insustentável, uma vez que é inadmissível que se considere ter frustrado interesses de algo que nunca existiu. Logo, defende que “o problema de o aborto contrariar ou não os interesses de um feto deve depender da questão de saber se o próprio feto tem interesses no momento em que se faz o aborto, e não se tais interesses irão desenvolver-se caso o aborto não seja feito”<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 22.

<sup>107</sup> GROBSTEIN, Clifford *apud* DWORKIN, Ronald. 2009. P. 22.

<sup>108</sup> “Viabilidade fetal é a capacidade de um feto sobreviver fora do útero. A viabilidade fetal está ligada ao grau de amadurecimento de seus órgãos e aos recursos disponíveis para a assistência ao nascido prematuramente. Classificam-se os prematuros em pré-viáveis (de 22 a 25 semanas de gravidez) e viáveis (de 26 a 36 semanas de gravidez)”. In: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Viabilidade\\_fetal](http://pt.wikipedia.org/wiki/Viabilidade_fetal)>. Acesso em 15 out. 2013 às 18h21.

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 25.

Por todo o exposto, sustenta Dworkin que toda a discussão acerca da problemática do aborto gira, essencialmente, em torno da objeção independente, ou seja, gira em torno da sacralidade da vida humana. Assim, explica:

A ideia de que o aborto é um pecado ou uma iniquidade porque a vida humana é sagrada é muito diferente da afirmação de que é um pecado ou uma iniquidade porque um feto tem o direito de viver. A primeira oferece um argumento contra o aborto que de modo algum pressupõe que o feto seja uma pessoa com direitos ou interesses próprios. A crença que a vida humana, em qualquer estágio, tem um valor intrínseco e sagrado pode, portanto, oferecer uma razão para que as pessoas se posicionem violentamente contra o aborto, vendo-o como uma crueldade em qualquer circunstância dada, sem acreditar, em hipótese alguma, que um minúsculo conjunto de células recém-implantadas no útero, ainda sem órgãos, cérebro ou sistema nervoso, já seja alguma coisa que tem interesses e direitos.

Neste sentido, explica o autor, ainda que uma pessoa não acredite ser o feto possuidor de direitos e interesses próprios, pode ela ser tão fortemente contrária ao aborto quanto outra que acredite exatamente no contrário. Porém, essas objeções terão razões e, conseqüentemente, implicações muito diferentes sobre a efetiva reponsabilidade e legitimação do Estado em permitir ou proibir o aborto.

Isto porque, leciona, não seria coerente uma pessoa afirmar que um feto tem direito à vida, e, ainda assim, defender a não intervenção do Estado na decisão da gestante de interromper a gravidez. “Afiml, a responsabilidade fundamental do governo consiste em proteger os interesses de todos os membros da comunidade, particularmente os interesses daqueles que não podem proteger-se por conta própria”<sup>110</sup>

Ao contrário do exposto, não há qualquer incoerência no discurso de uma pessoa que considere o aborto moralmente condenável, defendendo a ideia de que a vida humana é sagrada, ao passo em que sustenta que a decisão de levar uma gestação a termo é particular da gestante, pessoa que será diretamente afetada pela escolha que fizer, não devendo o Estado interferir.

De acordo com o autor, essa segunda combinação de pontos de vista, que a princípio poderiam parecer antagônicos, além de coerente, está “de conformidade com uma grande tradição de liberdades de consciência das modernas democracias pluralistas”<sup>111</sup>. Neste modelo de sociedade, é de senso comum que não cabe ao Estado impor aos cidadãos que se

---

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 18.

<sup>111</sup> Id, Ibid. P. 18.

comportem de acordo com determinados parâmetros éticos ou religiosos, pois se trataria de “uma forma terrível de tirania, uma destruição da responsabilidade moral”<sup>112</sup>.

### 4.3 A Constituição de 1988 e a Laicização do Estado Brasileiro

De acordo com Silva<sup>113</sup>, durante o período do Império, não haveria que se falar em laicidade do Estado brasileiro. Na verdade, Dom Pedro I, ao promulgar a Constituição de 1824 o fez “em nome da Santíssima Trindade”. Além disso, o artigo 5º da referida Carta definia a religião Católica como a “religião do Império” e o clero católico recebia um espécie de salário do governo.

Por outro lado, as outras religiões, com exceção daquelas de origem africana, cujas práticas eram terminantemente proibidas, tinham seu culto permitido, contudo, desde que fosse realizado em casa ou edifício particulares e “sem fôrma alguma exterior de Templo”<sup>114</sup>, sob pena do culto ser encerrado pelo Juiz de Paz, demolição da forma exterior e de multa a ser paga por todos os que estivessem participando da reunião, conforme previsto nas leis penais da época.

O Código Criminal do Império, o qual vigeu de 1831 até 1891, trazia em seu texto um capítulo (na quarta parte – dos crimes policiais) denominado “ofensas da religião, da moral, e bons costumes”. O artigo 278 do diploma em comento estabelecia prisão de 04 (quatro) meses a 01 (um) ano, mais multa, para os indivíduos que propagassem doutrina que “directamente destruam as verdades fundamentaes da existencia de Deus, e da immortalidade da alma”<sup>115</sup>.

Atualmente, o panorama, a princípio, se apresenta diferente daquele anteriormente retratado. A Constituição Federal de 1988, a qual prevê a liberdade de religião como direito fundamental (artigo 5º, inciso VI), foi proclamada

para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P. 18.

<sup>113</sup> SILVA, Ranilson Alves. Disponível em <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/05/estado-brasileiro-nao-e-laico.html>> Acesso em 13 out. 2013 às 17h25.

<sup>114</sup> BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824.

<sup>115</sup> BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Rio de Janeiro, 1830.

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Entretanto, consoante salienta Silva, não se pode deixar de observar que mesmo se declarando laico, o Estado brasileiro não se apartou por completo da Igreja. Exemplo disso é a presença de símbolos cristãos, tão qual o crucifixo, nas repartições públicas e até mesmo em tribunais, além de benefícios garantidos a instituições religiosas, como a isenção de impostos e o recebimento de subsídios financeiros para custear instituições de assistência social e ensino que mantenham.

Segundo o autor, fica ainda mais clara a existência de uma relação velada entre Estado e Igreja ao se constatar a enorme pressão, por vezes bem sucedidas, que algumas sociedades religiosas exercem sobre o Congresso Nacional, “dificultando a promulgação de leis no que diz respeito à pesquisa científica, direitos sexuais e reprodutivos e união homoafetiva”<sup>117</sup>.

No entanto, entende o autor a dificuldade do governo em se separar por completo da religião, uma vez que se torna efetivamente mais fácil coordenar uma sociedade que busca um bem maior e teme represálias divinas. Marx, em sua *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, bem afirmou: “a religião é o ópio do povo”<sup>118</sup>, e esse ópio mantém os indivíduos sob controle.

De acordo com Sarmiento,

a laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé - ainda que professados pela religião majoritária -, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, comovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.<sup>119</sup>

Foi nesse sentido, segundo o autor, que o legislador originário constitucional, buscou consagrar no texto da Carta o princípio da laicidade do Estado (artigo 19, I), para exprimir “a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da igual dignidade de todos os cidadãos”<sup>120</sup>.

Para o autor, a atitude do legislador não poderia ser outra frente à sociedade contemporânea brasileira, a qual tem o pluralismo como característica essencial, como provam as diversas formas religiosas professadas no país, que, comumente, apresentam concepções morais, ideológicas e filosóficas díspares e, por vezes, antagônicas. Logo, cabe ao

<sup>117</sup> SILVA, Ranilson Alves. **Entenda Por Que o Estado Brasileiro Ainda Não é Laico**. Disponível em <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/05/estado-brasileiro-nao-e-laico.html>>. Acesso em 13 out. 2013.

<sup>118</sup> MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. P. 146.

<sup>119</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 25.

<sup>120</sup> MACHADO, Jonas Eduardo Mendes *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P 25.

Estado respeitar a escolha que cada indivíduo faz ao eleger seguir os ensinamentos de uma ou outra “igreja”, ou, ainda, quando ele decide não seguir nenhuma delas.

Exatamente neste sentido se posicionou da Corte Constitucional alemã ao se pronunciar pela inconstitucionalidade do ato do Estado germânico em colocar crucifixos nas salas de aula de escolas públicas. Decidiu o Tribunal que,

um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou a importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.

Este posicionamento pode, a princípio, parecer em contradição com a ideia de democracia. Isso porque, segundo Dworkin<sup>121</sup>, a concepção de democracia que os legalistas costumam aferir da Constituição, em particular a americana, é aquela segundo a qual as decisões políticas devem ser tomadas de modo que favoreçam e estejam em consonância com o que deseja a maioria dos cidadãos.

No entanto, o autor propõe que uma nova concepção de democracia deve ser considerada, levando em conta as sociedades contemporâneas e seus modos de vida plural. Assim, democracia deve significar a tomada de decisões coletivas por instituições políticas cuja estrutura e composição busque, através de suas práticas, tratar todos os membros da comunidade, como indivíduos, com a mesma consideração e respeito.

Sarmiento leciona que em uma verdadeira democracia deve existir um espaço público aberto para o debate entre a sociedade e o governo na busca das melhores soluções para os mais diversos e controversos temas sociais. Para ele, o objetivo da democracia não é solucionar conflitos e divergências exclusivamente através da contagem de votos.

Ao contrário, a intenção é que durante os debates as pessoas busquem chegar a um entendimento, e não simplesmente sair vitoriosos. “Almeja-se, enfim, que no debate franco de idéias inerentes a este processo, as pessoas eventualmente revejam suas posições originais, convencidas pelas razões invocadas pelo outro”<sup>122</sup>.

Neste ínterim, ainda que a legislação penal brasileira atual criminalize o aborto voluntário, as discussões acerca do tema não devem ser encerradas, mas elevadas ao grau constitucional, seguindo a tendência do direito moderno, uma vez que “o aborto é proibido,

---

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. 1996. P. 36.

<sup>122</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 26.

mas faz parte do cotidiano das brasileiras. Todas fizeram, vão fazer ou conhecem alguém que fez ou vai fazer”<sup>123</sup>, fato que demonstra a amplitude do problema.

#### 4.4 Respeito à Dignidade da Mulher e Proteção aos seus Direitos Fundamentais de Liberdade, Privacidade, Igualdade, Autonomia Reprodutiva e Saúde

##### 4.4.1 Dignidade, Liberdade e Privacidade

O legislador constituinte originário de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao status de princípio fundamental<sup>124</sup> da República Federativa do Brasil. Contudo, é importante ressaltar, conforme o faz Moraes, que a dignidade é um atributo característico do ser humano, e não uma condição conferida pela Carta Magna. Na verdade, a função da Lei Maior é, através de seus dispositivos, “proteger, garantir e preservar a dignidade da pessoa humana”.

125

Segundo a Kant, dignidade humana é um atributo inerente a todo ser humano, que o possui sem que seja necessário, para tanto, o cumprimento de alguma condição ou requisito. Para o filósofo,

supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. [...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.<sup>126</sup>

Neste sentido, entende Sarmento que a dignidade da mulher é violada quando sua vontade é subjugada, quando ela deixa de existir como fim em si mesma e passa a ter seu corpo valorizado como um meio. Para o autor, não existe dignidade enquanto não existe

<sup>123</sup> LAGO, Claudia e MATEOS, Simone Biehler *apud* ARAUJO, Carlos Roberto de. **Aborto Legal – Uma questão de Vida**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 24 de novembro de 2000. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/685//aborto\\_legal\\_uma\\_questao\\_de\\_vida](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/685//aborto_legal_uma_questao_de_vida)>. Acesso em 15 out. 2013.

<sup>124</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, III.

<sup>125</sup> MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e o Impacto na Saúde da Mulher**. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o\\_aborto\\_impact\\_o.pdf?sequence=6](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impact_o.pdf?sequence=6)> Acesso em 01set. 2013 às 20h40.

<sup>126</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. P. 58, 65.



respeito à capacidade de autodeterminação da mulher em fazer escolhas fundamentais concernentes a sua própria vida, sem que haja mediação do Estado ou de outras pessoas.

Seguindo a mesma ideia, Canotilho afirma que “a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”.<sup>127</sup> Assim, reconhecer a existência da dignidade significa reconhecer que cada ser humano tem a capacidade de decidir o que é melhor para si, com fundamento em suas próprias razões morais, religiosas e filosóficas.

Conforme Dworkin,

as leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. [...] Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.<sup>128</sup>

Dessarte, independentemente da razão que levou uma mulher a optar por interromper a gestação, sua decisão é, na maioria dos casos, tomada dentro de um contexto de responsabilidades por ela assumidas e que são conflitantes, quando não inconciliáveis, com a gravidez não planejada. Ao decidir pelo aborto, a mulher está decidindo por manter seus planos de vida, os quais não incluíam ter um filho.

Sarmiento ainda reforça que este direito de escolha da mulher, em prosseguir ou não com a gestação, reside no direito à privacidade, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, o qual tem “o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular”.<sup>129</sup> Para o autor, é custoso imaginar que possa existir uma intervenção tão violenta quanto a que pretende forçar uma mulher a levar a termo uma gravidez indesejada.

Conforme Dworkin,

uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravidão parcial, uma privação da liberdade.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 26.

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. 2009. P.173

<sup>129</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 44.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 43.

Em 2004, foi impetrado, para julgamento do Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ. A causa originária do remédio constitucional versava sobre o desejo de uma gestante de realizar um aborto eugênico devido ao fato de estar grávida de feto anencéfalo. O *writ* não chegou a ser julgado por perda de objeto, pois a mulher acabou por dar a luz durante o julgamento daquele.

Porém, o voto que o ministro-relator, Joaquim Barbosa, havia preparado para o julgamento do *habeas corpus* veio a público e foi largamente divulgado. Nele, o ministro reconhece “que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher”, cabendo a Corte assegurar o legítimo exercício dos mesmos.

#### 4.4.2 Proteção do Direito à Igualdade (Material)

Além do direito a liberdade (de decidir), o princípio da dignidade da pessoa humana também está intimamente ligado ao direito de igualdade. E, aqui, um parêntese: a igualdade, como leciona Moraes<sup>131</sup>, pode ser entendida sob dois aspectos, o formal e o material.

Enquanto a igualdade formal se relaciona com a norma escrita, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; a igualdade material, ou real, exige que todos os indivíduos sejam tratados com o mesmo respeito e consideração, porém, observando suas diferenças.

Conforme leciona Santos, deve ser preservado o direito de um indivíduo de ser tratado de forma igual a outro quando tratar-lhes de forma diferente implicar na inferiorização de um deles; porém, também tem o indivíduo direito de ser tratado de maneira diferente de outro quando tratar-lhes com igualdade tiver o condão de descaracterizá-los.<sup>132</sup>

No mesmo sentido, Sarmiento afirma que

a ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume a isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existente.

<sup>131</sup> MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e o Impacto na Saúde da Mulher**. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o\\_aborto\\_impacto.pdf?sequence=6](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6)> Acesso em 01 set. 2013 às 20h40.

<sup>132</sup> SANTOS, Boaventura de Souza *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 45.

Em respeito a essa igualdade material e após constatar que não é possível promover a inclusão social de grupos que foram discriminados durante um longo período da história mundial com uma simples “fórmula geral de igualdade”<sup>133</sup>, a doutrina norte-americana desenvolveu a teoria do impacto desproporcional (*disparage impact*), a qual reconhece que a aplicação de normas regulares pode, por vezes, implicar em um ônus desproporcional a certo grupo vulneráveis.

Com esta teoria, a qual tem como marco jurídico o julgamento do caso *Griggs v. Duke Power Co.* (1971)<sup>134</sup>, os doutrinadores desenvolveram a ideia de que não mais se poderia aplicar o princípio da igualdade formal, indiscriminadamente, a todos os indivíduos, pois

a igualdade, como parte integrante e indissociável do ideal de justiça, somente seria alcançada com a adoção de medidas efetivas, não meramente formais, que permitissem a sua efetiva implementação, não mera contemplação. Seria necessário transitar da igualdade formal para a igualdade material. O artificialismo da igualdade formal entra em refluxo, o dogma da neutralidade estatal é repensado e o pensamento jurídico-filosófico passa a ser direcionado à materialização da igualdade substancial, ontologicamente calcada na inserção social, e ao oferecimento de oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade. É com esse objetivo que surgem e se desenvolvem as denominadas ações afirmativas, fruto do pensamento político norte-americano e que buscam eliminar, ou ao menos diminuir, as desigualdades sociais que assolam certos grupos.

Pois bem, Sarmiento defende que criminalização do aborto “viola a igualdade entre os gêneros, na medida em que subjuga as mulheres, impondo a elas um ônus que em nenhum contexto se exigiria que os homens suportassem”.<sup>135</sup> Declara, ainda, que a taxatividade da Carta Constitucional ao prever em seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais”, não implica no efetivo cumprimento do referido mandamento.

<sup>133</sup> GARCIA, Emerson. **Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha.** Disponível em <[https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao\\_Garcia.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao_Garcia.pdf?sequence=1)>. Acesso em 15 out. 2013 às 23h57.

<sup>134</sup> Trata-se de uma ação ajuizada por um grupo de funcionários de cor negra contra a Companhia de energia elétrica, Duke Power, a qual só admitia empregados negros para exercer funções subalternas. No processo, os autores questionavam a licitude do ato da empresa de aplicar um “teste de inteligência” como critério para a promoção. Alegavam os reclamantes que se encontravam em situação de desvantagens em relação aos funcionários de cor branca, já que estudavam em escolas segregadas e de níveis intelectuais bem diferentes. A Suprema Corte decidiu que apesar do “teste de inteligência” ser um requisito aparentemente igualitário e, portanto, lícito, “não se harmonizava com um referencial de igualdade material, pois, estatisticamente, não se mostrava apto a indicar a maior eficiência profissional para fins de promoção, podendo ‘congelar’ o status quo de práticas empregatícias discriminatórias do passado.” IN GARCIA, Emerson. **Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha.**

Disponível em <[https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao\\_Garcia.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao_Garcia.pdf?sequence=1)>. Acesso em 15 out. 2013 às 23h57.

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 45.

Para o autor, é fundamental a revisão de algumas normas existentes na legislação brasileira, as quais foram elaboradas em um passado distante e por um poder legislativo formado quase que inteiramente por homens, consideradas como “entulho machista” por refletirem “estereótipos impregnados de preconceitos, e que implicam no congelamento ou até no aprofundamento da desigualdade entre os gêneros”<sup>136</sup>. Assim, se faz necessário “criar uma ordem jurídica sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher e fazer visíveis as relações de poder entre os sexos”.<sup>137</sup>

O professor de Direito Constitucional da Universidade de Havard, Laurence Tribe<sup>138</sup>, pefilha a teoria de que a criminalização do aborto provoca nas mulheres um impacto desproporcional, considerando que o mesmo sacrificio não é exigido dos homens, apresentando um exemplo de ordem prática: a lei norte-americana, e do mesmo modo a brasileira, não demanda que um pai doe órgãos, ou mesmo sangue, a um filho seu cuja sobrevivência dependa de tal ato.

Para o professor,

uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legitimada a acreditar que mais que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade – especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino – o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade.<sup>139</sup>

Ademais, a vedação em questão não só promove a desigualdade no tratamento dos gêneros, mas no tratamento de mulheres de diferentes classes sociais. Pesquisas realizadas no Brasil demonstram que as consequências gravosas, que podem ocorrer em função da realização de um aborto clandestino, são muito mais sentidas pelas mulheres de baixa renda<sup>140</sup>.

Para as mulheres pobres que não desejam levar a termo a gestação existem, basicamente, duas saídas: realizar a manobra abortiva, sozinhas ou com a ajuda de amigas e parentes que não têm qualquer conhecimento médico, utilizando-se de métodos que

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 45.

<sup>137</sup> PIOVESAN, Flávia *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 45.

<sup>138</sup> TRIBE, Laurence *apud* SARMENTO, Daniel. P 46.

<sup>139</sup> Id, *Ibid*. P. 48.

<sup>140</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Itinerários e Métodos do Aborto Ilegal em Cinco Capitais**

**Brasileiras**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso)>.

Acesso em 20 out. 2013.

caracterizam risco à sua saúde e vida (remédios, venenos, introdução de objetos perfurantes, tal qual agulha de tricô), ou procurar uma clínica clandestina que não oferece um mínimo de higiene, segurança ou preparo médico no caso de ocorrerem complicações pós-operatórias.<sup>141</sup>

De outra sorte, as mulheres que detêm situação financeira confortável podem escolher fazer o procedimento no Brasil, em clínicas clandestinas bem aparelhadas e de endereços conhecidos<sup>142</sup>, ou, ainda, em outro país no qual o aborto seja legalizado, ficando assim protegidas pelo manto do princípio da extraterritorialidade segundo o qual a lei penal do Brasil só pode ser aplicada ao brasileiro que cometeu crime em outro país quando o fato também for punível naquele onde foi praticado.<sup>143</sup>

Destarte, conforme assevera Garcia,

somente aquelas mulheres sem proeminente situação aquisitiva ficariam impossibilitadas de abortar, o que termina por demonstrar que está sendo ferido um dos Princípios Fundamentais, ou melhor, um dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil constante no art. 3º, da CF/88, o qual assevera que deve “promover o bem de todos sem preconceitos [...] e quaisquer outras formas de discriminação”.<sup>144</sup>

Igualmente se posiciona Castro, consoante o qual,

a criminalização do aborto, longe de servir a causas socialmente meritórias, presta-se mais a reproduzir e aprofundar, num contexto humano de incomparável dramaticidade, as agudas diferenças sociais e econômicas que grassam nas paisagens do terceiro mundo. Sim, porque as mulheres de alta classe média e dos estamentos superiores encontram no bem assistido planejamento familiar, na abundância dos anticoncepcionais, nos exames ginecológicos regulares e até mesmo no aborto classista e profissional as soluções para comporem as consequências do sadio exercício da liberdade do ser e do corpo humano.<sup>145</sup>

#### 4.4.3 Proteção do Direito à Autonomia Sexual e Reprodutiva

De acordo com Piovesan, doutora em direitos humanos e constitucional, desde a Declaração Universal de 1948, “a agenda de proteção dos direitos humanos foi,

<sup>141</sup> CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=745>> Acesso em 20 out. 2013 às 21h24.

<sup>142</sup> HEINBORN, Maria Luiza *apud* CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=745>> Acesso em 20 out. 2013 às 21h24.

<sup>143</sup> Código Penal Brasileiro, artigo 7º, inciso II, §2º, alínea b.

<sup>144</sup> GARCIA, Daniel Melo. **Em Defesa da Desjurisdicionalização e Descaracterização do Aborto como Prática Delitiva**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10389](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10389)> Acesso em 11 ago. 2013 às 19h54.

<sup>145</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 45.

gradativamente, ampliando-se e incorporando novos direitos, sob a perspectiva de gênero”<sup>146</sup>, exatamente conforme leciona a doutrina de Norberto Bobbio, a qual defende que “os direitos do homem constituem uma classe variável, cujo elenco modifica-se continuamente com a alteração das condições históricas determinantes”.<sup>147</sup>

Portanto, com o passar do tempo, percebeu-se que seria insuficiente, para a garantia do gozo dos referidos direitos, que todos os indivíduos fossem tratados da mesma forma, sem qualquer distinção, inclusive de sexo, pois “determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada”.<sup>148</sup>

Comungando deste novo posicionamento, as Nações Unidas, em 1979, aprovaram a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, a qual previa em seu artigo 1º que significa discriminação contra a mulher,

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>149</sup>

Neste ínterim, leciona a autora, com a ratificação do tratado pelos Estados-membros das Nações Unidas, aqueles se comprometeram a por fim a toda e qualquer forma de discriminação entre gêneros, incluindo o gozo do direito à autonomia sexual e reprodutiva, que passou a elencar o rol dos direitos humanos. Entretanto, para Piavesan, isso não garante às mulheres o efetivo gozo do referido direito, pois ainda

há que se enfrentar a cultura que, permeada por elementos de cunho cultural, moral e religioso (vide a forte influência da Igreja católica no país), resiste em aceitar os direitos reprodutivos como direitos, insistindo na ideia de deveres reprodutivos e não de direitos reprodutivos.

<sup>146</sup> PIAVESAN, Flavia. **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. Disponível em <[http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISy1758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc](http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISy1758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc)> Acesso em 20 out. 2013 às 22h15.

<sup>147</sup> AMARAL, Sérgio Tibiriçá e OLIVEIRA, Andressa Miguel Galindo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Saúde**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1603/1517>> Acesso em: 25 out. 2013 às 15h37.

<sup>148</sup> PIAVESAN, Flavia. **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISy1758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc](http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISy1758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc)> Acesso em 20 out. 2013 às 22h15.

<sup>149</sup> TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>> Acesso em 20 out. 2013 às 23h14.

Portanto, continua a doutora,

faz-se emergencial promover avanços normativos que incluam e garantam, efetivamente, o exercício – e não o controle – da sexualidade e reprodução, na perspectiva de gênero, em todos os âmbitos da produção legiferante no país.<sup>150</sup>

Segundo Peixoto, o centro de interesse e defesa dos direitos sexuais e reprodutivos se caracteriza na liberdade de reprodução, ou seja, trata-se da liberdade que deve ser gozada por homens e mulheres, especialmente por estas, de decidir se desejam ou não ter filhos. Trata-se, portanto, do “livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva, sem qualquer ação do Estado no sentido de coerção à mesma”.<sup>151</sup>

Importante ressaltar, outrossim, que a garantia aos direitos sexuais e reprodutivos envolve, além da vertente anteriormente apresentada, da liberdade e autonomia individual em decidir acerca da reprodução, uma outra que demanda uma ação governamental na efetivação do gozo de tais direitos, assegurando o acesso à informação acerca da concepção e da contracepção, um parto seguro e planejado de acordo com os interesses da mulher e, igualmente, o aborto.<sup>152</sup>

Do mesmo modo entende Emmerick, o qual afirma que

os direitos sexuais e direitos reprodutivos, pelas suas especificidades e pela forma como foram construídos, demandam um conjunto de direitos básicos, relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Ao mesmo tempo, tais direitos compreendem o acesso aos serviços de saúde que assegurem informação e educação sobre saúde sexual, saúde reprodutiva, planejamento familiar, bem como o fornecimento dos meios anticonceptivos, de forma a garantir a liberdade procriativa e sexual, isto é, garantir o exercício da sexualidade e da reprodução sem riscos para a saúde.<sup>153</sup>

Para Sarmento é evidente que o exercício do direito à autonomia reprodutiva, “o qual tem fundamento constitucional nos direitos à liberdade e privacidade”<sup>154</sup>, inclui o direito da mulher de decidir acerca da realização de um aborto voluntário. Contudo, resta claro, conforme discutido anteriormente neste trabalho, que aquele direito não está revestido de

<sup>150</sup> PIAVESAN, Flavia. **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc](http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc)> Acesso em 20 out. 2013 às 22h15.

<sup>151</sup> PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **Direito Sexuais e Reprodutivos: Análise da Legislação Comparada dos Países do Mercosul**. Revista ESMARN – Mossoró – v. 8, n. 1, p. 137 – 158 – jan/jun 2008. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/22](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/22)> Acesso em 20 out. 2013 às 21h10.

<sup>152</sup> PIAVESAN, Flavia. Acesso em 20/10/2013 às 22h15.

<sup>153</sup> EMMERICK, Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007.

<sup>154</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 44.

caráter absoluto, e, portanto, faz-se necessário o sopesamento dos direitos fundamentais que são garantidos, em sede constitucional, tanto a gestante quanto ao feto, analisados caso a caso.

O que não se deve admitir, segundo o autor, é que se mantenha a postura adotada pelo legislador do Código Penal de 1940 ao tratar do aborto, o qual optou por negligenciar “um dos componentes desta equação”, ou seja, desprezou o direito à autonomia reprodutiva, decidindo pelo caráter absoluto do direito à vida do nascituro.

É compreensível o posicionamento patrocinado pelo legislador penalista considerando o período histórico em que o Código entrou em vigência – “no contexto de uma sociedade profundamente machista, e num momento político autoritário, em que a liberdade não era devidamente prezada”.<sup>155</sup>

Porém, o que Sarmiento questiona é o fato deste posicionamento ainda ser reverenciado nos dias atuais. Para o autor, trata-se da “manutenção da mesma equação legislativa em pleno século XXI, num cenário axiológico absolutamente diverso, e sob a égide de uma Constituição que entroniza a liberdade como um dos seus valores máximos”.<sup>156</sup>

#### 4.4.4 Proteção do Direito à Saúde

De acordo com Sarmiento, existe um forte vínculo entre o direito à saúde e o direito à autonomia reprodutiva. Isto porque os direitos reprodutivos, além de significar o “livre exercício da sexualidade e reprodução humana”<sup>157</sup>, abrangem também “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde”.<sup>158</sup>

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde em seus artigos 6º, que o caracteriza como um direito social fundamental, e 196, o qual preleciona que

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 cesso igualitário universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>159</sup>

<sup>155</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 35.

<sup>156</sup> Id, Ibid. P. 36.

<sup>157</sup> PIOVESAN, Flávia e PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti *apud* SARMENTO, Daniel. 2005. P. 38.

<sup>158</sup> Id, Ibid. P. 38.

<sup>159</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 196.



Entretanto, Sarmento ressalta a existência de controvérsias acerca do limite do que pode ser exigido do Estado, inclusive pelas vias judiciais, no que se refere às prestações positivas relacionadas à saúde. A discussão gira em torno não só “em razão da vagueza do enunciado constitucional que consagra o direito”<sup>160</sup>, mas, principalmente, pelo elevado custo financeiro que as prestações materiais ligadas à saúde possuem, que, somado a “um quadro de escassez de recursos”<sup>161</sup>, exige o enfrentamento do tema “reserva do possível”.

Leciona Barcellos, que

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direito.<sup>162</sup>

Segundo Fernandes<sup>163</sup> a chamada “Teoria da Reserva do Possível” é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. Logo, de acordo com a teoria, a concretização dos direitos sociais encontra limites não só na razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, como também na existência de disponibilidade financeira do Estado.<sup>164</sup>

Em contrapartida à reserva do possível, existe a Teoria do Mínimo Existencial, a qual preceitua não poder o Estado eximir-se de prestar suas obrigações a contento, devendo garantir o mínimo necessário a produzir a eficácia da aludida norma constitucional, sob pena de lesão, não só aos Direitos sociais, mas também à dignidade da pessoa humana.<sup>165</sup>

Nas palavras de Solla,

por mínimo existencial, deve-se entender direitos essenciais, imprescindíveis ao ser humano. Em outras palavras, refere-se àquele grupo de direitos sociais (dentre eles o

<sup>160</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 36.

<sup>161</sup> Id, Ibid. P. 37.

<sup>162</sup> BARCELLOS, Ana Paula apud HERREA, Luiz Henrique Martim e MACHADO, Edinilson Donisete. **O Mínimo Existencial E A Reserva Do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora De Um Substancialismo Mitigado**. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em 25 out. 2013 às 18h19.

<sup>163</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Editora Jus Podium, 2013.

<sup>164</sup> TAVEIRA BERNARDES, Juliano; VIANNA ALVES FERREIRA, Olavo Augusto. **Direito Constitucional**. Bahia: Editora Jus Podium, 2012.

<sup>165</sup> HERREA, Luiz Henrique Martim e MACHADO, Edinilson Donisete. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora De Um Substancialismo Mitigado**. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em 25 out. 2013 às 18h19.

direito à saúde) imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é, mais que uma necessidade, um imperativo.<sup>166</sup>

No mesmo sentido se posiciona Barcellos ao expor que

a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá leva-la em consideração ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente ao recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>167</sup>

Portanto, ainda que o Estado não possua recursos financeiros suficientes para atender a todas as necessidades de seus administrados, existe um conjunto de prestações materiais que o Poder Público não pode se eximir de garantir por se tratarem de serviços básicos e essenciais à manutenção da vida de uma forma digna. É o caso da saúde, que ao ser tratado como direito fundamental, deve abranger, conforme salienta Sarmiento um conceito “bastante amplo e compreensivo”<sup>168</sup>, tal qual a definição que adota a Organização Mundial da Saúde, segundo a qual “saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.<sup>169</sup>

Sarmiento ainda ressalta que o direito à saúde não é exclusivamente positivo ou negativo, desempenhando ambas as funções. De um lado apresenta uma dimensão positiva, prestacional, a qual “impõe ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, bem como fornecer

<sup>166</sup> SOLLA, Paulo Ramon da Silva apud ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12762](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762)>. Acesso em 23 set. de 2013.

<sup>167</sup> BARCELLOS, Ana Paula apud MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e o Impacto na Saúde da Mulher**. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o\\_aborto\\_impacto.pdf?sequence=6](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6)> Acesso em: 01 set. 2013 às 20h40.

<sup>168</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 37.

<sup>169</sup> Preâmbulo do Ato Fundador da Organização Mundial da Saúde apud SARMENTO, Daniel. 2005. P. 37

prestações materiais aos cidadãos correlacionadas à saúde, tais como medicamentos”.<sup>170</sup> Por outro lado, a dimensão negativa do direito ora tratado está relacionada com o fato do mesmo agir como uma barreira que impeça que atos de terceiros, ou mesmo do próprio Estado, possam por em risco a saúde do titular de tal direito.

No caso do aborto, o aspecto defensivo do direito à saúde deve se fazer presente quando o Estado proíbe sua prática sob prenúncio de sanção penal. Para o autor, principalmente nos casos que envolvem riscos à saúde física ou mental da gestante, resta clara lesão ao direito à saúde da mulher, ofensa que deve ser de pronto estagnada. Já o aspecto positivo do direito em questão deve emergir para exigir do Poder Público prestações materiais que garantam às mulheres que optam por interromper a gravidez um tratamento humano e seguro, pois “seria insuficiente apenas remover a interdição legal ao aborto para eliminação dos riscos envolvidos na realização de procedimentos clandestinos”.<sup>171</sup>

De acordo com Sarmiento,

não pode o Estado ignorar a realidade de que a legislação penal é absolutamente ineficaz no que tange à prevenção do aborto e proteção à vida pré-natal, e produz como consequência inexorável a exposição a riscos graves e desnecessários da vida de multidões de mulheres, integrantes sobretudo dos extratos sociais mais baixos.<sup>172</sup>

Para o autor, a ineficácia da criminalização do aborto como meio de frustrar tal prática está provada em números. A Rede Feminista de Saúde realizou uma pesquisa que tomou como base o número de procedimentos de curetagem pós-aborto que foram realizados anualmente pelo SUS e chegou à conclusão de que entre os anos de 1999 e 2002, foram realizados entre 705.600 e 1.008.000 abortos clandestinos no Brasil.<sup>173</sup>

Logo, esses números demonstram que apesar da previsão de sanção penal, se uma mulher desejar interromper uma gestação, ela buscará meios de fazê-lo, ainda que esteja colocando em risco sua própria vida. “A proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata muitas mulheres e impõe graves sequelas a outras tantas”<sup>174</sup>, o que faz Sarmiento propor que o aborto seja tratado como uma questão de saúde pública e não particular de cada mulher gestante.

---

<sup>170</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 37

<sup>171</sup> Id, Ibid. P. 38.

<sup>172</sup> Id, Ibid. P. 39.

<sup>173</sup> Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis *apud* SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01set.2013 às 16:00. P. 39

<sup>174</sup> SARMENTO, Daniel. 2005. P. 40.

#### 4.4.5 A Posição dos Conselhos Brasileiros de Medicina

Durante o I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina 2013, por maioria de votos entre o Conselho Federal (CFM) e os 27 Conselhos Regionais (CRM), foi adotada a posição de apoio ao movimento social que demanda pela ampliação das hipóteses de excludentes de ilicitudes penais em caso de interrupção voluntária da gravidez, passando a abranger as seguintes:

a) quando houver risco à vida ou à saúde da gestante; b) se a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; c) se for comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos; e d) se por vontade da gestante até a 12<sup>o</sup> semana de gestação.<sup>175</sup>

De acordo com Roberto Luiz d'Avila, presidente do CFM, a posição adotada pelos Conselhos não significa repúdio à proteção Constitucional do direito à vida, mas um ato de respeito “a autonomia da mulher que, até a 12<sup>a</sup> semana, já tomou a decisão de praticar a interrupção da gravidez” e, também, de respeito ao princípio da justiça, “já que as mulheres de classe média e alta conseguem interromper suas gravidezes com segurança, enquanto as pobres se arriscam e sofrem as consequências de abortos mal feitos”.<sup>176</sup>

Esclarece Roberto Luiz d'Avila, que não se trata de apoiar a adoção do aborto como método contraceptivo, nem, tampouco, de desrespeito ao direito fundamental à vida, mas sim uma questão de respeito ao direito, também fundamental, à autonomia da vontade da mulher que deseja interromper sua gestação, desde que até a 12<sup>a</sup> semana dessa. Segundo o presidente do CFM, esse limite foi traçado levando em consideração o aumento do risco à saúde da mulher quando aquele é ultrapassado, além de que, após o referido limite, o sistema nervoso central do feto já estará formado.

Porém, enfatizou o presidente, enquanto a sociedade brasileira, por meio do Poder Legislativo, não decidir acerca da descriminalização do aborto nas hipóteses mencionadas, “o CFM continuará a julgar os médicos que praticam o ato”.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-fa...](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-fa...)> Acesso em 22 nov. 2013 às 13h17.

<sup>176</sup> Id, Ibid.

<sup>177</sup> Id, Ibid.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho monográfico analisou, durante os três capítulos apresentados, a discussão acerca da possível legalização do aborto voluntário com base na ponderação entre direitos fundamentais que gozam de garantia constitucional. Ficou demonstrada, através da leitura de legislações comparadas, a atual tendência de descriminalização do delito de aborto em respeito ao direito à privacidade e à autonomia reprodutiva, entre outros, da mulher. É importante ressaltar que as legislações aqui tratadas são aquelas de países com forte tradição em direito constitucional e que garantem aos direitos fundamentais uma posição de destaque na ordem jurídica, além de uma proteção particular.

Não se pode negar que todas essas legislações reconhecem, e não haveria como ser diferente, estatura constitucional na relevância da preservação da vida intrauterina, a qual se fortalece conforme a gravidez evolui. Dessa forma, apesar das inúmeras discussões das legislações estrangeiras estudadas, a posição majoritária entendeu pela legitimação do aborto voluntário, desde que praticado dentro dos três primeiros meses de gestação, haja vista a medicina atual afirmar ser um procedimento indolor, pois o sistema nervoso do nascituro ainda não se encontra desenvolvido.

Apesar disso, a presente pesquisa não se afastou do estudo da ordem constitucional brasileira, que considera o aborto um crime, independente do período gestacional em que seja realizado. Esse posicionamento, contudo, admite duas excludentes, quais sejam: a impossibilidade de salvar a vida materna de outra maneira e quando a gravidez é proveniente de estupro. Por outro lado, a Carta Magna consagra a custódia de direitos fundamentais da mulher relacionados à sua saúde e autonomia reprodutiva, o que, de certa forma, não exclui por completo a possibilidade de legalização da realização do aborto.

De modo que a pesquisa implementada defendeu que assim como a vida intrauterina, os direitos fundamentais à saúde, à igualdade, à autonomia reprodutiva e à privacidade da mulher são interesses dignos de proteção constitucional. Em outras palavras, o legislador originário não estabeleceu hierarquia entre os direitos constitucionais ora abordados. Em sentido contrário, o antiquado Código Penal de 1940, visto que promulgado numa realidade histórica marcada pelo conservadorismo, não sopesou adequadamente os respectivos bens jurídicos, pois não atribuiu peso algum aos direitos fundamentais da gestante.

Nesse contexto, o presente trabalho monográfico conclui pela razoabilidade da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da solução acolhida pelas legislações comparadas aqui

estudadas, qual seja, a descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Ao adotar tal posicionamento, entende-se que não haveria macula aos ditames constitucionais, pelo contrario, estar-se-ia incentivando seus princípios e valores, dentre eles a proteção a dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário, um fato se evidencia. A legislação vigente, em vez de servir para impedir a realização de abortos, no Brasil, é mais um elemento para sua realização ilícita. A lei penal, elemento de serventia para prevenir o crime, nas situações específicas e concernentes ao aborto, tem produzido muito mais um efeito contrário, colocando-se em perigo a vida da mulher, bem jurídico maior, sem proteger a manutenção da vida pré-natal.

Devemos nos insurgir contra todo e qualquer texto legal, inclusive aquele principiológico, para afastar essa regra de proibição de um ato que, à evidencia, não pode ser criminalizado. Não se venha aqui falar numa suposta violação da moral, pois o conceito de moral é relativizado a todo instante e não pode servir como diretriz para a proibição do aborto.

Deve existir uma compatibilização entre a proteção ao nascituro e aos direitos da mulher. Não deve haver uma exclusão de um direito em detrimento de outro, por mais significativo e relevante que esse direito possa ser considerado. Uma coisa é certa, a discussão para a descriminalização do aborto é palco aberto para discussões e deve estar sempre na pauta do dia.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Sérgio Tibiriçá e OLIVEIRA, Andressa Miguel Galindo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Saúde**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1603/1517>> Acesso em: 25 out 2013 às 15h37.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 out. 2013 às 09h37.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2 – Parte Especial. Dos Crimes Contra as Pessoas**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Presidência, 1940.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Rio de Janeiro, 1830.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume 2. **Dos Crimes Contra as Pessoas a Dos Crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=745>> Acesso em 20 out. 2013 às 21h24.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e Métodos do Aborto Ilegal em Cinco Capitais Brasileiras. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em 20 out. 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the Majoritarian Premise**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronaldo. **O domínio da Vida: o Aborto, a Eutanásia e Liberdades Individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

G1. <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em 13/ nov.2013 às 14h55.

GARCIA, Emerson. Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha. Disponível em <[https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao\\_Garcia.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133/prote%C3%A7ao%20e%20inser%C3%A7ao_Garcia.pdf?sequence=1)>. Acesso em 15 out. 2013 às 23h57.

HERREA, Luiz Henrique Martim e MACHADO, Edinilson Donisete. **O Mínimo Existencial E A Reserva Do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora De Um Substancialismo Mitigado**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em 25 out. 2013 às 18h19.

JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Forense, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto Editores, 1996.

MATOS, Maurílio Castro de. **A Criminalização do Aborto em Questão**. São Paulo: Almedina, 2010.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e o Impacto na Saúde da Mulher**. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o\\_aborto\\_impacto.pdf?sequence=6](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6)> Acesso em 01 set. 2013 às 20h40.

NAHRA, Cinara Maria Leite. **Uma Defesa Moral do Aborto**. Disponível em: <<http://www.principios.cchla.ufrn.br/arquivos/04P-72-85.pdf>> Acesso em 19 set. 2013.

Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes. Em <<https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/c145r92oz79gi30fssc1/3-norma-tecnica-jose-serra-versao-1998.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2013 às 13h48.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Direito Sexuais e Reprodutivos: Análise da Legislação Comparada dos Países do Mercosul. Revista ESMARN – Mossoró – v. 8, n. 1, p. 137 – 158 – jan/jun 2008. Em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/22](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/22)> Acesso em 20 out. 2013 às 21h10.

PIAVESAN, Flavia. **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. Disponível em <[http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc](http://www.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc)> Acesso em 20 out. 2013 às 22h15.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.



SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01 set. 2013 às 16:00.

SILVA, Ranilson Alves. **Entenda Por Que o Estado Brasileiro Ainda não é Laico**. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/05/estado-brasileiro-nao-e-laico.html>>. Acesso em 20 set. 2013.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>> Acesso em 20 out. 2013 às 23h14.

OBSERVATÓRIO DA MULHER. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1141&Itemid=57](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=1141&Itemid=57)>. Acesso em 17 set. 2013 às 11h13.

WIKIPEDIA. **Esparta**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Esparta>>. Acesso em 17 set.2013 às 12h52.

WIKIPEDIA. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento\\_de\\_Hip%C3%B3crates](http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates)>. Acesso em 17 set. 2013 às 09h26.