

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Roberta Barbosa de Moura

**O ABORTO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO:  
UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Niterói

2014

Roberta Barbosa de Moura

**O ABORTO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO:  
UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Orientação: Rodrigo de Souza Costa

Niterói

2014

Roberta Barbosa de Moura

**O ABORTO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO:  
UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Orientação: Rodrigo de Souza Costa

Aprovação em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Rodrigo de Souza Costa (UFF)

---

Daniel Andrés Raizman (UFF)

---

Marcus Fabiano Gonçalves (UFF)

---

Adriana Vidal de Oliveira (PUC-RJ)

---

Thula Rafaela de Oliveira Pires (PUC-RJ)

Niterói

2014

*“Será que uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?”*

(DWORKIN, 2005)

## RESUMO

Trabalharemos aqui aspectos jurídicos e sociais da criminalização do aborto no Brasil, abordando a ineficácia da norma proibitiva – já que ela não atinge o fim a que se propõe, qual seja, evitar os eventos –, seu efeito discriminatório – já que promove uma desigualdade de gêneros, atinge mulheres pobres e ricas de forma desigual, e, ainda, adota e impõe à coletividade a moral de um grupo, ferindo de morte o princípio da igualdade –, além de sua incompatibilidade com esse e outros diversos preceitos constitucionais, defendendo, assim, a necessidade e urgência da descriminalização. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer definição sobre o início da vida ou da personalidade jurídica do indivíduo como sendo o momento da concepção, de modo que a legalização do aborto é perfeitamente viável no país. Além disso, dados mostram que as mulheres que querem abortar não deixam de fazê-lo por ser crime, mas são obrigadas a procurar assistência médica na clandestinidade por esta razão. As ricas podem pagar por serviços seguros, as pobres não. E, por isso, enfrentam todo tipo de complicação, muitas vezes morrendo à míngua por medo de buscarem ajuda na rede pública de saúde para se tratarem e acabarem sendo denunciadas e presas – o que viola, no mínimo, seu direito à vida, à saúde e à dignidade, sem falar no direito ao planejamento familiar, além, é claro, de sua autonomia da vontade e liberdade de crença e pensamento, já que o argumento de que há vida desde a concepção é religioso –. Não nos esqueçamos de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito pluralista e laico, e deve agir como tal. Para provar este ponto, utilizaremos, primordialmente, as doutrinas de Ronald Dworkin (sobre a igualdade como tratamento de todos com mesmo respeito e consideração), Jeremy Waldron (sobre o desacordo moral razoável), Hans Kelsen (sobre a separação do Direito e moral), Tércio Sampaio (sobre a institucionalização das normas), e, finalmente, John Rawls (sobre a justiça como equidade).

**Palavras-chave:** Legalização do aborto, democracia, igualdade, dignidade da pessoa humana, desacordo moral razoável.

## **ABSTRACT**

We will work here legal and social aspects of the criminalization of abortion in Brazil, approaching the ineffectiveness of the prohibitive standard – since it doesn't reach the function it proposes, which is to prevent the events – and its discriminatory effect – since it promotes gender inequality, affects poor and rich women unevenly, and also adopts the morale of a group and imposes it to the collectivity, injuring to death the principle of equality –, beyond its incompatibility with this and many other constitutional provisions, defending, thus, the necessity and urgency of decriminalization. In the Brazilian legal system, there is no definition of the beginning of life or the legal personality of the individual as the moment of conception, then the legalization of abortion is perfectly viable here. Besides, data show that women who want to abort do not stop doing it because of it is a crime, but are forced to seek medical care in clandestinity for this reason. The rich can pay for safe services, but not the poor. And so, the last ones face all kinds of complications, often dying alone because of the fear to seek help of the public health system to treat and end up being denounced and arrested – which violates at least their right to life, health and dignity, not to mention the right to family planning, and, of course, their freedom of choice, belief and thought, since the argument that there is life from the conception is religious –. Let us not forget that Brazil is a democratic state of law pluralist and secular, and should act as such. To prove this point, we will use, mostly, the doctrines of Ronald Dworkin (about equality as treatment of all people with the same respect and consideration), Jeremy Waldron (about the reasonable moral disagreement), Hans Kelsen (about the separation of law and moral), Tercio Sampaio (about the institutionalization of norms), and, finally, John Rawls (about justice as fairness).

**Keywords:** Abortion legalization, democracy, equality, human dignity, reasonable moral disagreement.

## SUMÁRIO

<u>Introdução</u>	<u>07</u>
<u>1 – ABORTO: ASPECTOS PRÁTICOS E TEÓRICOS</u>	<u>15</u>
<u>1.1 – Dados sobre o aborto no Brasil e no mundo e suas repercussões</u>	<u>15</u>
<u>1.2 – Argumentos pró e contra a criminalização</u>	<u>59</u>
<u>2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DO ABORTO</u>	<u>95</u>
<u>2.1 – Princípios invocados pelos defensores da criminalização</u>	<u>95</u>
<u>2.2 – Princípios invocados pelos defensores da descriminalização</u>	<u>102</u>
<u>3 – A POSTURA DO STF NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS PERTINENTES</u>	<u>202</u>
<u>3.1 – A decisão da ADI 3510 (sobre pesquisas com células-tronco embrionárias)</u>	<u>206</u>
<u>3.2 – A decisão na ADPF 54 (sobre abortos de anencéfalos)</u>	<u>227</u>
<u>Conclusão</u>	<u>280</u>
<u>Referências Bibliográficas</u>	<u>290</u>

## INTRODUÇÃO

*A controvérsia sobre se seria correto ou não abortar; ou em quais situações seria esta prática moralmente justificada, suscita a elaboração de argumentos das mais diferentes ordens. O fato de o aborto ser considerado crime, no Brasil, leva o tema para o âmbito das discussões políticas. É nesse âmbito que os atores sociais confrontam-se na disputa pela defesa de suas posições morais. Os que lutam pela legalização e descriminalização enfrentam os mais conservadores, que pleiteiam a manutenção do tratamento do aborto como crime e, muitas vezes, até o retrocesso da legislação, desconsiderando os permissivos do Código Penal que considera legal o aborto em casos de estupro e risco de vida da gestante. Diferentes aspectos estão envolvidos nessa controvérsia: o estatuto do feto; o direito da mulher de decidir livremente pelo aborto; a valorização da vida do feto e a consequente tutela do Estado; a valorização da vida da mulher e a garantia de assistência à sua saúde como dever do governo, o tratamento de questões supostamente laicas por um Estado que ainda sofre influências ideológicas da Igreja Católica, etc. [grifo nosso] (RIBEIRO, F., 2008, p. 1)*

Para nós, é bastante claro que a proibição legal ao aborto<sup>1</sup>, hoje, no Brasil, além de ser pouco ou nada útil quanto a coibir a prática do ato, gera um mal maior do que intenta evitar, já que o fato de se tratar de um crime dificilmente salva os filhos, mas, não poucas vezes, condena as mães, violando diversas garantias previstas no texto constitucional (como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à autonomia, à igualdade – já que a norma criminalizadora atinge diferentemente homens e mulheres, mulheres pobres e ricas, e, ainda, trata aqueles que não adotam a moral abraçada pela lei com menos respeito e consideração que os demais –, à liberdade de crença – já que a referida moral que a lei abraçou é, sem dúvidas, uma moral religiosa, o que compromete a laicidade do Estado –, além, é claro, do direito ao planejamento familiar, uma inovação trazida pela Constituição cidadã). Daí ser possível dizer que os dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido são incongruentes com a Ordem Constitucional inaugurada pela Carta de 1988, não tendo sido, portanto, recepcionados por ela, de onde se conclui que a descriminalização é passível de ser feita sem, sequer, demandar reforma constitucional (pelo contrário, se faz necessária para que haja uma correta aplicação dos seus preceitos).

---

<sup>1</sup> Tratamos aqui, é claro, do aborto provocado, e não do aborto espontâneo. A palavra “aborto”, portanto, será usada significando “aborto voluntário”.

Também, considerando a definição do início da personalidade civil como o momento do nascimento com vida, constante do nosso Código Civil, assim como a definição de morte como o momento da cessação da atividade cerebral do indivíduo, constante de nossa Lei de Transplantes, o que se tem é que, numa interpretação sistemática do Ordenamento pátrio, ainda que os arts. 124 e 126 do Código Penal não sejam revistos em razão de sua inconstitucionalidade, não podem ser considerados aplicáveis aos embriões até a 12ª semana de gravidez. Isto porque, pelo disposto no Código Civil, se vê que não foi adotada, no Brasil, a teoria concepcionista da personalidade, logo não se pode considerar o feto um sujeito de direitos; e, do mesmo modo, definindo-se “vida” pelo nosso conceito legal de morte, determinado pela Lei de Transplantes, ela somente se inicia, para o Direito, com o advento do cérebro, que ocorre neste momento da gestação. Assim sendo, até este marco, a proibição ao ato se constitui uma violação injusta à autonomia da vontade da mulher, já que não há outrem cujos direitos tutelar em sentido contrário, sobretudo em se tratando de um Estado laico, supostamente respeitador da liberdade de crença<sup>2</sup>, uma vez que o argumento de que a vida humana se inicia na concepção é um argumento religioso, não chancelado pela Ciência – logo, não defensável em termos de razão pública, e, por isso mesmo, indevido num Estado de Direito pluralista e democrático –, além do que a adoção da moral de um grupo pela lei, seja ela religiosa ou não, fere o princípio da igualdade entre os cidadãos, já que aqueles que não a adotam se sentirão tratados com menos respeito e consideração.

*Ser “contra” o aborto não é, necessariamente, ser “a favor” de sua definição legal como delito. O exercício do Poder Legislativo de seleção de condutas que deverão constituir crime não se confunde com o poder de impor convicções éticas, religiosas ou morais. Se o princípio da legalidade não se satisfaz com a mera obediência de ordem formal, é inegável a existência de um conteúdo normativo que necessita de aprovação social como condição de legitimidade do Direito. Não é legítimo um Direito que contraria a realidade social dos fatos e se mostra incapaz de afetar o resultado a que se propõe impedir. Ao proibicionismo não se pode atribuir eficácia no sentido da redução do aborto. É, isto sim, responsável, em parte, pelo aumento do índice*

---

<sup>2</sup> “Nunca é demais refletir que religião e Estado, na perspectiva moderna, são espaços diferentes. Faz parte da modernidade lutar pela separação entre Estado e religião. No Brasil, em termo do ordenamento legal, o Estado é laico. E isso faz sentido, uma vez que nesta nação – e provavelmente em todas – moram e contribuem por meio de impostos pessoas com diferentes credos e, também, sem nenhum. Além disso, vivem aqui muitos que não acreditam em Deus, os ateus. Todas essas pessoas também fazem parte do país e ajudam a construí-lo. Não merecem ser discriminadas por isso. Ter uma religião é uma escolha e isso deve ser respeitado por quem a tem e por quem não a tem. O Estado é o espaço de muitos, por isso não pode ser guiado por valores que se originam na religião. O Estado deveria ser o espaço de representação e disputa dos diferentes interesses postos na sociedade, pautado na perspectiva da razão emancipatória” (MATOS, 2010, p. 59).

*de criminalidade e, sobretudo, pela morte de mulheres pobres que não podem pagar por serviços médicos particulares (é a terceira causa de mortalidade entre a população feminina). Quando a incriminação de um comportamento deixa de corresponder à opinião de uma grande massa de cidadãos, desaparece a justificativa democrática para manutenção da lei. [grifos nossos] (RAMOS, 2008)*

Demonstraremos, ainda, que, muito embora, ao se tratar de direitos, não se dever partir de argumentos utilitaristas, a experiência internacional mostra que, ao contrário do que se possa pensar, a descriminalização não aumenta, mas diminui a incidência de abortos, o que coloca em xeque a conveniência da manutenção da criminalização para este fim, que é, supostamente, o fim para o qual surgiu (acreditamos haver, também, um fim oculto de “educação” moral, que é o que mais dificulta o debate sobre a revisão de nossa lei penal a esse respeito). Além disso, mesmo em se tratando de um crime – o que dificulta a coleta de dados –, os números (ainda que coletados nessas circunstâncias) mostram que os abortos inseguros estão entre as principais causas de mortalidade materna<sup>3</sup>, não só no Brasil, mas em diversos outros países que ainda criminalizam a conduta<sup>4</sup>, gerando um problema de grande vulto no âmbito da saúde pública, que precisa ser encarado.

De mais a mais, por qualquer razão que se convença de que a necessidade de legalizar o aborto é premente, quer seja para salvar as mães, quer seja para salvar os fetos, demonstraremos que, não só a legalização já é viável socialmente (vê-se pela frequência do ato na sociedade que se trata de uma conduta tolerada), como é viável constitucionalmente (já que, como dito, a criminalização viola diversos princípios constitucionais). Fazendo minhas as palavras de Roberto LOREA (2006, p.

<sup>3</sup> “‘Mortalidade materna’ se define como a morte de uma mulher durante o período da gravidez e até 42 dias após o aborto, devido a causas relacionadas ao seu estado ou agravada pela gestação. Estimava-se que em torno de 585 mil mulheres morrem a cada ano no mundo nessa categoria de mortes maternas, e que em torno de 13% dessas mortes são resultado de abortamentos inseguros (World Health Organization. *Unsafe Abortion. Global and regional estimates of incidence of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data. Division of Reproductive Health (Technical Support). WHO. 3rd Edition, Geneva, 1997*)” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 75). “A mortalidade materna é dada como um marcador de qualidade da gestão da saúde de um país, e reflete não só a qualidade de assistência à saúde da mulher, como à população como um todo (LAURENTI et. al.)” (SANTIAGO In: MAIA, 2008, p. 30).

<sup>4</sup> “A deficiência dos dados sobre o aborto é facilmente compreensível nos países onde o aborto é ilegal, uma vez que o registro pode levar a consequências graves tanto para a mulher quanto para a pessoa que realizou o procedimento. Nesses países, não existem estatísticas oficiais e as estimativas de incidência de aborto se baseiam principalmente no número de mulheres com complicações de aborto que são internadas nos hospitais, ou seja, aquelas que são tratadas pelo sistema público de saúde. Em muitos países, porém, as estatísticas de complicações de aborto não incluem as mulheres tratadas no setor privado (...). Outra fonte de informação são os estudos realizados através de entrevista de amostras representativas da população, embora se saiba que os números obtidos pelo questionamento individual das mulheres sub-represente significativamente os números reais” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 62).

187): *“Numa perspectiva estritamente jurídica, procurarei demonstrar que não há qualquer obstáculo de ordem jurídica à descriminalização do aborto no país, bastando que se desconstrua o mito da proteção jurídica da vida desde a concepção”*.

Dizia Georges Ripert: *“Quando o Direito ignora a sociedade, a sociedade se vingará, ignorando o Direito”*. No entanto, neste caso, não é possível “ignorar” o Direito, simplesmente, e ter com isso o problema resolvido, já que a existência da lei, em seus termos atuais, se desdobra em consequências das mais gravosas, sobretudo para as mulheres pobres, e esta é a razão pela qual não bastaria a declaração de inconstitucionalidade dos artigos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido e, tampouco, a prevalência da interpretação de atipicidade do aborto de embrião até a 12ª semana de gravidez. Para que os direitos da mulher violados pela criminalização deixem de sê-lo, é preciso que ocorra a devida legalização, e com a previsão da prática do ato pelo Sistema Único de Saúde; sem isso, a situação permaneceria, de modo geral, inalterada; as mulheres ricas continuariam exercendo esse direito de forma digna e as pobres de forma indigna<sup>5</sup>. Esta é a razão pela qual defendemos, não apenas a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos ou a atipicidade da conduta até o referido marco da gestação, mas a legalização propriamente dita, seguida pela regulamentação da prática na rede pública de saúde, porque mesmo a legalização, embora necessária, é insuficiente para o combate ao aborto inseguro.

Iniciaremos o trabalho mostrando dados sobre o aborto no Brasil e no mundo e suas repercussões; então, abordaremos os princípios constitucionais apontados como violados pela interrupção voluntária da gravidez, assim como por sua criminalização; e, por fim, trataremos sobre a postura do STF no julgamento de duas ações constitucionais muito pertinentes ao tema, quais sejam, a ADI 3510, sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, e a ADPF 54, sobre o aborto de anencéfalos, para mostrar que muito do dito a respeito das causas aproveita à causa do aborto.

---

<sup>5</sup> *“O que torna um abortamento seguro ou inseguro não é apenas sua legalidade ou ilegalidade. Quando se legaliza o aborto, mas não se constrói uma rede de serviços preparada para o procedimento, ele continua sendo inseguro. Por outro lado, mesmo nos países onde o aborto é ilegal, há serviços clandestinos, dirigidos por profissionais capacitados, que oferecem um procedimento seguro, desde que se possa pagar por ele. Nesse ponto, o que determina o acesso ao aborto seguro é também o poder econômico, o que torna o aborto inseguro uma manifestação de iniquidade social”* (SANTIAGO In: MAIA, 2008, pp. 34-35).

Waldron (2005, p. 346), em sua obra “*Direitos e Desacordos*”<sup>6</sup>, cita Dworkin, que explica:

*Os estadunidenses compreendem melhor a distinção entre a questão de se o aborto é moral ou eticamente permissível, por um lado, e a questão de se o governo tem o direito a proibi-lo, por outro; compreendem melhor também a ideia mais geral e constitucionalmente crucial sobre a qual descansa a distinção: que os indivíduos têm direitos que podem atuar contra a vontade da maioria ou o interesse ou bem coletivos*. [grifos nossos]

Este excerto revela com perfeição aquilo para o que se quer, aqui, chamar atenção: o fato de que a questão de se o aborto é moral ou eticamente permissível é distinta da de se o governo, enquanto representação da maioria, tem o direito de proibi-lo, diante do perfil pluralista da nossa sociedade e democrático do nosso Direito<sup>8</sup>. Por se tratar de uma escolha de cunho moral – universo do qual o Direito não pode e não deve se ocupar – devem ser assegurados às mulheres a possibilidade e o meio de, querendo, exercê-la, ainda que contra a vontade e a aprovação dos demais.

Não se pretende discutir – e, muito menos, responder – a questão sobre quando se dá o início da vida<sup>9</sup>. “*Trata-se de questionamento metafísico-religioso,*

<sup>6</sup> Ainda sem tradução oficial para o português. Trata-se de uma tradução livre do título original: “*Derechos y Desacuerdos*”.

<sup>7</sup> Tradução livre do original: “*Los estadounidenses comprenden mejor la distinción entre la cuestión de si el aborto es moral o éticamente permisible, por un lado, y la cuestión de si el gobierno tiene el derecho a prohibirlo, por el otro; comprenden mejor también la idea más general y constitucionalmente crucial sobre la que descansa la distinción: que los individuos tienen derechos que pueden actuar contra la voluntad de la mayoría o el interés o bien colectivos*”.

<sup>8</sup> A maioria pode errar. A própria Bíblia nos mostra isso, com a passagem de “Cristo-Rei”, em que a multidão escolhe libertar Barrabás, um ladrão, em vez de Jesus, que, à parte de sua divindade, era um homem sem crime (Jó, 18, 28-40). No mesmo sentido, Kelsen adverte em suas obras “*What is justice?*” e “*General theory of law and State*”, citadas por PORCIUNCULA (2009, p. 82): “*O fato [de a] maioria das pessoas acreditar, ou ter acreditado, que o Sol gira em torno da Terra não é, ou não foi, prova da verdade desta ideia. O critério de justiça, assim como o de verdade, não é dependente da frequência com que juízos de realidade ou juízos de valor são feitos. Na história da civilização humana, juízos de valor geralmente aceitos foram frequentemente substituídos por outros juízos de valor bem diferentes e do mesmo modo geralmente aceitos*”.

<sup>9</sup> “*Numa perspectiva biomédica, Marco Segre admite que ninguém pode determinar que a vida começa simplesmente no encontro de gametas, e não antes, ou logo após, como, por arquétipo, quando se inicia a pulsação do coração fetal, ou quando o tecido encefálico já permite ao feto sentir dor: ‘Não se pode precisar o instante do início da vida sendo ela um processo progressivo, que não surge ou se extingue de uma só vez. Quando se apela à ciência para demarcar o início da vida, o que se faz é uma utilização religiosa da observação científica, que apenas pode indicar o momento da mistura de DNAs*” (PORTO, 2009, p. 162; SEGRE In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 54). É no mesmo sentido o entendimento de FAÚNDES e BARZELATTO (2004, p. 50): “*A questão que se levanta em público com frequência é ‘quanto começa a vida humana?’ Essa é a pergunta errada, porque a vida humana é uma continuidade através das gerações. Todos os componentes envolvidos no processo reprodutivo em todos os estágios, a partir dos gametas, são humanos e são vivos. O mais pertinente é definir quando começa a gravidez e quando um novo indivíduo começa a existir dentro do processo reprodutivo. Uma resposta errada comum para a pergunta errada é que a vida começa na concepção*”.

*pouco suscetível a um julgamento razoável em um Estado de Direito pluriconfessiona*<sup>10</sup> (DINIZ apud GARCIA, 2009, p. 132)<sup>11</sup>. Almejamos nos ater à discussão sobre quando se inicia a personalidade jurídica do indivíduo<sup>12</sup>. Para os fins do trabalho, portanto, basta saber que a Constituição Federal brasileira não tutela a vida desde a concepção, tampouco o Código Civil<sup>13</sup> (além do que, se o legislador tivesse interesse em garantir o direito à vida desde a concepção, teria feito isso na Constituição, e não o fez). Daí defendermos a viabilidade constitucional da descriminalização do aborto no Brasil<sup>14</sup>.

*O dilema ético mais difícil está em definir em que estágio de desenvolvimento o feto adquire direitos morais e legais que lhe permitam contrapor ao direito de autodeterminação da mulher. Alguns defendem a total autonomia da mulher sobre seu corpo até o fim da gravidez. Nós acreditamos que essa autonomia não é ilimitada e que atualmente existe um consenso geral de*

<sup>10</sup> “*Também Dworkin admite que a questão de quando se inicia a vida é colocada – mesmo que equivocadamente – como o divisor de águas entre as posições mais conservadoras e as posições mais liberais no debate sobre aborto (DWORKIN, 2009, pp. 41-42). Mas as respostas a esses tipos de perguntas não são fáceis. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que, nos discursos, tanto daqueles que são contra o aborto quanto daqueles que são a favor da descriminalização da conduta, há, corriqueiramente, uma confusão terminológica entre conceitos de ‘pessoa’ e ‘vida’, que não se resume a meros jogos de linguagem, ou reflexões exacerbadamente detalhistas apenas com o objetivo de ‘complicar coisas simples’ (MORI, Maurizio. A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 44)*” (MORAIS, 2007, p. 27).

<sup>11</sup> Citação original: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O Que é Bioética?* 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 69.

<sup>12</sup> “*A discussão de quando se inicia a vida é interminável. Mesmo que a ciência consiga um dia definir esse momento com precisão, os debates não cessarão. Parece óbvio e natural que, a partir do momento em que um óvulo é fecundado por um espermatozoide, uma vida em potencial começa a se desenvolver. Mas que potencial existe caso esse óvulo fertilizado não venha sequer a se fixar no útero? ‘Essa polêmica é infrutífera, pois o aborto sempre existirá, independentemente de qualquer conclusão científica, dogma religioso ou convicção ética. O aborto é acima de tudo uma questão de foro íntimo, uma decisão exclusivamente pessoal da mulher’, teoriza Thomaz Gollop, ginecologista e professor de genética médica da Universidade de São Paulo*” (LOPES, 2007). É no mesmo sentido a lição de Paulo Renato de MELLO (2010, p. 68): “*O feto [é] tão vivo quanto qualquer outro sistema biológico, órgão, tecido e célula dentro de um organismo completo. No entanto, o feto não pode ser concebido como vida humana passível de contrair direitos pelo fato dele ainda estar em processo de desenvolvimento, não sendo ainda uma forma completa de vida, pessoa, sujeito de direitos*”.

<sup>13</sup> “*O Código Civil Brasileiro não traz a definição de pessoa, mas em seu art. 2º esboça o sentido que pretende dar ao termo, quando estabelece que o início da personalidade civil da pessoa, ou seja, a aptidão para se tornar sujeito de direitos e obrigações só começa com o nascimento com vida. Há, portanto, aparentemente, uma distinção entre pessoa e vida no ordenamento jurídico brasileiro, caso contrário, não seria necessário o destaque para o nascimento com vida. Se assim não fosse, haveria uma pessoa desde a concepção, mas não é o que diz o Código que traz em seu texto ‘A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’*” (MORAIS, 2007, pp. 27-28).

<sup>14</sup> Se referindo ao caso *Roe vs. Wade*, julgado pela Suprema Corte americana em 1973, MORAIS (2007, p. 39) afirma: “*Não se manifestar acerca do início da vida pareceu a forma mais inteligente e isenta de uma Corte formada por juristas, não-especialistas em qualquer outra área e não-eleitos para determinar qual posicionamento assumir em nome do povo, decidir uma controvérsia moral*”. Mas, assim como os juristas não têm legitimidade para decidir uma controvérsia moral, tampouco cientistas e, muito menos, legisladores.

*que o infanticídio é inaceitável. Por analogia, é difícil aceitar a morte intencional de um feto que já está quase por nascer ou, ainda que prematuro, que possa sobreviver sem problemas se nascer. A interrupção da gravidez com o sacrifício da vida de um feto que sobreviveria após um parto natural não é aceitável, excluindo-se os casos absolutamente excepcionais, em que não existe outra maneira de salvar a vida da mulher [caso abarcado pela excludente da ilicitude relativa ao estado de necessidade]. (...) Ainda se aceitássemos que a interrupção da gravidez afeta duas pessoas com direitos semelhantes, persiste a questão: qual dos dois deve ter prioridade? [grifo nosso] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 172)*

Se os direitos, quando em conflito, devem ser ponderados, já que não há direito absoluto, que prevaleça todas as vezes, e, assim, torne desnecessário o sopesamento, por que sequer se cogitar que prevaleça, na ponderação, o direito da mulher à autonomia reprodutiva, ao menos até o marco da 12ª semana de gestação, quando se inicia a formação do sistema nervoso central do feto, conferindo-lhe consciência, logo interesses dignos de tutela?

É cediço que a questão de onde começa a vida e, sobretudo, que valor se há de atribuir a ela, é uma questão moral, e numa sociedade em que vige o pluralismo, tratar de questões morais na lei é ainda mais problemático do que seria fazê-lo numa sociedade mais “homogênea”, por assim dizer. Assim, neste contexto, o Direito deve regular o mínimo, pois seu império depende de que se baseie no consenso. *“As posições assumidas acerca do tema dependem de conceitos e opiniões morais que, apesar de não serem incompreensíveis, inevitavelmente estabelecem controvérsias morais impossíveis de serem resolvidas pela argumentação racional”* (MORAIS, 2007, pp. 4-5), e esta é a razão pela qual adotamos a teoria do desacordo moral razoável<sup>15</sup>. Em se tratando de uma sociedade plural, cujo Direito se pretenda

<sup>15</sup> É possível dizer que este entendimento também foi adotado quando do julgamento do Roe vs. Wade, nos Estados Unidos. Tratando do julgamento, MORAIS (2007, p. 1) esclareceu: *“A decisão envolve, necessariamente, uma análise no campo da bioética, que permite contemplar um posicionamento ético a partir da controvérsia moral apresentada no caso Roe versus Wade, inserindo-o em um contexto social e humano que ultrapassa a questão do pecado moral ou da ilegalidade para atingir substancialmente a vida de muitas mulheres que optam por essa intervenção. A controvérsia sobre o aborto nos Estados Unidos se estende até hoje sem um consenso entre os grupos, caracterizados, segundo a teoria de Engelhardt, como estranhos morais, porque não compartilham de um mesmo entendimento sobre o que é moral. Diante dessa realidade moral plural, a tolerância aparece, na teoria de Engelhardt, como virtude para a convivência pacífica em uma sociedade que se pretende democrática”*. E, contextualizando para a realidade brasileira, MORAIS (2007, p. 4) pontua: *“A polarização entre o ‘sim’ e o ‘não’, fundada em perspectivas e convicções morais que não se tangenciam, não é exclusividade dos Estados Unidos. Também no Brasil, o tema divide a sociedade. Os movimentos no país também estão em constante atuação, contudo, menos aparente que o embate norte-americano. Os ativistas ‘Pró-Escolha’ se manifestam timidamente no interior das Academias, onde o debate mais esclarecido fica restrito aos letrados e profissionais interessados. E os ativistas do movimento Pró-Vida, por invocar, quase sempre, valores religiosos, acaba restrito à catequese cristã que não aceita o questionamento de dogmas, mesmo em face de novas realidades, o que fragiliza sua argumentação ‘fora da Igreja’. No Brasil, esse suposto afastamento equilibrado*

democrático, no que diz respeito a matérias sobre as quais não se pode atingir um consenso, por terem cunho moral, como é o caso do aborto<sup>16</sup>, o papel do Estado é conferir aos cidadãos condições de agir segundo suas próprias convicções<sup>17</sup>, em decorrência do próprio direito à igualdade, que impõe que não se adote a moral de um grupo em detrimento das demais, impondo-a aos que dela não compartilham.

Neste ponto, vale a pena citar uma fala do Papa João Paulo II<sup>18</sup>, pronunciada em 1º de janeiro de 1991:

*Se você deseja paz, respeite a consciência de cada pessoa. Os inalienáveis direitos de seguir a própria consciência e de professar e praticar sua própria fé. As pessoas não devem tratar de impor sua própria “verdade” sobre os outros. Quando a lei religiosa se torna sinônimo de lei civil pode constrianger a liberdade religiosa e ainda ir tão longe a ponto de restringir ou de negar outros direitos humanos inalienáveis. [grifo nosso] (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 161)*

É preciso lembrar que “em contrapartida a uma vida ainda em formação – não pessoa [!] –, há a vida de uma pessoa em sua inteireza, a mulher, com desejos e interesses reais, em pleno gozo de seus direitos e deveres” (MORAIS, 2007, p. 49), e a ela deve ser assegurada “a liberdade de tomar decisões por si própria, consultando suas preferências e convicções, em vez de permitir que a sociedade [o Estado] imponha uma decisão coletiva”<sup>19</sup> (DWORKIN, 2009, p. 145).

---

*de posições tão contrárias; entretanto, perdura somente até que um fato concreto as coloque em evidência midiática, como a manifestação de um Ministro da Saúde a favor do debate aberto, amplo e democrático sobre a questão; ou o início da tramitação de um Projeto de Lei parado [há] anos, que tenha como objetivo a legalização e regulamentação do aborto; ou o pronunciamento do mais alto líder espiritual da Igreja Católica contra o aborto pelo ‘respeito pela vida, desde a sua concepção até o seu natural declínio’; ou ainda, o início de um processo judicial por uma mulher grávida pleiteando a interrupção de uma gestação indesejada, como ocorreu nos Estados Unidos”.*

<sup>16</sup> Defende-se aqui o aborto como um ato tolerável sob um ponto de vista jurídico, não ideológico. Não defendemos, portanto, o aborto, mas o direito à escolha da mulher sobre levar ou não uma gravidez adiante, respeitando-se um prazo fixado legalmente segundo o critério a razoabilidade e partindo de premissas científicas que justifiquem considerar o feto um sujeito de direitos. Numa sociedade plural, tratando-se de desacordo moral razoável, como é o caso, as pessoas devem ter o direito de agir segundo os próprios parâmetros. É a ideia que pretendemos defender. “Longe de termos uma posição descomprometida, assumimos assim um sério compromisso com a tolerância” (MACIEL, 2011, p. 43).

<sup>17</sup> “Ao reformar a legislação atual para descriminalizar o aborto no país, os legisladores estariam assegurando a diversidade, contemplando a possibilidade de que nenhuma posição se sobreponha às demais, com isso fomentando o debate civilizado e respeitando a decisão de cada um na esfera individual. Afastada a questão religiosa, sobressai o critério jurídico, cuja perspectiva, (...) como sobram exemplos nas democracias modernas, afasta a possibilidade de que se imponha a uma nação qualquer espécie de pensamento único” (LOREA, 2006, pp. 198-199).

<sup>18</sup> Citação original: In: Sass HM. The Moral Significance of Brain-Life Criteria. In: Beller FK and Weir R, editors. The beginning of Human Life. Dordrecht, Boston and London, Kluwer Academic Publishers, 1994.

<sup>19</sup> Graziela Ramalho Galdino de MORAIS (2007), em sua obra “Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais”, referindo-se ao julgamento do caso Roe vs. Wade pela Suprema Corte americana, diz que, lá, não se tratou de

## 1 – ABORTO: ASPECTOS PRÁTICOS E TEÓRICOS

### 1.1 – Dados sobre o aborto no Brasil e no mundo e suas repercussões

*A compreensão da reprodução humana em sua totalidade, como resultado de um ato de escolha, mesmo considerando-se as circunstâncias reais que limitam essas escolhas, permite pensar a decisão por um aborto como uma decisão tão moralmente aceitável como aquela de manter a gravidez. Por isso, é dever do Estado propiciar às cidadãs e aos cidadãos, condições para a realização de suas decisões relativas à procriação. Isso implica na legalização do aborto, na universalização do acesso à anticoncepção e ao aborto seguro, realizado em condições dignas, tanto quanto à universalização do acesso a serviços públicos que permitam levar a termo uma gravidez desejada ou assumida. Implica, portanto, em decisões concernentes às políticas públicas e, mais amplamente, ao modelo de sociedade que se deseja. Trata-se de garantir o exercício pleno da cidadania, do respeito aos princípios de igualdade que regem o Estado democrático. (...) Essas ideias me parecem pressupostos para a afirmação, no campo da política, dos direitos relativos à sexualidade e à reprodução, como direitos de cidadania e como direitos humanos. [grifo nosso] (ROSADO-NUNES In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 35-36)<sup>20</sup>.*

---

questionar o direito à vida do feto, ou se havia ou não vida desde a concepção. “A mulher – pessoa humana em corpo, mente e sociabilidade (OLIVEIRA, Aline A.; MONTENEGRO, Sandra; GARRAFA V. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto de feto anencéfalo. *Bioética*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 82, 2005) – não poderia, segundo aqueles favoráveis à discriminação do aborto, ser compelida a gestar um feto por nove meses e dar à luz uma criança indesejada. O ônus que recai, particular e significativamente sobre a mulher, sobre seu corpo, psique e vida relacional não podem ser ignorados, tampouco, abstratamente minimizados, para ponderar que a proteção da potencialidade da vida desde a concepção seria uma razão inexorável para justificar a intervenção estatal na autonomia reprodutiva da mulher (PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: law or politics?* Oxford: Oxford University press, 1994. pp. 183-184) (...). Segundo a Corte, nenhum argumento a favor da criminalização do aborto era suficientemente convincente para justificar a intervenção estatal por uma regulamentação restritiva à decisão voluntária da gestante em interromper a gravidez indesejada, ou pelo menos suficientemente forte para interferir na decisão da mulher. Foi por causa do reconhecimento pela Corte do ônus enormemente desigual que recai sobre a mulher nos casos de gravidezes indesejadas que, a sempre complexa decisão de continuar ou interromper uma gestação passou a ser uma liberdade e responsabilidade da mulher para com suas convicções morais, para o valor que atribui à sua própria vida e à vida que, por ventura, viria gerar, assegurando aquela Corte de Justiça – pelo menos no que diz respeito à procriação – o status da mulher como agente moral livre para tomar uma decisão difícil, mas que ninguém melhor que ela pode tomar” (MORAIS, 2007, pp. 50; 51).

<sup>20</sup> É no mesmo sentido a lição de EMMERICK (2007, p. 153): “Se pensarmos o feminino como um ser ético, capaz de decisão moral e sujeito portador de direitos e de cidadania plena, seria injusto ou até mesmo imoral exigir dessas mulheres que levassem uma gravidez adiante, dentro do contexto socioeconômico em que se encontravam no momento da gravidez indesejada. À vista disso, a decisão por um aborto pode ser uma decisão tão moralmente aceitável como aquela de manter a gravidez, se levado em conta o caso concreto de cada mulher no momento da difícil decisão de interromper ou não uma gravidez não desejada”.

A Federação Internacional de Planejamento Familiar (“*International Planned Parenthood Federation*”, conhecida como IPPF, pela sigla em inglês), entidade que atua em 150 países, divulgou em 30/05/2007 um relatório sobre o aborto inseguro no mundo. Segundo a pesquisa, intitulada “*Morte e Negação: Abortamento Inseguro e Pobreza*”, são realizados, por ano, cerca de 46 milhões de abortos para interrupção de gravidez indesejada em todo o mundo<sup>21</sup> (o que significa, aproximadamente, 126.000 abortos diários, mais de 5.000 por hora), dos quais 20 milhões (44%) são feitos de forma insegura, e quase 70 mil resultam em morte materna (ANDRADE, 2007; NASCIMENTO FILHO, 2013, pp. 133-134; SANTIAGO In: MAIA, 2008, pp. 33-34; OMS, 2003).

*Estima-se que 68.000 mulheres morrem, por ano, em todo o mundo, em decorrência do aborto inseguro, ou seja, oito mulheres por hora. Esses números levam à estimativa de uma razão de mortalidade de 367 mortes por 100.000 abortos inseguros, ou seja, infinitamente superior à taxa de mortalidade causada pelo abortamento seguro, que é menor que uma morte por cada 100.000 procedimentos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2003). A razão de morte por aborto seguro é até menor do que a razão de morte materna. ou seja, interromper uma gravidez utilizando métodos seguros é mais seguro do que levar uma gravidez, mesmo que normal e sem complicações, adiante. O abortamento inseguro deveria ser entendido, então, como um problema de saúde pública. [grifos nossos] (SANTIAGO In: MAIA, 2008, p. 33)*

O estudo da IPPF também revelou que 96% dos procedimentos inseguros acontecem em países em desenvolvimento; a América Latina registra 17% dos abortos clandestinos, ficando atrás apenas da África, com um índice de 58% (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 134). Na América Latina, “*estima-se que são praticados, anualmente, cerca de 4 milhões de abortos, e a maior parte deles (...) de forma clandestina e insegura, uma vez que, em praticamente todos os países, a prática é considerada crime em quase todas as circunstâncias*” (EMMERICK, 2007, p. 139).

No Brasil, a “*Pesquisa Nacional do Aborto*” (PNA) apontou que, aqui, ocorrem cerca de um milhão de abortos inseguros por ano. Uma em cada cinco brasileiras de 40 anos (o equivalente a 20% do total) já fez pelo menos um aborto, e, quando consideradas mulheres de todas as idades, uma em cada sete (15%) (TOLEDO,

<sup>21</sup> Estimativa da Organização Mundial de Saúde aponta até 55 milhões (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Safe abortion: technical and policy guidance for healthy systems*. Geneva: World Health Organization, 2003, apud SANTIAGO In: MAIA, 2008, p. 33).

2010b). 50 a 55% procuram os hospitais públicos em decorrência de complicações<sup>22</sup>.

Segundo o Jornal “O Globo”, dados do Sistema Único de Saúde (SUS) mostram que as complicações resultantes de abortos inseguros resultaram na internação de 1.205.361 mulheres nos hospitais da rede pública de 2002 a 2007 (PORTAL G1, 2007). Dessas, pelo menos 250 morreram (MAGGI, 2010).

Como lembra a médica Marília Namó, chefe de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital Municipal Artur Ribeiro Saboya, de São Paulo, “*Como é crime, as mulheres sentem medo de prisão e só procuram o hospital quando já estão à morte. A maioria pensa que abortar é sangrar. Morrem de hemorragia e infecção*” (PORTAL G1, 2007).

O custo para o SUS dessas curetagens realizadas após abortos ilegais chegou a R\$ 161,4 milhões nesse período. As curetagens seriam, segundo este estudo, o segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, sendo superadas apenas pelos partos normais. Mas há pesquisas que indicam que sejam o primeiro (ARANDA, 2010).

O obstetra da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Osmar Ribeiro Colas, explica que, se a análise for feita em escala mundial, são cerca de 500 mortes diárias por causa de abortos. “*Quando cai um avião ficamos chocados, mas há dois Boeings de mulheres caindo por dia e ninguém fala nada*”, ele diz (LACERDA, 2010). Quando não morrem, por vezes, essas mulheres acabam com sequelas irreversíveis.

As complicações pós-abortivas são as mais variadas. O aborto pode acarretar esterilidade, infecções, hemorragias, perfuração e mesmo extração do útero e dos

---

<sup>22</sup> “As mortes de mulheres relacionadas ao aborto são apenas a ponte do iceberg. Os abortos inseguros levam, frequentemente, a complicações imediatas e consequências a longo prazo. As complicações imediatas são hemorragia, infecção, lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos, reações tóxicas a produtos ingeridos ou enfiados nos genitais. (...) As mulheres que sobrevivem à complicações imediatas do abortamento inseguro frequentemente sofrem outras consequências a médio ou longo prazo, através de dois mecanismos diferentes. Em alguns casos, o tratamento das complicações incluem a retirada das trompas, dos ovários ou do útero, como única forma de evitar a morte. (...) Em outros casos, não se retira nenhum órgão pela cirurgia, porém a inflamação das trompas leva, frequentemente, à obstrução. A obstrução das trompas leva à esterilidade, mas se a obstrução não é completa, pode ser causa de gravidez tubária, em que o zigoto se implanta na trompa em lugar de fazê-lo normalmente no útero. É fácil entender que o crescimento do embrião vai provocar a ruptura da trompa, com a conseqüente hemorragia, que é uma das causas de morte materna em lugares em que não é fácil o acesso imediato a uma cirurgia de emergência. A inflamação crônica dos órgãos genitais superiores, ou a cicatriz cirúrgica, não são apenas causa de infertilidade e gestação tubária, mas também provocam, com frequência, dor pélvica crônica” (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 76; 77).

ovários, bem como ansiedade, depressão e toda sorte de problemas psicológicos. Isso sem falar no risco aumentado de, pelo menos, o dobro, para câncer de mama, de ovário, cervical e do fígado, subseqüentes mortes perinatais e malformações gerais, gravidezes ectópicas, endometriose, entre outras coisas (SOUSA, 2002, p. 13).

*“Algumas [mulheres] colocam produto químico ou objeto metálico no útero para abortar. A chance de infecção e perfuração é muito grande, 1/3 de quem tenta abortar acaba procurando ajuda no hospital. É um problema de saúde pública”,* afirma o médico Olímpio de Moraes Filho, presidente da Comissão de abortamento, parto e puerpério da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, além de conselheiro titular do Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (MAGGI, 2010). E continua: *“As sequelas mais comuns do aborto inseguro são esterilidade e disfunções sexuais, provocadas por traumatismos ou lesões. Em alguns casos, ocorrem infecções ou perfuração do útero, tornando necessária a retirada do órgão”* (COLARES, 2010). Entendemos, assim como a antropóloga Débora Diniz, que, *“Se o aborto seguro fosse garantido, isso seria evitado”* (SASSINE, 2010; MOURA; BRAGA, 2010; TOLEDO, 2010b).

Em 2006, a média brasileira foi de 2,07 abortos induzidos por grupo de 100 mulheres, sendo que, em países onde a prática é legalizada, os índices são muito mais baixos: na Holanda, por exemplo, fala-se em apenas 0,5 para cada 100 (ANDRADE, 2007).

*Nos anos 1990, pesquisa publicada pelo Instituto Alan Guttmacher (AGI), desenvolvida no Brasil, Chile, México, Peru, Colômbia e República Dominicana, com base em registros de curetagens realizadas nos serviços públicos e em entrevistas com profissionais de saúde, estimou, para 1991, a ocorrência no Brasil de 1.443.350 abortos. Isto expressava uma taxa de 3,7 abortos/100 mulheres de 15-49 anos, com 31% das gravidezes terminando em aborto.<sup>23</sup> (...) Mais recentemente, Monteiro & Adesse<sup>24</sup> estimaram a ocorrência do aborto no país, com base nas hospitalizações do Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde (SIH/SUS). Em série histórica de 1992 a 2005, confirmam, para todas as regiões e grupos etários, tendência de redução das internações por abortamento de 1991 a 1996 e estabilização até 2005. Nesse último ano, estimou-se a realização de 1.054.242 abortos, com taxa média de 2,07 abortos/100 mulheres entre 15-*

<sup>23</sup> Citação original: Alan Guttmacher Institute. *Aborto clandestino: uma realidade latino-americana*. New York: Alan Guttmacher Institute; 1994.

<sup>24</sup> Citações originais: Monteiro MFG, Adesse L. *Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões*. In: Anais do 15º Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Belo Horizonte: Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa; 2006. <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_252.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf)> (acessado em 25/Jun/2007). Monteiro MFG, Adesse L. *Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa*. <[http://www.ims.uerj.br/downloads/ipas\\_ims\\_seminario\\_aborto.pdf](http://www.ims.uerj.br/downloads/ipas_ims_seminario_aborto.pdf)> (acessado em 25/Jun/2007).

49 anos, mais elevada que em países da Europa Ocidental (...), onde há acesso fácil aos contraceptivos e o aborto é legal. [grifo nosso] (MENEZES; AQUINO, 2009, p. 3)

E “As mulheres em situação de aborto incompleto ou com complicações, geralmente, sentem constrangimento e/ou medo em declarar seus abortamentos nos serviços de saúde<sup>25</sup>, resultando em grande subnotificação do fenômeno” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005), sem falar nas que morrem antes de chegar ao hospital e acabam não entrando nas estatísticas. Então, provavelmente, o número real de eventos é ainda maior do que o que aparece nas pesquisas.

Mesmo assim, estima-se que, no Brasil, 10% das mortes maternas decorram de abortos mal sucedidos<sup>26</sup>, o que coloca as complicações decorrentes do aborto como uma das maiores causas de mortes maternas (a terceira maior causa, segundo a ONG “Católicas pelo Direito de Decidir” (MORENO, 2013d))<sup>27</sup>. Em alguns Estados, como a Bahia, esta é a principal causa (SASSINE, 2010).

De acordo com estimativas recentes da Organização Mundial de Saúde, no mundo todo, um quarto a um terço das mortes maternas (ou seja, 25 a 33,3%) são referentes a complicações de abortos ilegais, e, essas mortes têm origem, sobretudo, em países com legislações muito restritivas como a nossa.

A experiência mundial mostra que os países com leis que restringem severamente o aborto não têm tido sucesso em diminuir o número total de interrupções da gravidez, mas sim em aumentar o número de abortos realizados em condições técnicas inadequadas. A consequência tem sido morbidade e mortalidade maternas maiores, bem como um aumento nas mortes e doenças das crianças que sobrevivem a mulheres que morrem por um aborto realizado em condições inseguras (Buckshee K. *Impact of roles of women on health in India*. *Int J Gynaecol Obst*, 1997; 58:35-42). [grifo nosso] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 175)

Nos países onde a interrupção voluntária da gravidez é legal, as taxas de mortalidade são muito inferiores (FERREIRA, 2007). A IPPF costuma destacar o exemplo da Romênia, onde a taxa de mortalidade materna caiu depois que uma lei

<sup>25</sup> “Um estudo qualitativo com 11 mulheres processadas judicialmente por aborto induzido no ano 2000 mostrou que quase a metade foi denunciada à polícia pelos métodos que as atenderam nos hospitais (DINIZ; CORRÊA, 2008)” (SANTIAGO In: MAIA, 2008, p. 37)

<sup>26</sup> Algumas estimativas apontam 12,5%, “mesmo com carência de indicadores que permitam aferição do número total de ocorrência [por conta da ilegalidade]” (BRUNO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 92).

<sup>27</sup> “Desejamos que, [...] a sociedade brasileira e a ‘Comissão’ possam conhecer e refletir mais sobre a realidade adversa, na qual as mulheres abortam, e compreendam melhor que em pleno século XXI é imoral permitir que mulheres fiquem sequeladas e imolem suas vidas ao decidirem interromper uma gravidez inesperada e indesejada quando há meios seguros de tais fatos acontecerem” (Dossiê Mortes Preveníveis e Evitáveis. Editora Rede Feminista de Saúde, 2005, Belo Horizonte, p. 4, por Fátima Oliveira, Secretária executiva da Rede Feminista de Saúde, apud PINTO, 2008).

que proibia o aborto foi revogada. A lei havia sido aprovada em 1966, e, entre 1964 e 1988, a mortalidade materna no país subiu de 80 para 180 mortes por grupo de 100 mil nascidos. Após a revogação da lei, a taxa de mortalidade caiu para 40/100.000 (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 134, nota 276). “*Esse é um exemplo muito claro, quase um experimento social, que mostra que a proibição não diminui a prática do aborto, ele só aumenta a mortalidade materna*”, afirmou a diretora da IPPF, Carmem Barroso (ANDRADE, 2007).

*“A prática tem mostrado que, nos países onde o aborto é legalizado, há um crescimento inicial, pela demanda reprimida, e depois isso se estabiliza e há uma diminuição subsequente. Isso porque as mulheres que passaram por um aborto já saem dos sistemas de saúde com um método contraceptivo adequado, escolhido a partir das informações que recebeu nessas instituições”, afirmou Rosângela Dualib, da Associação Católicas pelo Direito de Decidir. [grifo nosso] (MANO, 2010b)*

Assim, “*por incrível que possa parecer aos mais desavisados, a legalização do aborto é o primeiro passo no sentido da redução de sua incidência e pode contribuir para com a melhoria das condições de saúde de mulheres e crianças brasileiras*” (RAMOS, 2008). Foi assim nos países que legalizaram a prática, e não há por que ser diferente aqui. Por isso, nossa tese é que, se se quer diminuir o número de abortos no Brasil, é preciso possibilitar que as mulheres abortem nos hospitais públicos, de graça, dentro da lei.

Outro dado relevante levantado pela PNA é que mais de 50% das mulheres que abortaram nas regiões Sul e Sudeste usavam algum método anticoncepcional, principalmente pílula, e, na região Nordeste, a porcentagem oscilou entre 34% e 38,9% (AGÊNCIA BRASIL, 2008). Isso mostra que elas somente se valeram da interrupção da gestação quando não foram capazes de evitá-la, não havendo, portanto, razões para crer que o aborto, quando legalizado, figurará como um método preferencial de planejamento familiar no país. No entanto, nenhum anticoncepcional é 100% eficaz; assim, ainda que se conseguisse, por meio de campanhas públicas, um significativo aumento no seu uso pelas mulheres sexualmente ativas – que, hoje, ainda é escasso –, o que, sem dúvidas, é genuinamente desejável, continuaria ocorrendo gravidezes indesejadas<sup>28</sup>, que as mulheres procurariam e procurarão interromper através do abortamento induzido.

<sup>28</sup> “*Acredita-se que, se os métodos fossem utilizados de forma perfeita, o que é praticamente impossível, ainda assim haveria algo em torno de seis milhões de concepções por ano de casais mesmo com o uso de métodos contraceptivos. Mas, como esses métodos não são usados de forma perfei-*

Primeiro, milhões de mulheres e homens não têm acesso a métodos contraceptivos apropriados, ou não têm informação adequada nem apoio para o uso efetivo desses métodos. Segundo, nenhum método contraceptivo é 100% eficaz. [É possível] ilustra[r] este ponto, usando estimativas baseadas em “uso perfeito” de um método, situação na qual a usuária sempre segue exatamente as instruções para uso, e estimativas calculadas a partir do “uso típico”, que leva em consideração que as pessoas nem sempre conseguem usar o método contraceptivo perfeitamente. Terceiro, altas taxas de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica e as guerras, levam a gravidezes indesejadas. Quarto, mudanças de circunstâncias, na vida, tais como divórcio ou outras crises, pode tornar uma gravidez desejada em indesejada. [grifos nossos] (OMS, 2013)

Por isso,

A questão do aborto está mal posta. Não é verdade que alguns sejam a favor e outros contrários a ele. Todos são contra esse tipo de solução, principalmente os milhões de mulheres que se submetem a ela anualmente por não enxergarem alternativa. É lógico que o ideal seria instruí-las para jamais engravidarem sem desejá-lo, mas a natureza humana é mais complexa: até médicas ginecologistas ficam grávidas sem querer. [grifos nossos] (VARELLA. A questão...)

Daí se tem que, embora a instrução da população sobre métodos anticoncepcionais seja válida e útil, isto, por si só, não é capaz de eliminar as gravidezes indesejadas, de modo a tornar desnecessária a legalização do aborto. Nada é.

É perfeitamente óbvio que se poderiam reduzir os custos humanos, sociais e econômicos do aborto provocado se houvesse um número menor de abortos no mundo. Também é claro, entretanto, que ainda que todas as medidas [como melhora no oferecimento de anticoncepcionais] (...) sejam aplicadas universalmente, sempre haverá um número relativamente grande de abortos nas próximas décadas. As ações necessárias para reduzir as consequências negativas do aborto provocado podem ser resumidas em sete palavras: fazer com que todos os abortos sejam seguros. Em outras palavras, se fôssemos capazes de colocar à disposição da mulher que tomou a decisão de abortar serviços que realizem abortos nas melhores condições de segurança, num ambiente acolhedor, poderíamos reduzir drasticamente as consequências negativas do aborto provocado (Sundström K. Abortion across social and cultural borders. Presented at the Seminar on Socio-cultural and political aspects of abortion from an anthropological perspective. Trivandrum, Índia, March 25-28, 1996). Para atingir esse propósito, seria necessário que o aborto pudesse ser praticado dentro da lei, em condições de segurança, abertamente, como apenas um outro componente do atendimento à saúde reprodutiva das mulheres e ainda, que cada mulher que decide abortar tenha a compreensão e o apoio da sociedade em que vive. São necessárias várias mudanças sociais e políticas para poder alcançar essa situação ideal. Primeiro, será necessário que a gravidez indesejada ocorra apenas como exceção na vida das mulheres; segundo, que as mulheres que desejam ter um filho recebam o apoio da sociedade; e terceiro, que aquelas mulheres que não veem outra alternativa a não ser interromper a gestação, tenham acesso a serviços seguros e acolhedores. [grifos nossos] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 221-222)

---

ta, estima-se 26 milhões de gestações indesejadas em casais que fazem uso de algum método (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2003)” (SANTIAGO In: MAIA, 2008, p. 36)

Outra pesquisa a nível nacional, realizada pela UERJ e UnB, em 2008 (“*Aborto e Saúde Pública no Brasil*” (BRASIL, 2009a)), obteve importantes dados sobre o perfil da mulher que aborta no Brasil: além de a maior parte fazer uso de pelo menos um método anticoncepcional, como apontou a PNA, 65% são católicas e 25% evangélicas<sup>29</sup>, e são, ainda, predominantemente casadas (64%) e 81% já são mães (BORIS; MIGUEZ, 2010; MOURA, BRAGA, 2010). “[Primordialmente, a mulher que pratica o ato no Brasil] *trabalha, é católica, tem um parceiro estável e pelo menos um filho*” (LIMA, 2008)<sup>30</sup>.

*Ao contrário do que se imagina, a prática não está restrita a adolescentes solteiras ou a mulheres mais velhas. Cerca de 60% das mais de 2 mil entrevistadas interromperam a gestação no centro do período reprodutivo - entre 18 e 29 anos. “A maioria é de mulheres casadas, religiosas, com filhos e baixa escolaridade”, revela a antropóloga da Universidade de Brasília Débora Diniz, autora principal do estudo. “Elas já têm a experiência da maternidade e tanta convicção de que não podem ter outro filho no momento que, mesmo correndo o risco de serem presas, interrompem a gestação”, diz. [grifos nossos] (TOLEDO, 2010b)*

Débora Diniz, responsável pelo levantamento, considera que “a descoberta do perfil da mulher que aborta pode renovar o debate sobre o tema no país, que é caracterizado pela polarização entre os radicalmente favoráveis e [os radicalmente] desfavoráveis à prática”. Isso porque, com os dados obtidos, é possível chegar a conclusões importantes, que vão de encontro ao que supõe o senso comum.

Para começar, o alto número de abortos feitos por mulheres que já têm filhos e que usam métodos contraceptivos indica que a interrupção da gravidez seja empregada como uma medida de planejamento reprodutivo, utilizada em último caso, quando os outros meios falharam ou foram usados de forma inadequada (LIMA, 2008); além disso, se 90% das mulheres que admitiram ter abortado se declararam católicas ou evangélicas, não se pode mais dizer que a religião representa um empecilho para a prática.

<sup>29</sup> “Embora os católicos sejam menos propensos a apoiar o aborto do que outros grupos religiosos, a porcentagem de aborto entre eles não é menos. De acordo com *Facts in Brief: Abortion in the United States* (Nova York: The Alan Guttmacher Institute, 1991): ‘As mulheres católicas abortam quase tanto quanto as outras mulheres em escala nacional, enquanto as protestantes e as judias abortam menos. A incidência de aborto entre as mulheres católicas é trinta por cento superior à que se verifica entre as protestantes’ (DWORKIN, 2009, p. 49).

<sup>30</sup> “[Também, ela] tem entre 20 e 29 anos (...). Esse perfil (...) destruiu o estereótipo de que abortar é um método usado por adolescentes para interromper uma primeira gravidez fruto de uma relação passageira e inconsequente. (...) Os abortos de adolescentes representam pelos de 10% do total e, desses, quase 80% são feitos por meninas entre 17 e 19 anos” (LIMA, 2008).

Outro ponto a se destacar é que não há interferência de classe social no ato: 23% das que o praticam ganham até um salário mínimo, 31% de um a dois, 35% de dois a cinco e 11% mais de cinco (MOURA; BRAGA, 2010)<sup>31</sup>. O que muda conforme a classe social é o método utilizado; no entanto, como os métodos de que podem se valer as menos abastadas dão ensejo a mais complicações, seu ato acaba vindo à tona com mais frequência.

*“Não existe surpresa nisso. São mulheres de diversas classes sociais e religiões se arriscando porque a clandestinidade oferece risco. As diferenças mais uma vez estão no fato de que, quanto mais pobre essa mulher, mais riscos ela corre por causa dos métodos aos quais tem acesso”, explica a autora da pesquisa, Débora Diniz. Esta leitura se confirma também no relatório feito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro em parceria com a organização internacional IPAS “Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça”, que pesquisou casos de criminalização de mulheres por aborto e entrevistou juizes, desembargadores, promotores e atores do judiciário em geral e concluiu que: “é muito mais comum que uma mulher seja incriminada por aborto quando ela utiliza um método abortivo ‘caseiro’ (remédios obtidos no mercado paralelo e outros métodos) do que quando ela recorre à clínica. Estes casos são justamente aqueles nos quais o procedimento dá errado (a mulher reage à medicação) e cai no sistema público de saúde; lá, um servidor público (em alguns casos o médico do posto, em outros um policial militar de plantão) a encaminha para a polícia. Este aspecto demonstra claramente o recorte socioeconômico dessa modalidade de criminalização: a maior parte das mulheres que utiliza os serviços públicos de saúde é pobre, muitas das quais desempregadas ou com ocupações de baixa remuneração”. [grifos nossos] (DIP, 2013)*

Assim, são as mulheres pobres que aparecem nas estatísticas, são as mulheres pobres que sofrem com as complicações do aborto inseguro, muitas vezes morrem, e são as mulheres pobres que estão sujeitas às penalidades do Código Penal. Onde está a igualdade de todos perante a lei?

Lei nenhuma, ainda que preveja sanções das mais severas, vai obrigar uma mulher a ter um filho que não deseja. Aquelas para as quais os métodos anticoncepcionais não funcionarem, ou que, porventura, não tenham acesso a eles ou não sabiam utilizá-los, permanecerão recorrendo ao aborto. Se legalizado, com segurança, amparadas pelo aparato de saúde estatal. Se criminalizado, por meio das precárias clínicas clandestinas, onde põem em risco suas vidas. Será que o Estado tem direito a, para dar a um embrião, que a Ciência considera ainda não ter vida (chegaremos lá), a chance de vir a ter, condenar as gestantes à morte, ou, no mínimo, negá-las o direito à saúde?

---

<sup>31</sup> Ao contrário do que afirma a presidenta Dilma Rousseff (apud BORIS; MIGUEZ, 2010), que considera que “A maioria das mulheres que fazem aborto são pobres”.

A prática do aborto é comuníssima no Brasil. Como dito, calcula-se que haja, aqui, pelo menos um milhão de abortos inseguros por ano<sup>32</sup>, e metade com complicações (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 964) Este número exorbitante (lembrando o contexto de coleta de informações, em que, por medo de sanção ou censura, grande parte de quem faz não assume) mostra que a criminalização não tem poupado as vidas dos fetos<sup>33</sup>, mas, muitas vezes, tem comprometido as das mães. Das pobres, sobretudo. É bastante claro que, para as mulheres ricas, “ignorar o Direito”, no que toca à proibição do aborto, não gera maiores consequências. Para as pobres, no entanto, acarreta as mais severas.

*As consequências da ilegalidade do aborto atingem os mesmos seguimentos sociais em qualquer parte do mundo. Em geral, são as mulheres jovens e pobres que se submetem a abortos que põem em risco sua saúde e sofrem com a falta de acesso a informações sobre saúde sexual e reprodutiva, métodos para prevenção à gravidez indesejada ou em relações assimétricas de gênero onde se impõe a vontade do parceiro. Em contraste, jovens ricas procuram clínicas clandestinas que oferecem aborto a preços altíssimos, mas com mais segurança. Essa diferenciação na condição econômica é responsável pelos riscos à saúde das mulheres de classes sociais menos favorecidas e pelos gastos do sistema único de saúde com o pós-abortamento, tornando a ilegalidade ainda mais perversa. Desde 1940 milhares de mulheres, principalmente jovens pobres, sofrem com as consequências do proibicionismo, ao se submeterem à clandestinidade de um aborto inseguro e às omissões dos poderes estatais. O alarmante número de abortos estimados no país é um dado que per se chama à responsabilidade todos os poderes constituídos. No entanto, o Poder Executivo, até hoje não enfrentou o tema do aborto como um problema de saúde pública e verdadeira pandemia no país, embora recentemente o Ministro da Saúde tenha declarado que o aborto deve ser tratado como um problema de saúde pública. Já o Poder Legislativo omite-se e não promove as reformas legislativas necessárias para cuidar da saúde da mulher. Por sua vez, o Poder Judiciário reluta em interpretar os dispositivos penais de acordo com os direitos fundamentais e com os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres. [grifo nosso] (CAMPOS, 2007, pp. 4-5)*

O nosso atual Código Penal somente admite o aborto<sup>34</sup> em duas hipóteses: no caso de estupro<sup>35</sup> e no caso de “*não haver outro meio de salvar a vida da mulher*” (nessas palavras)<sup>36</sup>. Sobre isso, há três comentários a se fazer.

<sup>32</sup> Algumas estimativas apontam cinco milhões. Ver mais em: BRUNO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 90.

<sup>33</sup> “No caso do aborto, reclama-se o uso da legislação penal para a proteção do feto. No entanto, os elevados índices de abortos praticados clandestinamente demonstram que a proteção ao feto não é realizada pelo sistema de justiça criminal. Se a pretendida proteção ao feto não acontece, então, qual o significado da proteção penal?” (CAMPOS, 2007, p. 7).

<sup>34</sup> O Código diz “Não se pune o aborto praticado por médico (...)”; no entanto, tratando-se de excluídos da ilicitude, o correto seria dizer “Não há crime” (DOMINGUES In: MAIA, 2008, p. 72).

<sup>35</sup> Há quem defenda que o esse tipo de aborto é, ao mesmo tempo, um aborto terapêutico e um aborto eugênico: “Costuma-se classificá-lo na categoria de aborto terapêutico uma vez que, como decorrência de forte abalo psíquico produzido pelo estupro, a gestante tem sua saúde mental abalada. Enquadra-se também na categoria de aborto eugênico, porque quando não se conhece a saúde

Em primeiro lugar, quanto ao aborto necessário, ainda que não fosse previsto, continuaria sendo possível, pois se enquadraria na excludente de ilicitude do estado de necessidade<sup>37</sup> (previsto nos arts. 23, I, e 24, CP<sup>38</sup>). Se um homem pode matar outro para salvar a própria vida, por que uma mulher não poderia matar um feto, ou um médico fazê-lo por ela, para salvá-la? Quanto ao aborto de feto decorrente de estupro, entende-se se tratar de caso de inexigibilidade de conduta diversa – causa excludente supralegal que não exclui a ilicitude da conduta, mas exclui a culpabilidade de quem a pratica –, afinal, quem esperaria de uma mulher levar a cabo uma gravidez fruto de violência? Também há quem sustente a possibilidade do aborto sentimental, independentemente da previsão legal, com base em outro argumento: o do direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, §7º, CF, cujo livre exercício é violado pela gravidez decorrente de violência sexual (LOREA, 2008, p. 195) – e que, aliás, também torna possível defender o direito ao aborto voluntário mesmo em caso de sexo consentido, como demonstraremos adiante –.

Em segundo lugar, é problemático não prever o aborto para poupar a saúde da mulher, sendo a saúde, assim como a vida, um direito fundamental. Isso obriga a mulher a levar a gravidez às últimas consequências, até que ofereça risco real à sua vida e não haja outro modo de salvá-la. Trataremos melhor disso, também.

Em terceiro lugar, é não há explicação plausível para o fato de não se prever prazo para a prática do aborto sentimental, de feto proveniente de estupro. Seguindo nossa lei, como está, se uma mulher foi estuprada, ou assim o declarar, do momento em que ela entrar em trabalho de parto em diante, se matar o feto, é infanticídio. Mas, deste momento para trás, é aborto legal. Não se exige Boletim de Ocorrência nem laudo do IML<sup>39</sup>, apenas um termo de consentimento alegando ter sofrido estupro e pedindo pelo aborto, para que o médico não seja, depois, responsabilizado<sup>40</sup>.

---

*mental e física do estuprador, pode haver possibilidade dele ser portador de fatores hereditários patógenos ou doenças adquiridas que podem ser transmitidas ao feto” (VERARDO; SOUZA. Aborto..., p. 2).*

<sup>36</sup> O penalista Aníbal Bruno, diante disso, questiona: Encontra-se sob excludente de ilicitude o médico que realiza aborto em gestante que apresentou risco ou ameaça de suicídio? (BRUNO, Aníbal. *Crimes Contra a Pessoa*. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 170, apud GARCIA, 2009, pp. 131-132).

<sup>37</sup> Aliás, esta é a excludente que recai sobre a enfermeira que realiza esse tipo de aborto, já que o Código fala expressamente em “médico”.

<sup>38</sup> “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; (...) Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (BRASIL, 1940).

<sup>39</sup> “Na sua primeira versão, a Norma Técnica do Ministério da Saúde (1999) listava, como documento necessário para a realização do aborto legal, o Boletim de Ocorrência Policial, ou BO, como é mais

Pensando-se de forma sensata, esse tipo de aborto só deveria existir dentro do contexto do aborto por escolha, sem declaração de motivo, até um prazo determinado – o que não existe no Brasil ainda, mas deveria –. É como ocorre na maioria dos países. Aqui, não se estipula um prazo no qual a mulher pode abortar nesta hipótese, e se o que a lei não proíbe, ela permite, significa que a mulher pode fazê-lo a qualquer tempo<sup>41</sup>. Isso não tem razão de ser. O aborto a qualquer tempo só deveria ser possível quando indispensável para salvar a vida da mãe, e em nenhuma outra hipótese. A partir do terceiro mês, quanto o feto adquire consciência, deve ter seus interesses tutelados pelo Estado, e havendo um prazo (este prazo) para que a mulher, querendo, possa abortar, antes, não se pode dizer que seu direito a não querer gerar um filho fruto de violência prevaleça sobre os direitos do feto, após este marco.

É um contrassenso que abortos “sem motivo” não sejam admitidos em prazo algum e o aborto por estupro seja admitido em qualquer prazo<sup>42</sup>. Significa que, em-

---

*conhecido. Acontece que à mulher adulta, de maior idade, é facultada apresentar queixa sobre a ocorrência desse crime, ou seja, ela faz o BO se assim desejar. Se não for do seu desejo, ela não faz. (...) Com este argumento, entre outros, iniciou-se uma discussão na Área Técnica da Saúde da Mulher que, após várias consultorias, muitas delas jurídicas, culminou com a publicação, em 2005, de uma nova versão da Norma Técnica, colocando o BO como um documento recomendável e não mais obrigatório. (...) Não podemos vincular a prestação de um serviço de saúde à apresentação de um documento que a mulher não é obrigada a possuir” (BRUNO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 105-106).*

<sup>40</sup> “A autêntica base eximente da ilicitude atribuída à prática do aborto, para além do exercício regular de um direito no tocante à ação dos profissionais de saúde (médico e sua equipe), é o consentimento da gestante ou de seu representante, pois será este que faz surgir o direito de agir do médico (PRADO, 2004)” (DOMINGUES In: MAIA, 2008, p.74).

<sup>41</sup> Há quem defenda que a palavra “aborto” se refere somente às interrupções das gravidezes até a 20ª, 22ª semana, com a expulsão de um produto de concepção que não exceda a 500g; após isso, tratar-se-ia, não de aborto, mas de parto prematuro (VARELLA. *Entrevista...*). Para esses, quando o Código Penal admite o aborto, ao menos o sentimental (já que o para salvar a vida da mãe nada mais é que uma legítima defesa, logo não se pode estipular prazos para o aborto nesta hipótese), ele só admite neste período. Isto é repetido numa cartilha do Sistema Único de Saúde que trata do procedimento, mas ela não faz referência a nenhuma legislação, simplesmente diz, e, para efeitos de cercear a liberdade dos cidadãos, o que não está na lei não está no mundo. No entanto, a civilista Maria Helena Diniz considera que se trata de uma distinção médica, sem repercussão para o Direito: “Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo [o aborto] do parto prematuro, entendendo-se que o aborto seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o parto prematuro ocorreria depois do sexto mês (...). Entretanto, juridicamente, esse critério é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade” (DINIZ, M., 2008, p. 29). E, se o aborto é crime em qualquer fase da gestação, é razoável se inferir que as hipóteses de extinção da punibilidade ou ilicitude – há entendimentos em ambos os sentidos (DINIZ, M., 2008, pp. 54-56) – do art. 128, CP, também se referem a todo o período da gestação. O aborto está, então, proibido em qualquer fase do desenvolvimento fetal, assim como está autorizado nos mesmos moldes, nas hipóteses legais.

<sup>42</sup> O que pode variar é a disponibilidade dos médicos para fazer este aborto, conforme a idade da gestação. Isto porque, “segundo prescreve o Código de Ética Médica em seu artigo 28, II Capítulo - Direitos do Médico – ‘O médico poderá recusar-se a praticar atos médicos, permitidos por lei, que sejam contrários aos ditames de sua consciência’” (AMBROS; RECCHIA; RECCHIA, 2008). E pro-

bora, no geral, se leve em conta exclusivamente a vida do feto, em detrimento da vontade da mãe, nessa hipótese, leva-se em conta exclusivamente a vontade da mãe, em detrimento da vida do feto. Mesmo que ele tenha viabilidade extrauterina, o que ele adquire aos seis meses de gestação (24 semanas). Isso podia fazer algum sentido na década de 40, quando pouco se sabia sobre os estágios de desenvolvimento do feto, mas, hoje? Não há um critério sob o qual se possa concluir não ser desproporcional admitir o aborto sentimental a qualquer tempo e não admitir que a mulher que engravidou por acidente (porque é possível que uma mulher que usa métodos contraceptivos engravidar, mesmo assim<sup>43</sup>) aborte, mesmo que por um curto prazo, legalmente determinado<sup>44</sup>.

*O que eu mais detesto no argumento antiaborto é isso, de umas mulheres terem direito de escolha assegurado, se foi estupro, se é anencefalia. O resultado do estupro e da anencefalia também tem vida. Também tem mãozinha e coração. Mas o que importa no caso é que a mulher foi uma mulher “direita”. Seguiu as regras, não foi vadia, não saiu abrindo pernas pra qualquer um. Então ela merece dispor do próprio corpo. Já as outras não. Como se alguém tivesse esse direito, de decidir até que ponto os outros têm direito. De dominar o corpo do outro, forçar a manter uma gravidez indesejada. Na verdade, a vida do feto pouco importa, o que importa é que a mulher não faça determinadas coisas. Se fizer, vai ser punida com a gravidez pela sua “irresponsabilidade”. [grifos nossos] (ARONOVICH, 2011)<sup>45</sup>*

Repetimos: não há razão para se estipular prazo especial para que a grávida vítima de estupro, querendo, aborte, e, muito menos, para não se estipular prazo algum. Se o entendimento mais comum nas legislações é que não é razoável admitir o aborto por escolha, senão no período em que o feto ainda não houver adquirido consciência, por que admitir o aborto desse feto, se já senciência?

---

vocar o aborto de um feto que já tem feições humanas, provavelmente, custa muito mais ao médico, psicologicamente falando.

<sup>43</sup> “A problemática do aborto está diretamente ligada à informação e ao acesso que as mulheres tenham sobre métodos contraceptivos, mas não somente. Mesmo nos países onde a informação e o acesso aos métodos são questões resolvidas, esse percentual não zerou, porque os métodos não são 100% eficazes, nem mesmo quando utilizados da forma que se chama, em pesquisa científica, ‘uso perfeito’” (BRUNO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 103).

<sup>44</sup> “Embora a cessação voluntária da gravidez em decorrência de estupro ou o risco à vida da gestante esteja prevista como justificativa para a prática abortiva, o Código Penal brasileiro excede no rigor quanto às demais figuras típicas, o que revela o descompasso, tanto em relação aos diplomas penais estrangeiros, que legalizaram a interrupção da gestação, quanto em relação às recomendações dos eventos mundiais de proteção dos direitos humanos, no sentido da descriminalização total da prática do aborto” (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 113).

<sup>45</sup> No caso da gravidez proveniente de estupro, entende-se que a mulher pode escolher rejeitá-la por se tratar de vida “ilegítima”; no entanto, tratando-se de vida “legítima”, oriunda de uma relação sexual consentida, “de acordo com as autoras do Dossiê Aborto, estaria em jogo, nessa operação, uma espécie de punição social relativa à irresponsabilidade feminina que não soube evitar a gravidez e, portanto, deve assumir o seu ônus (MARTINS; MENDONÇA, 2005)” (DOMINGUES In: MAIA, 2008, p. 75).

Nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, de modo geral, onde se admite o aborto voluntário, admite-se até o 3º mês de gravidez, com acompanhamento de equipe de médicos e psicólogos, depois de expostas à mulher suas opções – como dar o filho à adoção, p. ex. –, estipulando-se um período no qual ela deverá tomar sua decisão. As variações no prazo são pequenas. 10, 12, 15 semanas<sup>46</sup>.

Há uma razão científica para que o aborto por escolha seja admitido até, em média, 12 semanas: é esta a fase da gestação na qual se dá a formação do sistema nervoso central do feto. Normalmente, a razão alegada é que, aí, o feto adquire consciência e passa a ser sujeito de direitos (o que é doutrina de Dworkin e será visto adiante). Não se perde tempo com a discussão sem fim de quando começa a vida<sup>47</sup>.

Alguns países, apesar disso, admitem abortos tardios em caso de má-formação fetal ou risco para a saúde da mãe (saúde, não vida; para salvar a vida da mulher, o aborto, ao menos onde é permitido, é permitido a qualquer tempo). Para essas hipóteses, estipula-se, na maioria das vezes, o prazo de 24 semanas. Depois disso, é crime em qualquer situação, exceto no caso de não haver outro meio de salvar a vida da mãe, já que, após 6 meses ou 24 semanas de gestação, o feto tem viabilidade extrauterina. Assim, não há razão para abortá-lo; antecipar o parto, na pior das hipóteses. Queria abortar, abortasse. Mesmo no caso de a gravidez comprometer a saúde da mãe, após o 6º mês, antecipa-se o parto, a menos que isso represente risco para a sua vida, tornando o aborto possível.

*Interromper uma vida é um dilema moral independente de quando isso aconteça. Adiantar a morte de um paciente terminal ou ceifar a vida de um embrião ou feto, cada caso a seu modo, é um ato confrontado com uma diversidade imensa de opiniões envolvidas no debate sobre o tema. Para solucionar esse tipo de conflito, as sociedades democráticas vêm, ao longo de sua história, reclamando parâmetros claros de discussão. Essas novas diretrizes trazem, necessariamente, para o ambiente público o debate sobre decisões individuais que afetam cada vez um número maior de agentes morais em uma sociedade globalizada.* [grifo nosso] (MACIEL, 2011, p. 30)

Nos países onde o aborto é uma prática legal e regulamentada, portanto, não só se tutela a vida pré-natal com intensidade menor que a de uma pessoa nascida viva (coisa que, como veremos, também faz o Brasil), como se tutela o feto mais for-

---

<sup>46</sup> Somente o Canadá admite o aborto por escolha a qualquer tempo. Em 1988, a lei que regulamentava a matéria foi julgada inconstitucional e o país passou a carecer de restrições, o que acabou perdurando até hoje (LJUNGGREN, 2013).

<sup>47</sup> Mas, se se quer mesmo usar este critério, para ser razoável, um país que considera que o funcionamento do sistema nervoso central marca o fim da vida deve considerar que também marca, para todos os fins, o início. Se não há vida após o sistema nervoso central perder a função, também não há vida antes que ele ganhe.

temente que o embrião<sup>48</sup> (coisa que, infelizmente, o Brasil ainda não faz). A proteção cresce com o avançar da gestação. Assim, no começo da gravidez, quando se pondera o interesse da mãe e o interesse do nascituro, prevalece o dela. No final, prevalece o dele. É justo, porque a mulher teve a oportunidade de escolher se queria ou não levar a gestação adiante, e o principal: tempo suficiente para se decidir.

Quanto a isso, não é demais dizer que, curiosamente, a lei era mais benéfica à mulher no Código Penal do Império, de 1830 (BRASIL, 1830), quando o país era confessional e tinha por oficial a Igreja Católica, já que, não obstante ele previsse punição para o aborto provocado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante, não punia o autoaborto<sup>49</sup> (“*significando, em tese, uma maior preocupação com a segurança da pessoa – a mulher – e não [com] a vida do feto*” (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 110)). No entanto, nele, punia-se o infanticídio (que significava “Matar recém-nascido” apenas, sem referência ao período puerperal nem ao sujeito ator do delito), e, tendo o crime sido cometido pela própria gestante, e com o objetivo de ocultar desonra, a pena era significativamente reduzida (ia de três a doze anos para de um a três). Além disso, punia-se a conduta de fornecer medicamentos à prática do aborto (pena de dois a seis anos de prisão, podendo chegar a doze anos, quando praticado por profissional da medicina, ainda que o aborto não se configurasse), e com mais rigor do que se punia o aborto propriamente dito, ainda que sem o consentimento da gestante (pena de um a cinco anos)<sup>50</sup> (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 111).

No primeiro Código Penal da República, de 1890 (BRASIL, 1890), passou-se a prever o aborto necessário, prevendo (o que o Código atual não faz), pena para o médico ou parteira que, praticando o aborto para salvar a mulher de morte inevitável, ocasionasse sua morte por negligência ou imperícia); ainda, instituiu a punição ao

<sup>48</sup> É com 12 semanas que o produto da concepção deixa de ser embrião para se tornar feto.

<sup>49</sup> Baseando-se nisso, EMMERICK (2007, p. 69) considera que o crime de aborto, com ou sem o consentimento da gestante, que se situava no capítulo do Código Penal do Império referente aos “Crimes contra a segurança da pessoa e da vida”, tutelava a segurança da mulher, não a vida do feto. Caso contrário, não haveria por que o autoaborto não ser punido.

<sup>50</sup> “Art. 197. Matar algum recém-nascido. Penas – de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo. Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra. Penas – de prisão com trabalho por um a tres annos. Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas. Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas - dobradas.” (BRASIL, 1830).

autoaborto, que, no entanto, embora tipificado (assim como o infanticídio)<sup>51</sup>, também tinha a pena reduzida de um terço se o crime fosse cometido para ocultar desonra<sup>52</sup> (“O legislador, ao que parece, preocupou-se não mais com a segurança da mulher, e menos ainda com a proteção à vida do feto” (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 111)).

Hoje, admite-se o aborto de feto proveniente de estupro, se provocado por médico. Sem prazo. E sem exigir Boletim de Ocorrência. Ou seja, basta alegar o estupro<sup>53</sup>. Nem a privacidade da mulher é relativizada, nesse caso, em nome da vida do feto, mesmo que ele já seja viável extrauterinamente. Se a mulher alega que foi estuprada, pode abortar, e a qualquer tempo. Não há pena. Mas, pensemos: sendo a privacidade um direito fundamental, que, como os demais, deve ser respeitado, por que não dar a essa mulher que foi violentada a possibilidade de abortar sem ter

<sup>51</sup> “Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte: Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos. Paragrapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria: Pena – de prisão cellular por tres a nove annos. (...) Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellular por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellular por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuenciam e accordo da gestante: Pena – de prisão cellular por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra própria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisção por igual tempo ao da condemnação” (BRASIL, 1890).

<sup>52</sup> Por isso, EMMERICK (2007, p. 70) considera que, mais uma vez, o bem jurídico tutelado não era a vida do feto, mas a honra da mulher. O aborto também era tratado no capítulo “Crimes contra a segurança da pessoa e da vida”; só passou a integrar o capítulo “Crimes contra a vida” no Código Penal de 1940, ainda em vigor.

<sup>53</sup> “A Norma Técnica do Ministério da Saúde que regulamenta o pedido de aborto no SUS para atendimento à mulher vítima de violência sexual sofreu mudanças no ano de 2005, não mais implicando a exigência do documento: a Norma Técnica ‘Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes’ (2005a) e a Norma Técnica ‘Atenção Humanizada ao Abortamento’ (2005b)” (PORTO, 2009, p. 146). “A dispensa do BO está numa norma técnica do Ministério da Saúde, que é de 2005 [que diz]: ‘O Ministério da Saúde normatizou os procedimentos para o atendimento ao abortamento em gravidez por violência sexual, conforme Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes de Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, que contempla a organização da atenção e um guia geral para este atendimento. O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesses casos e a mulher violentada sexualmente não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O (a) médico (a) e demais profissionais de saúde não devem temer possíveis consequências jurídicas, caso revele-se posteriormente que a gravidez não foi resultado de violência sexual, pois é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (Código Penal, art. 20, § 1º)” (AZEVEDO, 2013).

que alegar motivos, ainda que dentro de um prazo pré-determinado? Isso não preservaria mais eficientemente sua privacidade do que obrigá-la a se expor para o médico, mesmo não tendo que fazê-lo para a polícia? E, ainda: não seria esta uma saída muito mais racional (já que levaria em conta o feto, que não tem culpa das circunstâncias em que foi concebido) e mais razoável (já que permitirá a mulheres que não desejam o filho por outras razões a abortar também, mas dentro da lei, onde a fiscalização as impede de cometer excessos)?

Sequer havia previsão sobre o aborto sentimental nos Códigos Penais anteriores. A pena era reduzida se a morte do recém-nascido (no primeiro Código) ou do feto (no segundo) era motivada pela ocultação de desonra, mas havia pena em ambos os casos. Mas, se é tão importante para o legislador proteger o feto, não parece um retrocesso?

Rulian EMMERICK (2008, pp. 2; 61) explica o fato dizendo que, por trás do falso objetivo do Direito Penal em tutelar e proteger a vida do feto desde a concepção, jaz um objetivo oculto, que não tem ligação com os direitos do feto, mas com um *“controle social formal da sexualidade e da reprodução da mulher, a fim de perpetuá-la em seu histórico papel social em uma sociedade histórica e socialmente autoritária, machista e patriarcal, como a brasileira”*<sup>54</sup>, ou seja, o que se visa com a criminalização é *“a preservação dos bons costumes e dos princípios morais e religiosos”*, tese essa que nos parece inegável.

Ainda que o autoaborto só tenha vindo a ser punido no Código vigente, como dissemos, não existia, em nenhum dos Códigos anteriores, a excludente da ilicitude relativa ao estupro, como se prevê no Código de 1940, e somente o de 1890 previu o aborto necessário<sup>55</sup>. Logo, pelo Código de 1830, além de não ser possível abortar com assistência médica, sem pena, o feto proveniente de estupro (coisa que o Cód-

---

<sup>54</sup> É no mesmo sentido a lição de Paulo Renato de MELLO (2010, p. 18), que diz: *“Na verdade, o referido diploma legal procura dissimular seu real interesse em criminalizar o aborto sob o juízo valorativo de proteger o nascituro, que é o de tirar proveito não em nome da vida por si só e, sim, em prol de seu biopoder sobre o corpo feminino, domesticando-o ainda mais do que a pressão social já o faz e, também, gozando do efeito de instrumentalizá-lo para escoltar o feto. Ao mesmo tempo, tal dispositivo legal acaba passando por cima do direito da mulher decidir acerca do destino de um feto que vai desencadeando mudanças no seu próprio corpo, íntimo e privado demais para que o Estado o tome por objeto e, em nome de seu referido biopoder, garanta uma gestação ininterrupta”*.

<sup>55</sup> *“Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação”* (BRASIL, 1890).

go de 1890 também não permitia), não era possível abortar, sequer, para salvar a vida da mãe. Isso só se tornou possível do Código de 1890 em diante.

Não haver uma tendência entre um Código e outro de ser apenas mais rígido ou apenas mais permissivo sugere que, apesar de tudo, a escolha sobre se determinada conduta é crime ou não é feita com base em nada mais que a política criminal adotada no dado momento histórico. “*Um determinado comportamento social passa ou deixa de ser crime de acordo com os interesses dominantes em diferentes momentos históricos* (DORNELLES, 1998, p. 14, apud EMMERICK, 2007, p. 40)<sup>56</sup>. Então, se não há uma razão transcendental que explique, por que não, simplesmente, fazer uma escolha mais razoável?

Como se não bastasse quão ruins as coisas já estão, tramita no Congresso desde 2007 um Projeto de Lei que visa a antecipar a personalidade jurídica do nascimento para a concepção (PL 478)<sup>57</sup>, apelidado de “Estatuto do Nascituro”<sup>58</sup>, que

<sup>56</sup> Citação original: DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *O que é crime*. Rio de Janeiro: 2. ed. Editora Brasiliense, 1998.

<sup>57</sup> O Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos aprovado na esfera do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (OEA) e ratificado pelo Brasil – que integra o ordenamento jurídico brasileiro com força de lei e, de acordo com algumas teorias, como a defendida pela jurista Flávia Piovesan, assumem status materialmente constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal – em seu art. 4º, determina o que o direito à vida deve ser protegido pela legislação, em geral, desde a concepção (“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”). No entanto, GONÇALVES, BEVILÁQUA e LAPA, em sua pesquisa “Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros – Análise dos dados referentes a casos de anencefalia e má formação fetal julgados pelos tribunais estaduais e superiores no período de 2001 a 2006”, chama atenção para o fato de que em nenhum dos acórdãos não concessivos da interrupção da gravidez de anencéfalos e má formação que apresentaram uma argumentação pró direito à vida como absoluto houve referência ao Pacto. “*Em razão desta previsão expressa, era de se esperar que os acórdãos não concessivos da autorização para a interrupção da gestação levantassem como fundamento este dispositivo. A ausência de referência a tal norma pode significar pouco conhecimento, por parte dos magistrados, destes instrumentos internacionais de direitos humanos ou pouco apego às fundamentações jurídicas pautadas na doutrina dos Direitos Humanos [mesmo porque não houve menção expressa a outros tratados internacionais de direitos humanos ou à teoria geral dos direitos humanos para se embasar argumentações pró direitos da mulher, também, mesmo quando os acórdãos apresentaram discussões acerca de direitos reprodutivos e dignidade da mulher]*”. Mas chamam atenção, também, para o fato de que a expressão utilizada pelo dispositivo do Pacto, que diz que o direito à vida deve ser protegido pela lei, “em geral”, desde o momento da concepção, abre espaço para exceções em que o direito à vida possa ser relativizado, como quando em conflito com outro bem jurídico igualmente tutelado como direito humano fundamental (GONÇALVES; BEVILÁQUA; LAPA, 2008, pp. 37-39). Também, nas palavras de Daniel SARMENTO (In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 2006, pp. 149-150), “*O uso da cláusula ‘em geral’ evidencia que a proteção à vida intrauterina deve ser concebida como um princípio e não como regra. Em outras palavras, e empregando a conhecida fórmula de Robert Alexy, a proteção ao nascituro constitui um ‘mandado de otimização’ em favor de um interesse constitucionalmente relevante – a vida embrionária -, sujeito, contudo, a ponderações com outros princípios constitucionais e que pode ceder diante deles em determinadas circunstâncias. E esse entendimento se reforça diante da interpretação sistemática da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. É que a Convenção consagra em seu bojo uma série de outros direitos, titularizados também pelas gestantes, que podem entrar em colisão com a proteção à vida embrionária: é o caso do direito ao respeito*

não só criminaliza até mesmo os abortos, hoje, legais<sup>59</sup>, como inviabiliza a fertilização *in vitro* e as pesquisas com células-tronco embrionárias, admitidas no Brasil desde o julgamento da ADI 3510 – que classificou o nascituro como um ser em desenvolvimento no útero materno (voto dos Ministros Ayres Britto, p. 39; Cezar Peluso, p. 6; Eros Grau, p. 5; Lewandowski, p. 22; Marco Aurélio, p. 10), e não um ser humano concebido, embora não nascido, como faz o Projeto de Lei, e decidiu pela inexistência de direitos da personalidade dos embriões que seriam utilizados na pesquisa, justamente por lhes faltar personalidade jurídica (STANCIOLI; CARVALHO, 2013)<sup>60</sup> –. Houve manifestações por todo o Brasil contra esse Projeto de Lei

---

*da integridade física, psíquica e moral (art. 5º, 1), do direito à liberdade e segurança pessoais (art. 7º, 1), do direito de proteção à vida privada (art. 11, 2), dentre outros. Assim, a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, a lesão a esses direitos, razão pela qual torna-se essencial a sua relativização. Não bastasse isso, mesmo para quem atribua estatura constitucional ao Pacto, é evidente que se deve buscar a harmonização entre seus preceitos e aqueles contidos não só na Constituição da República, como também em outros tratados internacionais sobre direitos humanos. Portanto, tendo em vista a tutela constitucional de direitos como os da saúde da mulher, da privacidade, da autonomia reprodutiva e da igualdade de gênero – que adiante serão examinados –, não haveria como conferir peso absoluto à proteção à vida embrionária, sob pena de criar-se uma contradição insanável na ordem jurídica. E isso fica ainda mais claro quando se acrescenta a esse quadro normativo os tratados de direitos humanos voltados à proteção da mulher – notadamente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção de Belém do Pará, elaborada no âmbito da OEA, em 1994 – ambas devidamente incorporadas ao ordenamento nacional e dotadas da mesma hierarquia do Pacto de São José da Costa Rica”. Ainda, há quem diga que se trata de, mais que um equívoco, um erro grosseiro, a ideia de que “o Brasil ser signatário do Pacto de São José, por si só, obstaculiza a descriminalização do aborto no Brasil, [por isso] (...) seria inútil o debate sobre o tema do direito ao aborto instalado no país, [já que], ao final, o Supremo Tribunal Federal reconhecerá a inconstitucionalidade de uma lei que viesse a descriminalizar a prática do aborto consentido” (LOREA, 2006, p. 192), e que, mesmo as excludentes da ilicitude sobre os abortos necessário e sentimental são inconstitucionais por afrontarem o art. 4º, I, do Pacto de San José, que defenderia a vida desde a concepção e tem força de texto constitucional no Brasil. O argumento é que o Tratado, de 1969, é que se curvou aos Códigos Penais já vigentes à época, dentre os quais o brasileiro, que data de 1940, e, por isso mesmo, não foi taxativo quanto à tutela ao direito à vida começar na concepção (LOREA (2008, p. 194). Faz-se ainda referência ao fato de que “O órgão competente para interpretar o Pacto de São José é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual, ao apreciar o caso 2141, em que figurava como demandado os Estados Unidos da América, decidiu, através da Resolução 23/81, de 6 de março de 1981, que o direito ao aborto não viola o artigo 4º, inciso I, do Pacto de São José, nem o artigo 1º da Declaração Americana dos Direitos do Homem. (...) [E] o fato de que Estados Unidos não seja signatário do Pacto de São José da Costa Rica, como explicitado na decisão examinada, em nada altera a interpretação dada ao caso 2141, originário de um conflito no território norte-americano, cuja solução repercute não apenas no Brasil, mas em todas as Américas” (LOREA, 2008, pp. 196-198).*

<sup>58</sup> Mais sobre o assunto em: MOVIMENTO DE MULHERES DO BRASIL. *Sobre o Estatuto...*

<sup>59</sup> Sobre o assunto, vale salientar que outro projeto de lei, de número 2.504, também de 2007 e de autoria do ex-Deputado Walter Brito Neto, “dispõe sobre a obrigatoriedade do cadastramento de gestante, no momento da constatação da gravidez, nas unidades de saúde, ambulatoriais ou hospitalares, públicas e particulares”, para “monitorar” eventuais casos de aborto (MORENO, 2013c).

<sup>60</sup> Também, já houve no Brasil duas tentativas de tornar o aborto um crime hediondo (PL 04917/2001 e PL 4703/98) (VIEIRA, 2001), e pelo menos um no sentido de revogar o dispositivo atinente aos abortos legais (PL 7235/02) e outro buscando definir como crime o aborto de feto proveniente de estupro (PL 5364/05) – deixando restar apenas a excludente da ilicitude relativa ao aborto necessário. “Segundo o Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA (2007), esses projetos de

(NITAHARA, 2013; CRUZ, 2013; RODRIGUES, 2013), e, inclusive, uma petição online que reuniu 120 mil assinaturas pedindo por seu arquivamento – o que, no entanto, não aconteceu (GUIMARÃES, 2013) –.

FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 166 ss), em sua obra “*O drama do aborto: em busca de um consenso*”, buscam na bioética a fundamentação para um consenso possível sobre a questão do tratamento do aborto na lei.

*A bioética surge da necessidade de se controlar, a partir de uma análise multidisciplinar, a prática das novas tecnologias que avançam em direção às descobertas científicas e podem, de uma forma ou de outra, comprometer os valores humanos fundamentais. Olga Jubert Gouveia Krell<sup>61</sup> ensina que “hoje, são os direitos humanos fundamentais que constituem o ‘mínimo ético’ irrenunciável das sociedades ocidentais e o mais apropriado vínculo de união entre posições diversas de sociedades pluralistas”. [grifo nosso] (SILVA FILHO, 2010, p. 953)*

Os autores mencionam quatro princípios bioéticos, que sempre devem ser observados: o do respeito pelas pessoas ou autonomia, o da não-maleficência, o da beneficência e o da justiça ou equidade.

Quando ao princípio da autonomia, eles esclarecem que seu mandamento é que cada indivíduo seja reconhecido e tratado como um agente livre, ou seja, com plena capacidade de julgamento e ação independente quando diante de um dilema moral. Este princípio reconhece a responsabilidade como valor central em qualquer ato moral, o que implica em conhecimento e liberdade de ação, sendo que o conceito de liberdade só pode ser restringido quando puder causar dano a outra pessoa<sup>62</sup>.

O princípio da não-maleficência, segundo os autores, se relaciona à regra médica tradicional segundo a qual não se deve causar danos. Esta obrigação não é

---

*leis e outros que almejam a criminalização do aborto até em casos permitidos por lei ameaçam os direitos conquistados pelas mulheres e revelam um descaso dos parlamentares com a saúde delas, pois: ‘Negam o direito ao aborto seguro às vítimas de estupro e às mulheres em risco de morte – PDC 42/2007, do deputado Henrique Afonso (PT-AC): susta a norma técnica de 1998 que instrui aos hospitais do Sistema Único de Saúde (SUS) a praticarem aborto seguro em caso de gestações decorrentes de estupro até o quinto mês; e constrange as mulheres na hora de exercer seus direitos – PL 831/2007, do deputado Odair Cunha (PT-MG): determina a criação, nos hospitais que prestam atendimento em aborto legal, de programas para orientar mulheres sobre os efeitos e métodos utilizados no procedimento, de forma a tentar dissuadi-las da decisão de interromper a gravidez. Essas mulheres terão de ser submetidas a filmes que demonstrem as formas utilizadas para a retirada do feto humano e sua formação física, mês a mês, causando-lhes mais um constrangimento. Tudo isso depois de passarem por um estupro ou risco de morte” (VIEIRA FILHO, 2011, p. 73).*

<sup>61</sup> Citação original: KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 64.

<sup>62</sup> “A expressão prática mais comum em medicina do princípio de respeito pelas pessoas é o consentimento informado. Este consentimento visa a assegurar que os médicos deem todas as informações aos pacientes sobre as possibilidades alternativas de tratamento, o que lhes dá a liberdade de tomar a decisão final baseados no pleno conhecimento do efeito esperado da ação que será realizada” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 167).

um princípio absoluto da medicina; o risco relativo é uma consideração frequente que significa que um certo grau de dano pode ser permitido para se alcançar o bem que se persegue<sup>63</sup>.

O princípio da beneficência, por sua vez, estabelece a obrigação de fazer o bem, que as ações se direcionem a favor dos benefícios em contraposição aos riscos e custos. Ou seja, não é suficiente prevenir ou eliminar o dano, é necessário promover o bem. Maximizar benefícios e minimizar danos, diga-se de passagem, é o princípio básico do utilitarismo, que prega como corretas as ações e políticas sociais que promovem o maior benefício para o maior número de pessoas<sup>64</sup>.

Por fim, o princípio da equidade é centrado numa distribuição correta dos custos e benefícios, sem distinção de gênero, raça, idade e status socioeconômico. A justiça deve ser respeitada como um direito de todos os indivíduos e como uma obrigação da sociedade para com eles. Assim, a aplicação do princípio da justiça requer solidariedade<sup>65</sup>. Os autores chamam atenção para que a equidade não deve ser tida por sinônimo de igualdade. A equidade distributiva diz que cada pessoa tem direito a um mínimo de bens e serviços, na medida dos recursos coletivamente disponíveis. Isso é diferente de dizer que todos os bens materiais devem ser distribuídos em porções iguais a cada indivíduo.

FAÚNDES e BARZELATTO (2004, p. 169) explicam que os conflitos entre os princípios éticos são difíceis de resolver, porque não existe um consenso quanto à hierarquia entre eles, e as circunstâncias particulares dos casos individuais podem influenciar de forma diferente à prioridade dada a qualquer dos quatro princípios. Por isso, não se aceita a ideia de que um princípio deva sempre prevalecer sobre os outros quando se enfrenta um problema moral específico. Por outro lado, enquanto há um acordo geral sobre a necessidade de aceitar exceções bem justificadas na aplicação de qualquer desses princípios éticos, a interpretação do que se constitui uma

---

<sup>63</sup> “Um exemplo simples para ilustrar este tipo de conflito é o que se observa quando o médico está confrontado com a necessidade de amputar uma perna, com um tumor maligno, para salvar a vida da pessoa” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 167).

<sup>64</sup> “O respeito pelas pessoas e a obrigação de fazer o bem podem às vezes entrar em conflito. Uma mulher com hipertensão severa numa gravidez avançada pode precisar da interrupção imediata da gestação, através de uma cesárea, para preservar sua vida (obrigação de fazer o bem), mas ela pode rejeitar a cesariana (respeito pelas pessoas). Não há solução fácil para esse tipo de conflito, e cada indivíduo envolvido deve atuar de acordo a sua consciência, dependendo das circunstâncias particulares de cada caso” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 168).

<sup>65</sup> “É preciso entender que a doação voluntária de um ou mais indivíduos por caridade não substitui a obrigação coletiva de assegurar a justiça. É por isso que uma sociedade justa exige a solidariedade de seus membros” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 169).

exceção bem justificada pode variar muito. Por isso, esses princípios têm maior valor como instrumentos para análise e guias de ação do que como regras prescritivas de decisões individuais na solução de problemas morais.

Após esses esclarecimentos, os autores aplicam os referidos princípios à problemática do aborto (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 170 ss). E explicam que, num nível individual, predominam os princípios da autonomia, da beneficência e o da não maleficência. Mas, num nível coletivo, como quanto aos legisladores, é diferente, porque eles devem decidir que ações individuais devem ser penalizadas pela lei em sua sociedade e quando isso deve ocorrer. Portanto, o foco está na proteção do bem comum, e não no julgamento da moralidade de ações individuais. Assim, neste âmbito, os princípios da justiça e da beneficência têm mais peso. Um indivíduo pode interpretar uma ação como antiética segundo seus valores pessoais, mas isso não significa, necessariamente, que a lei deva penalizar esta ação, a menos que, ao fazê-lo, ela esteja protegendo o bem comum e respaldando o princípio da justiça. Significa dizer que um parlamentar pode ter a convicção moral pessoal de que o aborto só pode ser aceito em situações muito limitadas, ou não pode ser aceito em hipótese alguma, mas pode votar a favor da descriminalização do aborto ao ter consciência de que essa legislação se faz necessária em nome da saúde da população. Eles explicam que esta atitude é comumente tomada por parlamentares em países desenvolvidos e em desenvolvimento ao aprovar leis que liberalizam o aborto, apesar de o ato ser contra suas convicções religiosas pessoais.

No que diz respeito ao princípio do respeito pelas pessoas, ele favorece os direitos da mulher sobre decidir conscientemente se continua ou interrompe sua gestação, como um agente moral com plena autonomia. Ao mesmo tempo, o princípio rejeita veementemente a noção de que a mulher pode ser pressionada ou forçada a interromper uma gestação, assim como que alguém seja forçado a prover serviços de abortamento contra a sua consciência.

No entanto, neste contexto, surge uma questão. Considerando que o respeito à liberdade individual pode ser limitado apenas com o princípio de prevenir o dano sobre outra pessoa, a partir de quando, na gestação, há uma segunda pessoa? Ou seja, a partir de quando o embrião ou feto se qualificam plenamente como pessoas, logo merecem o mesmo respeito que a mulher grávida?

A maioria concorda que o direito de um indivíduo em desenvolvimento aumenta ao longo de sua vida intrauterina, e ainda mais após o nascimento (e por isso,

aliás, as penas do aborto e do homicídio se diferenciam)<sup>66</sup>. Isso se contrapõe ao argumento de quem considera que um zigoto já possui direitos morais completos iguais aos de uma pessoa adulta. Em verdade, nenhum dos pontos de vida discutidos sobre em que momento se pode estabelecer a existência de outra pessoa com direitos iguais aos da mulher que a carrega em sua barriga satisfará a todos. Recai sobre a questão um desacordo moral mais do que razoável.

Não existe uma definição universalmente aceitável sobre a idade gestacional na qual o feto adquire pleno reconhecimento moral, apesar de não pairar dúvida sobre o fato de que o respeito pelo feto aumenta com o avançar da gestação. E, ainda que se admitisse que, numa gravidez, há duas pessoas com direitos semelhantes, diante de um conflito, os direitos de qual delas deve prevalecer? Se não necessariamente ou sempre os da mãe, certamente não necessariamente ou sempre os do feto.

*Em um extremo existem aqueles que acreditam que o embrião ou feto tem absoluta prioridade sobre as decisões individuais das mulheres, e assim parecem ignorar completamente os direitos delas. O extremo oposto dá absoluta prioridade ao direito da mulher de decidir por ela mesma se continua ou se interrompe a gravidez, e parece ignorar qualquer valor do embrião ou feto. Estes dois extremos estão representados nos movimentos Pró-Vida e Pró-Escolha, respectivamente. Nenhum destes dois extremos se predispõe a ouvir com respeito os argumentos do outro. Qualquer ensejo de ouvir o outro é interpretado negativamente como um final de enfraquecimento da convicção, e uma maneira de fortalecer os argumentos do inimigo. Esta controvérsia é tão tempestuosa e as emoções suscitadas pelo tema são tão fortes que se torna muito difícil evitar a polarização da opinião pública. Esse predomínio da emoção sobre a razão faz que se perca a integridade intelectual do debate. Acreditamos que esta situação pode melhorar sensivelmente se a opinião pública e os responsáveis pelos programas sociais dos governos se colocarem à parte do falso dilema de ter que se definir contra ou a favor do aborto. [grifo nosso] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 22; 23)*

De volta aos princípios da bioética, quanto às ordens de fazer o bem e não fazer o mal (beneficência e não-maleficência, respectivamente), há diversas implicações desses mandamentos sobre o dilema do aborto. Em primeiro lugar, eles obrigam a repudiar qualquer restrição ao acesso a serviços de aborto que façam interrupções legais da gravidez com segurança, seja estabelecendo obstáculos burocráticos excessivos que tornem o aborto legal inacessível, seja evitando que as pessoas tenham acesso físico aos lugares preparados ou supostamente preparados para oferecer o serviço. Esses princípios também implicam na penalização de pessoas

<sup>66</sup> “O que demonstra que a intenção do legislador foi conferir maior importância ao bem jurídico tutelado (pessoa nascida), do que ao feto (pessoa em potencial). Ressalte-se, ainda, que o aumento de pena previsto no artigo 127, visa proteger a gestante, não o feto” (EMMERICK, 2008, p. 61).

que realizem o aborto sem conhecimento ou sem os recursos técnicos básicos para realizá-los sem com isso pôr em risco desnecessário a saúde da mulher.

Dados mostram que países com leis que criminalizam o aborto ou o restringem a situações muito excepcionais não conseguem, por si sós, inibir os eventos, mas fazem crescer significativamente o número de abortos inseguros. Assim, aumentam os índices de mortalidade materna, violando os princípios da beneficência e não-maleficência, já que aumentam o dano para as mulheres e a sociedade, uma vez que criam um problema de saúde pública.

O princípio da não-maleficência também pode ser aplicado à discussão ética a respeito da idade gestacional em que a interrupção da gravidez poderia ser aceitável. Tanto para o feto interessa que a interrupção da gravidez, se for o caso, se dê o quanto antes, quanto para a mãe. Mas, na ilegalidade, não há qualquer tipo de controle sobre isso.

Quanto ao princípio da justiça, ele impera que se observe que os setores mais carentes da sociedade são os que mais sofrem os efeitos negativos das leis restritivas ao aborto. Tanto porque, por limitações financeiras, só têm acesso a serviços abortivos sem preparo, quanto porque precisam se valer da rede pública de saúde para tratar das complicações, muito comuns nesse contexto, e sofrem denúncias com mais frequência. Assim, as legislações proibitivas violam o princípio da justiça com respeito à equidade de estrato socioeconômico, mas não só. Violam também quanto à equidade de gênero, já que essas legislações focam na mulher, e não no homem, que partilha do ato do qual resulta a gravidez, compartilhando, portanto, das responsabilidades pela gravidez indesejada e, não poucas vezes, pressiona a mulher a fazer um aborto ou cria as condições que a levam a procurá-lo. Além disso, como será aprofundado adiante, essas leis não respeitam a liberdade de se ter uma crença religiosa, considerando a grande diversidade de posições referentes ao aborto nas várias religiões, e, inclusive, dentro de cada uma delas. O direito a não ser obrigado a aceitar as imposições morais de uma religião que não se professa é corolário do princípio da liberdade de crença.

Concluindo suas reflexões sobre valores éticos a respeito do aborto, FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 180-181) propõem uma aplicação equilibrada dos quatro princípios éticos ao problema do aborto por escolha.

Na visão dos autores, em primeiro lugar, durante as primeiras 12 semanas de gravidez, deve-se dar prioridade ao princípio da autonomia para permitir à mulher

interromper a gestação por escolha; tanto por ser o período no qual o aborto representa menor risco para a mulher, quanto por ser o marco a partir do qual se dá o início da vida cerebral do feto, quando ele adquire capacidade rudimentar de sentir.

Eles afirmam, em segundo lugar, que o aborto além das 12 semanas de idade gestacional deve ser aceito apenas com justificativas muito fortes, como risco para a vida da mulher, malformações fetais muito graves e gravidez resultante de estupro ou incesto.

Em terceiro lugar, dizem os autores que a interrupção da gravidez além das 22 semanas de gestação, quando o feto já é viável, deve ser permitido somente quando a gravidez ameaça a vida da mulher ou quando o feto tem uma malformação incompatível com a vida fora do útero.

Finalmente, em quarto e último lugar, eles lembram que, após as 22 semanas de gestação, a interrupção da gravidez já não é mais um aborto, mas um parto prematuro; logo, devem ser empenhados todos os esforços para postergar o procedimento com o fim de atingir a máxima maturidade possível e as melhores chances de sobrevivência para o feto, sem, com isso, expor a saúde da mulher a riscos excessivos, mas chamam atenção para o fato de que isso não se aplica aos casos de aborto por malformação grave, incompatível com a vida, como é o caso da anencefalia.

Afora as hipóteses das gravidezes resultantes de estupro ou incesto, sobre as quais consideramos que a interrupção só deva ser possível no contexto do aborto por escolha, até as 12 semanas, assentimos com a conclusão dos autores. O problema do aborto precisa ser encarado, e a solução encontrada por eles, com respaldo dos princípios da bioética, parece muito razoável.

Trataremos melhor do assunto adiante, mas acreditamos que a nossa Constituição, como é, admite a legalização do aborto por escolha, sendo possível dizer, inclusive, que os dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido podem nem ter sido recepcionados pela nova ordem constitucional inaugurada por ela, que prevê o direito ao planejamento familiar. Além disso,

*As leis são os instrumentos que os governos usam para estabelecer as bases que determinam quando um ato é permitido ou quando deve ser penalizado. Entretanto, nem sempre as leis atingem o propósito de regular o comportamento social ou individual. Isto depende da forma como as leis correspondem ou não aos valores da comunidade na qual são aplicadas. O sistema legal funciona melhor quando está baseado em valores que refletem um consenso social, mas as leis que carecem gravemente de apoio social quase nunca são aplicadas, levando ao descrédito do sistema legal. Este é o caso de muitas leis que foram emitidas com a intenção de regular a prática*

*da sexualidade, da reprodução e, particularmente, do aborto. Se as leis restritivas ao aborto, que atualmente prevalecem em um grande número de países em desenvolvimento, fossem realmente aplicadas, não haveria número suficiente de prisões para receber as infratoras. Apesar da desobediência sistemática às leis relativas ao aborto em muitas sociedades, o fato de essas leis existirem tem influência significativa sobre a atitude dos provedores dos serviços de saúde e sobre a sociedade em geral. [Como vimos] (...), as leis restritivas limitam seriamente o acesso ao aborto seguro e aumentam exponencialmente as consequências negativas dos procedimentos inseguros. Daí a importância de revisar as diferenças do status legal do aborto nas diversas regiões e países do mundo. [grifos nossos] (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 183-184)*

Essas são as razões pelas quais se pode dizer que, aqui, a legalização é possível (nossa Constituição comporta), desejável (é um ato tolerado e comumente praticado socialmente) e necessária (suas consequências são mais gravosas do que o mal que ela almeja evitar).

*Juridicamente, não se justifica a criminalização do abortamento, pois, especialmente nesse particular, o sistema penal, como medida prima ratio, contrariando o princípio constitucional e democrático da intervenção mínima, além de ineficaz para a solução do problema, reproduz a dominação, reforça a exclusão, produz odiosa prática de injustiça seletiva, elege as mulheres como bodes expiatórios, geram um grande volume de violência e deterioração moral, reforça o isolamento individual, incentiva a ausência de solidariedade, provoca o enfraquecimento do controle informal dos problemas sociais, ignora a crise econômica do sistema capitalista pós-industrial com a conseqüente desaceleração do crescimento e suas conseqüências na desigualdade, desvia a atenção das verdadeiras causas sociais, intensifica o castigo e a repressão, fortalece o sentimento coletivo de histeria e pânico e impede o fortalecimento dos movimentos transformadores com o instrumento não democrático do terrorismo oficial e da repressão legal, fulminando a autoestima. [grifo nosso] (TORRES, 2004, p. 8, apud EMMERICK, 2007, pp. 152-153)<sup>67</sup>*

Como mencionamos, a maior pesquisa sobre o aborto realizada no Brasil, feita pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero da UnB, em 2010, mostrou que, aos 40 anos, 20% das mulheres brasileiras, ou seja, um a cada cinco, já terá abortado pelo menos uma vez na vida (CABRAL, 2010). É um número astronômico para uma conduta criminalizada. Sobre isso, Danielle Ardaillon, em “*Para uma cidadania de corpo inteiro*”, citando a exposição de motivos da lei francesa descriminalizadora do aborto, acabou descrevendo ricamente o presente do Brasil:

*A existência da lei proibitiva não impedia [impede] as mulheres de abortarem, e esse desrespeito acarretava [acarreta] uma tripla desordem: de ordem política, já que a lei é negada; de ordem social por causa dos riscos li-*

<sup>67</sup> Citação original: TORRES, José Henrique Rodrigues. Caminhos jurídicos: o aborto como um direito numa perspectiva filosófica e jurídica. In: CUNHÃ COLETIVO FEMINISTA. Toques de Saúde. João Pessoa: n. 4, Cunha Coletivo Feminista, outubro de 2004.

gados à prática clandestina; de ordem moral, pois a situação de ilegalidade abrigava excessos de todo tipo. [grifos nossos] (ARDAILLON, 2000, p. 27)

Um exemplo dos excessos dos quais ela fala é o aborto a qualquer tempo, que acaba acontecendo, já que na clandestinidade não há fiscalização. No Brasil, aliás, vimos que este excesso ocorre inclusive legalmente, no caso do estupro.

Quanto à negação da lei, isto é visível. Não há quem não faça porque a lei diz para não fazer. Mas mais visível que isso são os riscos da prática clandestina. É fato que as mais abastadas podem viajar e abortar num país em que isso seja uma prática legal<sup>68</sup>, ou, simplesmente, fazê-lo numa clínica bem preparada, porque podem pagar seu preço, enquanto as pobres, no geral, recorrem a clínicas clandestinas imundas ou fazem sozinhas, com medicamentos, ácidos ou objetivos perfurantes. E ficam estéreis, adoecem, morrem. O efeito da lei não poderia ser mais diferente para pobres e ricas. Mesmo sobre a possibilidade de esconder ter cometido um crime.

Se houvesse, no Brasil, um preparo por parte dos profissionais da saúde no sentido de instruir as mulheres que passassem pelos hospitais para confirmar a gravidez e demonstrassem rejeitar a ideia de ter um (ou mais um) filho, ou seja, uma política pública séria no sentido de aconselhar e amparar as mulheres grávidas em situação de desconforto, como foi feito no Uruguai<sup>69</sup>, provavelmente este seria, como foi lá, o começo da solução do problema, que era tão grave quanto ainda é aqui e,

<sup>68</sup> “Com isso, e por meio de tal conduta, encontram-se agasalhadas pelo Princípio da Territorialidade, já que ‘considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado’ (arts. 5º e 6º, CP). além disso, não são atingidas pelo Princípio da extraterritorialidade, pois para ser aplicada, ao brasileiro, a lei penal pátria, deve ‘ser o fato punível também no país em que foi praticado’ (art. 7º, II, par. 2º, b, CP)” (GARCIA, 2009, p. 137).

<sup>69</sup> “Há um mês, Campinas se transformou na primeira cidade brasileira a aprovar um projeto de redução de danos nos postos de saúde e hospitais municipais. [Mas] existe uma diferença crucial entre o programa uruguaio e o de Campinas. O médico brasileiro só está autorizado a orientar as pacientes em ‘processo de abortamento’ ou depois de o aborto ter sido concluído. (...) [A adoção da política de redução de danos] prevê basicamente a adoção de duas medidas. O médico indica à sua paciente uma clínica clandestina onde ela pode fazer o aborto ou ele mesmo a orienta sobre como usar as pílulas abortivas. O medicamento mais utilizado para esse fim é o misoprostol, vendido sob o nome comercial de Cytotec. (...) A maioria dos ginecologistas recomenda a internação da mulher ao primeiro sinal de sangramento. Ela dá entrada no pronto-socorro como se fosse vítima de um aborto espontâneo e a partir daí recebe atendimento. Quando a paciente não quer ser hospitalizada, os médicos sugerem que a mulher se submeta a um exame de ultrassom para se certificar de que todo o material embrionário foi expelido. Pela letra fria da lei brasileira, todo o procedimento narrado neste parágrafo pode ser descrito como criminoso. Ele seria visto como pecado ao juízo das convicções religiosas de muitas pessoas. O espantoso, nesse caso, é que, apesar das imposições legais e das restrições ético-religiosas, médicos e pacientes se sintam eticamente autorizados a discutir e a praticar procedimentos que levem ao aborto. (...) A filosofia da redução de danos para o aborto surgiu no início dos anos 2000, no Uruguai, país com leis tão rígidas quanto as do Brasil” (LOPES, 2007).

agora, não existe mais<sup>70</sup>. Mas, lamentavelmente, não é como as coisas são. E a mulher, sabendo que em pouco tempo a barriga vai aparecer e começar a chamar atenção, sem muito refletir, se tem uma pequena dúvida sobre se quer viver a maternidade naquele momento ou naquelas condições, aborta, se utilizando dos meios de que se dispuser. Se rica, no exterior, ou em clínicas que se utilizam de técnicas apuradas, com complicações próximas de zero. Se pobre, em casa ou nas clínicas que podem pagar com pouco mais que nada, e que lhes oferecem, também, pouco mais que nada. Nesse caso, havendo complicações, o que ocorre em mais da metade dos casos, essa mulher vai parar na rede pública de saúde para tentar reparar os danos, o que, muitas vezes, nem é mais possível.

*A permanência da penalização do aborto [tem] como principal consequência fazer com que grande parte das gravidezes indesejadas sejam interrompidas de forma clandestina e insegura, o que contribui em muito para o aumento da morbidade e mortalidade materna no Brasil. O aborto clandestino é a terceira causa de mortalidade materna no país e a quinta causa de internações na rede pública de saúde. [grifo nosso] (EMMERICK, 2007, p. 113)*

É preciso que se entenda que ninguém pode obrigar uma mulher que não quer ser mãe a isso. É uma decisão muito transformadora para que ela deixe a cargo de outrem. Ela vai arriscar sua liberdade, vai arriscar sua saúde, sua vida, mas, se não quiser ter um filho, não vai ter<sup>71</sup>. E será que a expectativa de vida do embrião é um direito tão importante quanto o direito da mãe à saúde, à liberdade, à própria crença, ao planejamento familiar?

<sup>70</sup> No Uruguai, enquanto o aborto ainda era ilegal, norma técnica definia consultas com profissionais de várias áreas. A mulher recebia informações sobre o aborto e alternativas como adoção, passava por exames e tem tempo para pensar e decidir. Se mantivesse a intenção, recebia cuidados de proteção pré-aborto. Nesse processo, era orientada sobre o uso do misoprostol, cuja venda, ao contrário do que ocorre no Brasil, não tem restrições para vendas em farmácias. E, praticado o ato, a mulher ela passava por nova consulta para avaliação e educação sobre métodos contraceptivos (MORENO, 2013a). A descriminalização ocorreu em outubro de 2012. Desde lá, o país “*tem experimentado quedas vertiginosas tanto no número de mortes maternas quanto no número de abortos realizados. Segundo números apresentados pelo governo, entre dezembro de 2012 e maio de 2013, não foi registrada nenhuma morte materna por consequência de aborto e o número de interrupções de gravidez passou de 33 mil por ano para 4 mil. Isso porque, junto da descriminalização, o governo implementou políticas públicas de educação sexual e reprodutiva, planejamento familiar e uso de métodos anticoncepcionais, assim como serviços de atendimento integral de saúde sexual e reprodutiva*” (DIP, 2013). Mais recentemente, “*Um [novo] balanço oficial do governo uruguaio informou que, no período de um ano de vigência da Lei de Interrupção da Gravidez (lei de aborto), foram realizados 6.676 abortos seguros – nenhuma mulher faleceu*” (REIS, 2014).

<sup>71</sup> “*A experiência do aborto não é intrinsecamente dramática; ela é dramatizada pela sociedade que a qualifica como crime e pecado. Por fim, não acredito que a lei, em matéria de aborto, tenha efeito pedagógico. Ela tem efeito meramente punitivo. Também queria frisar que eu jamais me definiria como militante do aborto. A minha inserção no mundo é pelas liberdades individuais. Sou inteiramente favorável a que cada um viva a sua própria dor, protegido pelo Estado, não pelas comunidades religiosas*” (DINIZ in: ESTADO DE SÃO PAULO, 2009).

É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados e, ademais, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isso, a questão tem intensa conexão com a ideia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento pode ser encontrado na própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, II, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF). [grifos nossos] (SARMENTO in CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 157-158)

A premiada Débora Diniz<sup>72</sup>, que encabeçou as maiores pesquisas sobre o tema já realizadas no Brasil (“*Aborto e Saúde Pública no Brasil*” (BRASIL, 2009a) e “*Pesquisa Nacional do Aborto*” (DINIZ, 2010)), diz que “*Estudar aborto no Brasil é uma tarefa hercúlea. Estamos pesquisando um crime, do qual as mulheres não querem falar*” (LIMA, 2008).

Tratar-se de crime é uma barreira para a própria discussão. “*Quando o aborto é legalizado, (...) é mais fácil pedir ajuda, é mais fácil atender, ninguém tem medo de falar do problema*” (BARROS; CRUZ; SANCHES, 1997). Se a mulher puder conversar sobre suas opções quando estiver em dúvida sobre se quer levar a cabo a gravidez, ela vai saber que entregar o filho para adoção não é crime; não é abandono de incapaz, como ocorre em eventos que se repetem diariamente pelo país, quando mulheres deixam os filhos no meio da rua para serem encontrados por alguém ou apenas abandonam pra morrer, normalmente porque não podem criar. Quem sabe preferiam esse caminho.

Pesquisa aponta que, antes de decidirem interromper a gestação, mais de 63% das brasileiras foram atendidas por profissionais de saúde e fizeram exames até comprovar a suspeita. Para especialistas, é nesse momento que o Estado deveria agir a fim de reduzir danos e mortes. [grifos nossos] (MORENO, 2012)

A constatação de que grande parte das mulheres que abortavam passava, antes, por consultórios médicos, foi o que desencadeou o processo que culminou com a legalização do aborto no Uruguai<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Ver mais em: PERPÉTUO, 2012.

<sup>73</sup> “*Houve um programa de Saúde Pública muito bem sucedido no Uruguai apoiado pela Organização Pan-americana de Saúde (OPAS), denominado ‘Redução de danos’. Este programa visava orientar a mulher sobre os riscos do abortamento inseguro e como fazer para evitá-los. Além disso, a mulher retornava ao atendimento médico após o abortamento para receber orientação anticoncepcional e assim evitar uma nova gravidez indesejada. No Uruguai, o Misoprostol (Cytotec) é vendido nas farmácias e, portanto, lá os médicos podiam orientar as mulheres como utilizá-lo. No Brasil, o*

No maior hospital público de Montevideu, entre os anos de 2000 e 2002, 48% das mortes maternas registradas foram consequências de abortos inseguros. Para diminuir o índice, os médicos implementaram o projeto “*Iniciativas Sanitárias para a Redução do Aborto Inseguro*”, por meio do qual as mulheres que iam ao médico confirmar a gravidez e demonstravam desconforto com seu estado, dando sinais de que pretendiam abortar, eram convidadas a passar por consultas pré-aborto. O projeto foi reconhecido pelo governo uruguaio e, posteriormente, foi expandido para todo o país<sup>74</sup>.

“No Uruguai, assim como no Brasil, as leis são [eram] muito restritivas, mas o que está [estava] proibido é [era] fazer o aborto, não (...) dar informações”, contou o professor da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) Anibal Faúndes, que prestou assessoria para a implementação do projeto. Segundo ele, na consulta os médicos ofereciam alternativas às mulheres, como dar continuidade à gravidez e oferecer o bebê à adoção após o parto. “Aqueles que, apesar de todo aconselhamento, decidem fazer um aborto, eles dão informações sobre os riscos de cada um dos procedimentos clandestinos, incluindo a curetagem, o uso de sonda, de objetos metálicos colocados dentro do útero, mas também informando sobre o uso do misoprostol, que é a droga que está no Cytotec. De acordo com o pesquisador, se esse medicamento, que é de uso controlado, for usado nas doses aconselhadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), os riscos de complicação são menores”. [grifos nossos] (ANDRADE, 2007)

Só com isso, a mortalidade materna caiu significativamente. E, então, uma vez atingido um grau satisfatório de conscientização dos profissionais da saúde sobre a vida com a mulher grávida e das mulheres grávidas sobre suas opções, o aborto foi, finalmente, legalizado. É um exemplo a seguir, porque o Uruguai é tão latino quanto o Brasil (com todos os desdobramentos que isso implica).

“O Uruguai é um país latino-americano em que há forte presença da Igreja Católica, como no Brasil. Então se aconteceu lá, aqui também pode acontecer”, afirma Miryam Mastrella, socióloga do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), ONG que promove pesquisas em direitos humanos e feminismo. Para ela, o debate sobre o aborto no Brasil ainda deixa muito a desejar. “O aborto ainda é tratado como tabu, e não como questão de saúde pública, como deveria ser”, comenta. [grifos nossos] (RABAHIE, 2012)

---

*Misoprostol é de uso exclusivo hospitalar. Entretanto, penso que será possível, um dia, adaptar a experiência uruguaia ao Brasil e procurar assim minimizar os danos à saúde e a vida das mulheres brasileiras” (CEBES, 2013).*

<sup>74</sup> Ressalte-se que, em vários países da Europa, suas legislações preveem este processo de aconselhamento antes de a mulher decidir definitivamente sobre se procederão ou não com a interrupção da gravidez. Profissionais preparados lhes prestam instruções e esclarecimentos de modo a inspirá-las a levar a gestação até o fim. Mas, se elas decidirem por interrompê-la, contanto que cumprindo as condições previstas, a lei as autoriza.

Esta experiência mostra que a tendência é que a legalização do aborto faça cair o número de eventos (como vimos, também, pelo exemplo da Romênia), e, quanto às mortes por complicações, as reduza à insignificância. Se a mulher puder abortar na rede pública de saúde, onde poderá discutir sobre suas opções, por que recorrer a clínicas clandestinas, onde o interesse é que o aborto seja feito, e não que não seja? E, realizando o aborto num ambiente com preparo, as complicações que há ocorrem na mesma proporção que qualquer procedimento hospitalar. Por isso, mais uma vez, repisamos: a criminalização do aborto não diminui sua incidência, só o torna inseguro, aumentando o número de mortes das mães. Das mães pobres, melhor dizendo.

Como dissemos, o perfil das mulheres que abortam é muito diferente do que se imagina (BORIS; MIGUEZ, 2010; MOURA; BRAGA, 2010). São as nossas mães, tias, irmãs, vizinhas. Isso mostra que o aborto, via de regra, não é resultado de aventuras sexuais de adolescentes inconsequentes, como se costuma sugerir. Ele é a última medida de quem tentou evitar a gravidez e não conseguiu. “Ao contrário do que se imagina, essa não é uma solução para a gravidez indesejada de uma mulher que desconheça o sentido da maternidade”, afirma Débora Diniz (apud AGÊNCIA BRASIL, 2008). E não se pode achar que uma mulher vai escolher se abster de usar todos os métodos “anteriores” a esse para evitar a gravidez: pílula, camisinha, pílula do dia seguinte, ou seja, que a legalização vá tornar o aborto um ato “de mesmo nível” de todos os outros métodos contraceptivos. Há, no aborto, riscos muito maiores, de toda sorte. Uma mulher, só aborta quando, de fato, não há mais outro recurso de que se valer. Mesmo assim,

*É imensa a quantidade [de mulheres] que acham melhor interromper a gravidez. Legalmente, o número é baixíssimo. Somando os casos de anomalia com os de estupro e risco de vida para a mãe, desde 1989 [até 1997] em todo o país foram feitos apenas 205 abortos legais. A questão é a clandestinidade. O número mais aceito de abortos é uma enormidade — 1,4 milhão por ano. Como nascem perto de 3 milhões de crianças, conclui-se desse cálculo que de cada catorze mulheres que ficam grávidas dez vão para a maternidade — e quatro entram numa clínica clandestina para fazer aborto. Num puro exercício matemático, e supondo que as mulheres só fizessem um aborto na vida, pode-se até imaginar que, percorrido o prazo de 25 anos, o equivalente a toda a população feminina brasileira teria feito aborto. É difícil adivinhar onde se pode realizar 1,4 milhão de cirurgias desse tipo sem causar um imenso transtorno em hospitais, clínicas e consultórios médicos — pois a rede pública do Estado de São Paulo, que é de longe a maior do país, possui 85.000 leitos. [grifos nossos] (BARROS; CRUZ; SANCHES, 1997)*

Daí nasce o problema de saúde pública sobre que se costuma falar.

“A gente não classifica um problema como sendo de saúde pública se ele não tiver ao menos dois indicadores: primeiro, não pode ser algo que aconteça de forma rara, tem de acontecer em quantidades que sirvam de alerta. E precisa causar impacto para a saúde da população. Nós temos esses dois critérios preenchidos na questão do aborto no Brasil, mas essa é uma ótica nova”, explica o ginecologista e obstetra representante do Grupo de Estudos do Aborto (GEA) Jefferson Drezett, que há mais de 10 anos coordena um serviço de abortamento legal no País. [grifo nosso] (DIP, 2013)

Não há por onde negar que a lei criminalizadora do aborto não impede o aborto, ela impede que ele seja feito na rede pública de saúde<sup>75</sup>. Isso amplia de sobremaneira as consequências da desigualdade social entre as mulheres, já que, conforme tenham dinheiro ou não, as separa, muitas vezes, em vivas ou mortas. Quem tem dinheiro pode nem ter que viajar para outro país para abortar, já que, hoje em dia, existem clínicas no Brasil que fazem abortos por 4, 5 mil reais com procedimentos rápidos e seguros, como a aspiração a vácuo. Além disso, é possível adquirir no mercado paralelo medicamentos abortivos como o Cytotec, usado para tratar úlceras, mas que causa contrações na musculatura uterina, provocando como efeito colateral, em grávidas, sangramento e expulsão parcial ou completa do embrião (SOUSA, 2002, p. 10)<sup>76</sup> e que, embora tenha a venda liberada no exterior, no Brasil, tem uso restrito aos hospitais.

<sup>75</sup> “Reivindicar o direito ao aborto pode significar o dever de determinado médico provocá-lo ou de certo hospital oferecer suas instalações para o procedimento ou, ainda, da seguradora pagar por ele. (...) O aborto se apresenta como um problema ético da saúde pública. O sanitarista está moralmente obrigado a cooperar na manutenção da autonomia individual, devendo prever ajuda para que tanto as pessoas em geral como o pessoal que trabalha na área da saúde tenha respeitado o sentido que querem dar - individualmente - às suas vidas. Ora, essa simples constatação implica a necessidade de manter à disposição do povo serviços adequados para a prática do aborto, oferecidos a todas as pessoas que o demandarem responsabilmente. E, também, o dever de oferecer tais serviços apenas com profissionais competentes e que assumam a responsabilidade ética pela prática desse ato. (...) [No entanto, vale lembrar que], além de aguçar os problemas éticos da saúde pública, extremando as posições em relação aos postulados morais já identificados, o aborto produz o mesmo efeito na análise do princípio da igualdade entre as pessoas, fundamental à ética sanitária. De fato - como se viu - para que seja respeitada a autonomia pessoal, considerando sua tridimensionalidade, a sociedade deve estar organizada para oferecer a todas as pessoas serviços para a interrupção voluntária da gravidez de mesma qualidade. Entretanto, esse mesmo postulado exige que tais serviços sejam compostos apenas por profissionais que autonomamente escolham trabalhar para a realização do aborto. (...) A lembrança de alguns princípios da ética sanitária para analisar o aborto mostra, indubitavelmente, que a moral da saúde pública não pode ignorar o tema. É indispensável, contudo, que se respeite a pluralidade de perspectivas que, no caso específico do aborto, representam opiniões cujo fundamento ético é inconciliável. Toda a sociedade - e quem trabalha diretamente com a saúde do povo em particular - deve discutir em busca do consenso possível sobre a prática da interrupção voluntária da gravidez, a fim de evitar a arbitrariedade ética” (DALLARI, 2011, pp. 2-4).

<sup>76</sup> A potencialidade abortiva do Cytotec é reconhecida pelo Ministério da Saúde, “prova disso é que na ‘Norma Técnica’, o medicamento é indicado como abortivo até a idade de 12 semanas de gestação. É indicado como dilatador do colo uterino com vista ao menor traumatismo durante a dilatação. É recomendado que se introduza um comprimido de misoprostol 200mg (Cytotec) intravaginal, no mínimo 12 horas antes do procedimento” (SOUSA, 2002, p. 11).

Foi justamente para conter o uso para fins de aborto que o Ministério da Saúde, primeiro, restringiu o acesso ao Cytotec, já que o nome foi o que primeiro se popularizou e, só mais tarde, o do seu princípio ativo, o Misoprostol. “*Hoje em dia a substância só pode ser utilizada em hospitais credenciados, não podendo ser comercializada de nenhuma maneira*” (MORENO, 2013a)<sup>77</sup>. E, por isso, é vendido por preços altos no mercado negro<sup>78</sup>, mas, ainda assim, custa menos do que o procedimento feito numa clínica bem equipada<sup>79</sup>.

Aníbal Faúndes, médico chileno e professor de obstetrícia da UNICAMP (e coautor de “*O drama do aborto*”, trabalhado anteriormente)<sup>80</sup> ressalta ter muitas restrições a quem faz aborto por dinheiro. “*É a exploração de uma desgraça. Cobra-se não pelo ato médico, mas pela ilegalidade*” (BARROS; CRUZ; SANCHES, 1997). E é no mesmo sentido a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni (apud EMMERICK, 2007, p. 50)<sup>81</sup>:

*Até hoje o sistema penal não conseguiu resolver o conflito gerado pelo aborto, o aumento da repressão sobre os médicos que o praticam não faz que aumentar o preço dos seus serviços, excluindo cada vez mais as mu-*

<sup>77</sup> O Cytotec chegou ao Brasil em 1986, e somente teve as vendas liberadas nas farmácias até 1991, tempo suficiente para descobrirem seus dotes como abortivo. E uma pesquisa feita à época mostrou que o número de atendimentos hospitalares para curetagem não mudou, mas caiu de forma significativa o número de mortes decorrentes de complicações em abortos induzidos. Significa que o número de abortos continuou o mesmo, mas ele se tornou mais seguro. Por isso é que o governo uruguaio incentivou os médicos a indicar o medicamento para abortos caseiros. É instintivo considerar que, simplesmente, liberar a venda de Cytotec nas farmácias, fazendo vista grossa para seu efeito abortivo, já teria impactos positivos significativos sobre o problema no Brasil. No entanto, a assistência médica no sentido de orientar o uso é indispensável. MENEZES e AQUINO (2009, p. 3) citam trabalhos estrangeiros publicados nos anos 1990 que “*enfocaram a singularidade da experiência das brasileiras com o Misoprostol*”, chamando atenção para a associação do uso do medicamento com “*malformações fetais, em casos de tentativas não-exitosas de aborto*”.

<sup>78</sup> Além disso, muitas vezes, o uso do medicamento sem assistência médica acaba se desdobrando em complicações severas, por conta de problemas relativos à dosagem ou ao modo de uso.

<sup>79</sup> Há também a possibilidade de encomendar os comprimidos na Internet. “*O Women on Web é um site que se dispõe a enviar os remédios necessários a uma interrupção medicinal da gravidez para mulheres de qualquer país onde o acesso ao aborto seja limitado ou proibido. E o governo brasileiro nada pode fazer para impedir.* (...) O coquetel oferecido pelo site traz um comprimido de Mifepristona e seis de Misoprostol, combinação que, segundo Rebecca e Rosas, tem 98% de eficácia. Enquanto a Mifepristona induz à morte do feto, o Misoprostol provoca contrações e amolecimento do útero, facilitando a interrupção da gravidez” (MORENO, 2013a). Já houve reportagem no Portal G1 a respeito desse site (PORTAL G1, 2009b). No entanto, um fornecedor brasileiro do medicamento pela internet, investigado após uma reportagem, também do Portal G1 e também de 2009 (PORTAL G1, 2009a), que mostrava a facilidade da aquisição dos comprimidos pela internet, acabou sendo preso e condenado, com enquadramento no art. 273, CP, que criminaliza a venda de medicamentos falsificados ou sem registro na ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (OLIVEIRA, 2013).

<sup>80</sup> Ele, militante da descriminalização, chegou a sofrer processo em razão de uma entrevista, de 1994, em que declarou que o Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher, que coordenava, fazia abortos em casos de malformação de fetos sem condições de sobreviver.

<sup>81</sup> Citação original: ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 220.

lheres das faixas economicamente mais carentes, que se veem entregues a mãos despreparadas e desumanas, o que tem feito aumentar o número de mortes devido ao emprego de práticas primitivas, fazendo com que o aborto ocupe o primeiro lugar entre as causas de morte materna [no Brasil, terceira]. [grifo nosso]

É como dissemos: quem pode pagar pelo ato em boas condições vai pra casa e toca a vida. Quem não pode, muitas vezes, morre em casa porque abortou sozinha ou numa clínica que cobrou o preço que ela pôde pagar, sem estrutura e com técnicas medievais, e não querem ir para o hospital por medo de serem denunciadas e presas<sup>82</sup>.

Apesar de o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp) e o Conselho Federal de Medicina (CFM) terem se colocado várias vezes contra a denúncia da paciente que provoca o aborto por parte dos médicos e do próprio Ministério da Saúde determinar em norma técnica que “toda mulher em processo de abortamento, inseguro ou espontâneo, terá direito a acolhimento e tratamento com dignidade no Sistema Único de Saúde (SUS)”, o que se vê nos hospitais públicos e de convênios é [bem diferente]. “Diminuiu o número de mulheres que procuram o SUS por complicações de aborto, e não é porque o número de abortamentos diminuiu. É porque os profissionais recebem essa mulher com julgamento, xingamentos, deixam-na sangrando por horas antes de internar e, muitas vezes, fazem os procedimentos sem anestesia, que é ‘para aprender’”, diz a socióloga integrante da Frente contra a criminalização das mulheres e pela legalização do aborto Dulce Xavier, que há muitos anos acompanha estes casos. “Nós não temos uma política de planejamento reprodutivo no Brasil, faltam preservativos nos postos de saúde, muitos serviços que estão nas mãos de organizações sociais religiosas se negam a fazer laqueadura e distribuir pílulas do dia seguinte - tanto que a presidente precisou sancionar uma lei para garantir o direito às vítimas de violência, o que já deveria ser feito desde a década de 1980 e, mesmo assim, houve protestos - e quando essa mulher engravida sem querer e provoca um aborto em ato de desespero, é discriminada por atendentes, enfermeiras e médicos”, lamenta [Dulce Xavier]. [Jefferson] Drezett complementa: “Eu trabalhei mais de 22 anos como chefe de plantão do centro obstétrico do hospital Eleonora Mendes de Barros e sempre perguntava aos residentes qual era a conduta que eles deveriam ter se uma mulher chegasse dizendo que havia feito um aborto. Eles não tinham nenhuma informação sobre isso. Os médicos não sabem o que fazer. Muitos acham que têm o dever de comunicar a polícia. Não são todos, mas isso ainda existe. E tem os que fazem procedimentos sem anestesia, que é para a mulher aprender a não abortar mais. Porque senão ela vai ficar grávida toda hora para vir fazer um aborto aqui. Esse raciocínio só não é risível porque é patético. Mas o que tem por trás de tudo isso? A falta de clareza de lidar com o aborto como questão de saúde pública”. [grifos nossos] (DIP, 2013)

De todo modo, o que as mulheres que deixam de comparecer à rede pública de saúde para tratar das complicações do aborto inseguro por medo de denúncia

<sup>82</sup> “Algumas vezes a ética e a lei coincidem e outras vezes se contradizem. O exercício de uma ação legal não é necessariamente ético. Assim, uma política de estado não pode ser eticamente justificada apenas pela sua legalidade. Se no sentido estrito da lei o aborto é um crime, cabe perguntar se é ético prender uma mulher porque ela, em um momento de sua vida, cometeu um aborto. Pesquisa recente revela que cerca de 75% das mulheres que abortam são casadas, já são mães, trabalham fora e tomam esta difícil decisão em acordo com o parceiro” (PITANGUY, 2008, p. 1).

não sabem é que, como apontado por ARDAILLON (2000), hoje, a esmagadora maioria dos inquéritos abertos para investigar abortos ou são arquivados ou resultam em processos sem condenação por falta de prova de autoria e materialidade.

EMMERICK (2007, pp. 144-150) cita mais duas pesquisas similares à feita por ela. A primeira foi realizada por Fabiana Cardoso Malha Rodrigues em sua Dissertação de Mestrado em História na Universidade Federal Fluminense, em 2004, intitulada “*Os crimes das mulheres: aborto e infanticídio no Direito na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1916*”. A segunda foi uma pesquisa realizada pela ADVOCACI, Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, organização não governamental que atua na promoção e defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres; o objetivo da pesquisa foi levantar dados sobre a criminalização da prática do aborto no Estado do Rio de Janeiro na década de 90 do século XX e nos primeiros anos da primeira década dos anos 2000.

A primeira pesquisa constatou que a preocupação principal no final do século XIX e início do século XX não era com a vida do feto, mas com os valores morais, religiosos e políticos daquela sociedade. Assim, uma mulher casada e “honesta” que praticasse aborto ou infanticídio tinha maiores chances de ser absolvida, pois cumpria com o papel esperado da mulher na época: o de mãe e dona de casa. A segunda pesquisa mostrou, assim como a pesquisa de Ardaillon, que o número de processos pela prática do aborto é irrisório se comparado com o número de abortos ilegais praticados todos os anos.

*Tendo em vista o baixo número de envolvimento de mulheres que praticaram aborto com o sistema penal algumas hipóteses foram levantadas. Desta forma, estima-se que o irrisório número de processos pelo crime de aborto está relacionado à aceitação moral do mesmo e pela dificuldade de provar a materialidade e a autoria neste tipo de delito, acrescentado a debilidade do trabalho da investigação policial e, talvez, o pouco interesse de se investigar o suposto crime. [grifo nosso] (EMMERICK, 2007, p. 149)*

Também no sentido da pesquisa de Ardaillon, concluiu-se que em praticamente todos os processos instaurados as mulheres não foram condenadas, pois se concedeu a elas a suspensão condicional do processo, possível para o crime de aborto, embora crime contra a vida, logo de competência do Tribunal do júri, em razão da Lei dos Juizados Especiais (9099/95), por ter pena mínima inferior a 1 ano. Não deixaram de passar, contudo, pelo inquérito e tudo o que ele traz no que diz respeito à violação de sua privacidade.

Túlio VIANNA (2009) lembra, ainda, a dificuldade de provar o dolo da mulher em abortar, que dificulta a condenação em caso de autoaborto, em razão do princípio *in dubio pro reo*:

*O aborto é um crime no Brasil pelo qual ninguém vai preso. A pena mínima cominada em nosso Código Penal para o aborto provocado pela gestante (art. 124) e para o aborto provocado por terceiro (art. 126) é de 1 ano de prisão, o que confere ao réu primário e de bons antecedentes o direito à suspensão condicional do processo. Quanto ao aborto provocado pela gestante, ainda que a pena fosse superior [ou que a mulher não faça jus à suspensão condicional do processo], uma condenação encontraria óbice na questão probatória, pois dificilmente se conseguiria provar inequivocamente a intenção da acusada de provocar o aborto. Na dúvida se o aborto foi uma fatalidade ou intencionalmente provocado, o tribunal acabaria optando pela absolvição. [grifo nosso]*

Ou seja, a lei é ineficaz em mais esse quesito<sup>83</sup>. Nem ela evita que as mulheres abortem, nem ela consegue que as que abortam sejam condenadas<sup>84</sup>. Muitas vezes, sequer investigadas<sup>85</sup>. Pode-se dizer, então, que, aqui, o Direito Penal é severamente descreditado.

*Nos tribunais do júri, pouco ou nada se pode ver de processos contra as praticantes [do aborto]. Pode-se afirmar que a norma jurídica incide, mas a sua aplicação é algo que não se vê. (...) A ineficácia social da norma [é clara]. (...) No Brasil, ao se analisar dados consolidados de todas as unidades da federação, [vê-se que] (...) não há pessoas encarceradas por haverem praticado tal crime<sup>86</sup>. O que há de novo nessa constatação? Simplesmente o fato de que a criminalização de tal conduta objetiva mais uma prática simbólica de confirmação de valores sociais na qual a eficácia normativa da*

<sup>83</sup> “Por ser um crime que ocorre na clandestinidade e na intimidade da vida das mulheres, na maioria das vezes não é identificado pelas autoridades policiais e por isso, frequentemente, não é punido. Além de ser um crime de difícil constatação fática, nem todos os casos envolvendo o tema aborto chegam à segunda instância do Judiciário” (GONÇALVES; BEVILÁQUA; LAPA, 2008, p. 10).

<sup>84</sup> “É importante saber que o aborto é de fato um crime raramente punido quando as acusadas são as gestantes, levemente penalizado no caso das ‘parteirias’, ‘enfermeiras’ e outros agentes e, surpreendentemente, pouco punido mesmo quando esses mesmos agentes provocam a morte das gestantes. Não se trata de uma simples impunidade resultante de desleixo e descaso. Pelo contrário, há um paradoxo que merece atenção. Há no caso do aborto um enorme investimento social na sua proibição (leis, polícia, prisões), associado à pouca insistência na sua penalização de fato. Essa constatação autoriza a hipótese de que a sua punição não interessa realmente à sociedade. O Estado habitado por esse paradoxo (persegue e maltrata, mas não pune) não é algo abstrato, ele é na verdade um grande complexo de relações sociais entre cidadãos, relações de poder sem dúvida, mas que, como outras, podem ser modificadas. É com esse entendimento das instituições habitadas por pessoas que orientam suas vidas por valores culturais sujeitos a mudanças e a reinterpretções positivas que prossigo na minha reflexão sobre a área da Justiça e do Poder Judiciário” (ARDAILLON, 2000, pp. 9-10). Em 1997, o 1º Tribunal do Júri de São Paulo, o maior do país, já tinha completado mais de uma década sem condenar nenhuma mulher em função do aborto (BARROS; CRUZ; SANCHES, 1997).

<sup>85</sup> “Como preceitua a lei, o agente ou a gestante podem sofrer punição, mas como existe interesse mútuo, não há muitas denúncias a esse respeito pelo receio de ambas as partes temerem as sanções legais” (AMBROS; RECCHIA; RECCHIA, 2008, p. 3).

<sup>86</sup> Ver mais em: BRASIL, 2005-2012. Trata-se de um banco de dados oficial do Ministério da Justiça, que mostra quantos presos há no Brasil, Estado por Estado, por crime do Código Penal.

*respectiva lei representa uma questão secundária que é muito pequena em sua dimensão. Marcelo Neves<sup>87</sup> ensina que determinados grupos buscam “influenciar a atividade legiferante” para que se obtenha a confirmação de valores padronizados à suas ideias e a expectativas se satisfazem nesse mesmo ponto, o da “expedição do ato normativo”. Além de não conformada com a realidade apresentada, a legislação do aborto é utilizada como alibi impeditivo àquelas mulheres que, ao invés de interromperem sua gravidez por métodos clandestinos, buscam a ajuda estatal para dar fim à gestação. [grifo nosso] (SILVA FILHO, 2010, pp. 952-953)*

A ausência de prisões pelo crime de autoaborto e aborto consentido, que mostra a ineficácia da criminalização, pode ser confirmada pelos Relatórios Estatísticos-Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro, disponível no sítio eletrônico do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, o InfoPen, que compõe o Ministério da Justiça (BRASIL, 2005-2012). Neles, que mostram o número de presos por crime em cada estado da federação, não constam registros sobre os referidos crimes.

Também, pela frequência dos eventos, pode-se dizer, que, na hipótese de eficácia da lei no que diz respeito às condenações, provavelmente não haveria condições de punir todas as mulheres que praticam o aborto. Não haveria prisões suficientes. Além disso, *“impor a pena criminal a uma população de milhões só vai demonstrar que a criminalização não tem respaldo, a não ser numa certa ‘moral oficial’”* (RAMOS, 2008).

*Quando se sabe que a projeção do número nacional de abortos clandestinos, por ano, está na casa dos milhões, tem-se que reconhecer – desde que se queira renunciar às últimas consequências do absurdo – o erro de tratar o assunto como caso de polícia. Nesta situação, convocar a pena criminal é, por um lado, ignorar a questão de fundo, fechar o debate e fazer vistas grossas à realidade social. Por outro lado, é desmoralizar o Direito Penal, expondo a Justiça ao ridículo. Ações dessa natureza são retóricas, simbólicas, propagandísticas. Prestam-se à promoção do espetáculo, mas não são sérias. [grifo nosso] (RAMOS, 2008)*

Também, muito antes de se dar procedência à ADPF 54 (da qual falaremos melhor adiante), havia, inclusive, sentenças *contra legem* de juízes autorizando o aborto de fetos com anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, dentre as quais a anencefalia. Esse é outro sinal da ineficácia do Direito Penal nesse contexto. Ele não consegue, sequer, que os juízes deem sentenças no sentido de suas normas.

*Essas sentenças contra legem evidenciam um início de consenso entre promotores e juízes de que graves anomalias fetais são motivo suficiente para que os pais tomem essa decisão delicada e possam encontrar uma so-*

<sup>87</sup> Citação original: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 33.

*lução “não criminosa”. O permissivo legal para o aborto em caso de anomalias fetais não existe na lei atual, mas vem sendo incluído na prática. [grifo nosso] (ARDAILLON, 2000, p. 25)*

Segundo Ivan Paixão, em “*Aborto: aspectos da legislação brasileira*” (In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 199), de 1990 até 2006 – data de publicação do estudo –, cerca de três mil liminares judiciais foram concedidas autorizando a interrupção da gravidez em caso de má-formação fetal grave. Ou seja, embora haja, hoje, uma demanda de descriminalização que não parece ser ouvida<sup>88</sup>, há juízes atuando no sentido de ampliar os atuais permissivos da lei de aborto para anomalias fetais. A reportagem “*Nós fizemos aborto*”, publicada pela Revista Veja em 1997, tratou do assunto.

*A maioria das pessoas ainda não se deu conta, mas, num movimento discreto o suficiente para que não se produzam escândalos, porém eficaz a ponto de produzir resultados em escala apreciável, um número cada vez maior de mulheres, juízes e médicos procura e encontra brechas cada dia mais amplas para realizar abortos com amparo legal, em hospitais públicos, com condições de higiene e saúde que em nada lembram aquelas clínicas de má fama e tantos traumas do passado. O prédio da 16ª Vara Criminal de São Paulo é o mais movimentado do Judiciário no Estado. No 16º andar, esse burburinho é menos acentuado. Ali trabalham o juiz corregedor e quatro juízes auxiliares da Polícia Judiciária do Estado, chamados de brincadeira pelos corredores de “os anômalos”. Desde 1993, eles concedem alvarás para a chamada interrupção médica da gravidez, o aborto feito por anomalia fetal. Pelas contas do juiz corregedor Francisco José Galvão Bruno, mais de 130 alvarás saíram dali. Para se ter uma ideia, todos os outros Estados da União somados acumulam apenas 300 alvarás concedidos desde 1991. No setor dos “anômalos”, um alvará sai em três dias. Se a gravidez envolve anomalia grave, incurável e sem perspectiva de sobrevivida prolongada para o bebê, nunca é recusado. Todos os casos do gênero são resolvidos com uma justificativa padrão — pois, a rigor, não existe amparo legal para esse tipo de aborto, já que o Código Penal apenas fala em casos de estupro e risco de vida para a mãe. O juiz e seus auxiliares, no entanto, consideram que, ao autorizar o aborto em caso de estupro, os legisladores do Código Penal brasileiro tinham em mente a manutenção da saúde mental da mãe. Ora, raciocinam, os casos de anomalia fetal não foram incluídos no Código porque em 1940, quando foi elaborado, não havia tecnologia suficiente para identificar doenças em fetos. “Mas, por analogia, consideramos que casos*

<sup>88</sup> “Pouco importa que a Constituição garanta o direito à vida e o direito da mulher sobre o seu próprio corpo e seu efetivo direito de escolha sobre ser ou não ser mãe. Alguns artigos e parágrafos da Constituição tratam dessas questões: ‘Art. 5º (caput). Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) parágrafo V - É inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)’. No Artigo 226 parágrafo 7º: ‘(...) o planejamento familiar é livre decisão do casal (...) vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas’. Por sua vez, o Código Civil dispõe sobre os direitos da pessoa, distinguindo nascituro de nascido com vida: ‘Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.’ Não há, portanto, menção à inviolabilidade pética do direito à vida desde a ‘concepção’, palavra sabiamente evitada na Constituição por estar associada a processos de fisiologia e bioquímica molecular, objeto de estudo nas fronteiras da ciência” (CANDOTTI In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 63).

*de anomalia fetal são graves ameaças à saúde mental das mães. Portanto, concedemos os alvarás”, justifica Galvão Bruno. A rapidez e a justificativa padrão transformam o setor do juiz Galvão Bruno numa espécie de linha de produção de alvarás. O pedido chega, acompanhado de dois laudos médicos, é rapidamente analisado e a autorização legal para o aborto é concedida. Hoje, é simples. Mas, como tudo o que envolve o aborto, já houve conflitos por ali. “Para chegar a essa serenidade foi um sufoco”, diz o juiz. O primeiro caso de aborto por anomalia chegou às suas mãos logo que assumiu o comando da Polícia Judiciária, em 1993. Quando lembra do episódio, ele define: “Foi uma decisão sofrida”. Casado com uma espírita, pai de dois filhos, 46 anos e católico praticante, Galvão Bruno é contra o aborto. Teve até uma experiência traumática, quando sua mulher sofreu um, espontâneo. “Vi o feto, de oito meses, e fiquei traumatizado. Nunca permitiria que minha esposa ou minha filha abortassem”, conta. Para começar a decidir sobre o assunto, debruçou-se numa pesquisa sobre doutrinas religiosas, procurou referências sobre o tema em autores como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, afogou-se em debates com religiosos. O primeiro alvará para aborto por anomalia fetal de São Paulo foi concedido no dia 5 de novembro de 1993, pelo juiz Geraldo Pinheiro Franco, católico. Galvão Bruno teve longas conversas com ele. “Cheguei à conclusão de que minhas convicções pessoais e religiosas devem ficar em segundo plano quando estou no papel de juiz. Tenho aqui em meu escritório cinco juízes auxiliares — um espírita e quatro católicos. Nenhuma mulher. Quando estamos decidindo, a lei é a nossa religião. Isso é o bastante para nossa consciência. O fato é que não podemos comprometer a saúde mental de mães que estão passando por uma situação terrível”, diz. [grifo nosso] (BARROS; CRUZ; SANCHES, 1997)*

Mas isso não basta. Sem uma lei permissiva e um programa de saúde pública para assistência médica e psicológica às mulheres candidatas ao aborto por qualquer razão, as que não têm condições de pagar clínicas minimamente preparadas caem na clandestinidade, com todas as consequências que isso traz.

O apelo das Igrejas no Congresso é enorme, e sua influência sobre nossos legisladores pode ser considerada a principal causa de a legislação criminalizadora do aborto se manter. Mas, curiosamente, um dos maiores grupos defensores do direito da mulher à escolha, como dito, é a ONG “Católicas pelo Direito de Decidir”<sup>89</sup>. Enquanto o maior defensor de que as coisas permaneçam como estão é a “Confederação Nacional dos Bispos do Brasil”. Dirigentes católicos de um lado, fiéis católicos de outro. E os primeiros dizendo agir em nome dos segundos. Não se pode pôr a mão no fogo por isso, no entanto. A discrepância entre o discurso das lideranças da Igreja e a prática dos seus fiéis é gritante. Se os fiéis estivessem confortáveis com o posicionamento dos dirigentes de sua Igreja, certamente não se preocupariam em manifestar posicionamento em sentido contrário, ostensivamente.

<sup>89</sup> “Em resumo, existe uma posição clara da hierarquia da Igreja Católica contra a interrupção do processo reprodutivo a partir da fertilização. entretanto, essa posição é contestada dentro da Igreja e desrespeitada por uma grande porção de seus seguidores” (FAÜNDES; BARZELATTO, 2004, p. 139).

Há diversos grupos na sociedade que apoiam a legalização do aborto, formados por indivíduos que, muitas vezes, até rejeitam a prática, mas defendem a descriminalização porque compreendem que esta deve ser uma escolha da mulher, o que é louvável<sup>90</sup>. Mas, além de nossa sociedade andar a passos mais curtos que outras, como a europeia e a norte-americana, lamentavelmente, nosso Congresso, que deveria nos representar, não acompanha nem os poucos avanços que fazemos. Será que o Estado tem direito a, para dar a um embrião, que a Ciência considera ainda não ser um ser humano vivo até que se forme seu sistema nervoso central, a chance de vir a ser, negando às gestantes o direito à saúde e, muitas vezes, com isso, condenando-as à morte, sendo que esta proibição atinge apenas e justamente quem mais precisa da assistência do Estado?

*A criminalização fracassou na sua proposta de deter um comportamento na prática, admitido socialmente, mas com elevados custos. A criminalização do aborto não serve aos fins que se propõe, é inútil, desnecessária, irracional e perversa. É dever da sociedade salvar a vida das mulheres, diminuir os custos sociais da clandestinidade e tornar o drama do aborto menos doloroso e mais humano. [grifo nosso] (CAMPOS, 2007, p. 19)*

A Igreja Católica, como se sabe, pune o aborto com excomunhão<sup>91</sup>. Mas, à Igreja, seja ela qual for, filia-se quem quer<sup>92</sup>, à lei não. Por isso, é preciso que crimes e pecados são institutos diversos que não devem ter relação entre si.

*Num Estado laico, as normas de atenção à saúde - individual ou coletiva - devem ter o sentido de preservar e restaurar a saúde das pessoas e não deveriam ser influenciadas por questões religiosas. A igreja católica, por e-*

<sup>90</sup> “Na Bioética, tomada a pluralidade de visões e valores morais, a tolerância, como propõe Engelhardt, é uma característica essencial. Ao permitir que o outro tenha por moral uma visão da qual não se compartilha, assume-se a não utilização da força coercitiva para impor um ponto de vista moral e só. Permite-se no sentido de não coagir, mas não se aceita. Até porque, se o fizesse, a aceitação pressuporia que a visão moral incompatível restaria imoral. A tolerância permite conviver pacificamente em uma realidade que é reconhecidamente plural (SPONVILLE, André C. Pequeno tratado das grandes virtudes)” (MORAIS, 2007, p. 68).

<sup>91</sup> “Mesmo sem registro específico sobre o assunto nem no Antigo nem no Novo Testamento, a Igreja católica baseia seus argumentos contrários ao aborto segundo a Tábua dos 10 Mandamentos, que contém o mandamento ‘não matarás’. Além de enfatizar que todo ser humano recebe o direito à vida imediatamente de Deus e não dos pais ou de alguma sociedade ou autoridade humana. A posição mais consolidada está contida no código de direito Canônico, que trata de todas as leis da Igreja e cita as penalidades possíveis para os casos de aborto em dois cânones, 984 (5) e 2. 350: ‘Os que procuram o aborto, inclusive a mãe, incorrem, se o aborto se verificar, em excomunhão latae sentiae (em sentido lato) reservada ao bispo da diocese. Já as pessoa que realizam a tentativa de aborto sem interrupção da vida do feto estão isentas da excomunhão, apesar de constituírem ainda pecados graves” (SOUSA, 2002, p. 18).

<sup>92</sup> “As Igrejas são livres para defender suas posições morais aos seus membros, e não a todos os indivíduos que compõem uma sociedade, assim, há necessidade de demarcar o espaço legítimo reservado a elas. A decisão de abortar, como o casamento de pessoas do mesmo sexo, são espaços pertencentes ao mundo privado e não se pode restringir ao campo religioso (DINIZ, 2010, s/p)” (VIEIRA FILHO, 2011, p. 143).

xemplo, quando diz que toda relação sexual tem por finalidade a reprodução, condena o uso da camisinha e ameaça quem a usa com o fogo eterno, não está ajudando em nada para a diminuição de casos de gravidez indesejada, nem de infecção pelo HIV. Muito pelo contrário, está dificultando que os casais façam prevenção em ambas as situações. De qualquer forma, o Ministério da Saúde disponibiliza camisinhas para a população nos centros de saúde do SUS- Sistema Unico de Saúde. Quem fizer adesão aos preceitos católicos pode se isentar do uso da camisinha ofertada, correndo todos os riscos daí advindos. Mas, aqueles que quiserem, poderão usar os preservativos oferecidos e fazer sua prevenção. Ou seja, o Estado oferece, mas sem obrigar ao uso. Deveriam ter a mesma atitude em relação ao aborto, tanto o Estado quanto a sociedade. Como diz a médica Fátima de Oliveira, “[...] não vejo nada demais em a Igreja normatizar o comportamento de sua clientela – pessoas católicas, pois seguirá quem quiser, ainda que correndo o risco de excomunhão, rogação de pragas de queimar nas profundas do fogo do inferno e similares. O que ela não pode é aspirar que o Estado brasileiro adote suas normas de inspiração religiosa como leis laicas a serem observadas por toda a sociedade”. [grifo nosso] (BRUNO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 102)

Myriam Mastrella, socióloga do Instituto de Biotética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), citada por Júlia Rabahie (2010), em “*Religião e conservadorismo impedem avanço no debate sobre aborto no Brasil*”, esclarece: “*Não há dúvida de que a religião é importante para aqueles que têm fé, mas, num Estado plural e laico, certos valores não podem ser colocados como universais, válidos e impostos a todos*”.

[Eis] a distinção estabelecida pela Comissão [Wolfenden] sobre a divisão apropriada entre crime e pecado: “Em nosso ponto de vista, não é função do direito interferir na vida privada dos cidadãos, nem procurar impor qualquer padrão particular de comportamento, além do necessário para realizar [seus] objetivos. (...) Devemos reservar um domínio da moralidade e da imoralidade privadas, com o qual, para falar crua e sumariamente, o direito não tem nada a ver” (Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, 9-10, 24). (...) Às vezes, [alguns parecem defender] a posição exatamente contrária à da Comissão, ou seja: a sociedade tem o direito de punir uma conduta que seus membros desaprovam categoricamente, ainda que tal conduta não tenha efeitos que possam ser considerados injuriosos a terceiros, sob o argumento de que o Estado tem um papel a desempenhar enquanto tutor moral e o direito penal é a sua técnica pedagógica legítima. Os leitores (...) ficam perplexos com o fato de que eminentes filósofos e juristas [se preocupam] em replicar, uma vez que esta parece ser uma posição que pode, com segurança, ser considerada excêntrica. [grifo nosso] (DWORKIN, 2010b, pp. 373-374)

Tratar do assunto segundo os preceitos da religião nos faria deixar de lado aspectos muito importantes nesse debate.

Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. (...) Neste contexto, a revisão da legislação sobre aborto, elaborada sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, torna-se um verdadeiro imperativo consti-

*tucional*. [grifo nosso] (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 118-119)

O aborto cria uma tensão entre, pelo menos, dois direitos humanos, quais sejam, o direito à vida do embrião ou feto e o direito à autonomia da mulher. E, considerando que não há uma ordem hierárquica entre direitos humanos, é preciso sopesá-los, quando entram em conflito. No entanto, a ponderação não parece ser uma opção aos defensores da criminalização do aborto, que consideram o direito à vida absoluto. Se esquecem que o ordenamento já o relativiza no que toca ao estado de necessidade (art. 23, I, e 24, CP), à legítima defesa (que pode se dar, inclusive, com relação à propriedade, não necessariamente uma vida por outra vida: art. 23, II, e 25, CP), à pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”, CF) e ao próprio tiro de abate (art. 303, §2º, Lei 7565/1986)<sup>93</sup>, além, é claro, do aborto em caso de estupro (art. 128, II, CP) – o aborto para salvar a vida da mãe já se enquadra na excluyente do estado de necessidade: art. 128, I, CP –.

Sobre os direitos humanos das mulheres em jogo no problema do aborto, há importantes discussões travadas internacionalmente que, aliás, se desdobraram em planos de ação no sentido do implemento de campanhas de educação sexual e fornecimento de contraceptivos para reduzir o número de gravidezes indesejadas e, ainda, na revisão das leis proibitivas do aborto de modo a resguardar a dignidade das mulheres pobres, sem acesso a assistência médica fora da rede pública, para efetivação do direito fundamental ao planejamento familiar. Essas iniciativas envolvem o Brasil, enquanto membro da Organização das Nações Unidas. O país, no entanto, as ignora.

*A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, estabeleceu os direitos humanos das mulheres na área da saúde reprodutiva e sexual*<sup>94</sup>. (...) [Desde então], os estados mem-

<sup>93</sup> Ver mais em GONÇALVES, 2012.

<sup>94</sup> “O Plano de Ação do Cairo reconheceu que o aborto é um grande problema de saúde pública e estabeleceu o compromisso de reduzir a necessidade das mulheres abortarem, ‘através de serviços de planejamento familiar ampliados e aprimorados’ (United Nations (1995a). Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September, 1994). Esta declaração parece indicar que os governos do mundo, presentes na Conferência do Cairo, entendiam que melhorar os serviços de planejamento familiar era a intervenção que poderia ser eficaz na redução da gravidez indesejada e do aborto. Esta convicção está baseada na experiência bem-sucedida de intervenção que conseguiram reduzir a gravidez não desejada e o aborto através de programas que permitiram que as mulheres tivessem fácil acesso às informações e aos métodos de contracepção. O raciocínio é que, se as mulheres têm conhecimento completo e apropriado sobre anticoncepção e têm acesso fácil aos métodos, o número das que irão engravidar será muito reduzido. A experiência mundial indica que leva algum tempo para que o melhor conhecimento e acesso aos métodos de anticoncepção consigam provocar uma redução no número de abortos (...) [No entanto], a conclu-

*bro*s das Nações Unidas têm concordado (...) que os direitos humanos das mulheres incluem a sua capacidade de ter controle e decidir livre e responsabilmente quanto a assuntos relativos à sua sexualidade, incluindo sua saúde sexual e reprodutiva, livres de coerção, discriminação e violência. Relações iguais entre homem e mulher, em matéria de relações sexuais e reprodução, incluem total respeito pela integridade da pessoa e requerem respeito mútuo, consentimento e responsabilidade compartilhada por seu comportamento sexual e suas conseqüências. Por outro lado, a Plataforma de Ação de Beijing condena expressamente a escravidão sexual, estupro, abuso sexual e a gravidez forçada. A condenação da gravidez forçada inclui tanto o início da gravidez quanto a sua continuação forçada. Estas declarações colocam em cheque as leis restritivas sobre aborto, que obrigam as mulheres a continuar uma gravidez contra a vontade. Além disso, os 187 governos que adotaram a Plataforma de Beijing comprometeram-se a considerar “a revisão das leis que contêm medidas punitivas contra a mulher que tem se submetido a um aborto ilegal” (United Nations (1995b). Report Contraceptive Requirements and Logistics Management Needs in Brazil. 1995, number 21). [Assim], há um consenso internacional cada vez maior de que as leis que restringem o aborto não são apenas ineficientes em reduzir o número de abortos, mas se traduzem em conseqüências sociais e de saúde pública que atingem o nível da tragédia. [grifos nossos] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 205; 193-194; 197)

É bastante claro que manter a lei como está, além de antidemocrático e inconstitucional, por muitas razões, é desumano. FAÚNDES e BARZELATTO (2004, p. 222) destacam que, se fossem os homens a abortar e a sofrer com as conseqüências do aborto inseguro, os serviços de aborto com segurança seriam universalmente disponíveis, já que a sociedade não presta suficiente atenção ao problema em razão de ele só afetar as mulheres, que, em muitas sociedades, são tratadas como cidadãos de segunda classe. E mais: ressaltam que, em teoria, a ilegalidade do aborto afeta todas as mulheres, independentemente do seu status socioeconômico, já que todas teriam seu direito cerceado; no entanto, enquanto as mulheres das classes mais altas têm acesso ao aborto seguro, mesmo ilegalmente, as pobres não têm escolha senão se expor aos riscos de um aborto inseguro. Logo, as mulheres mais abastadas, que são as que têm maior influência e poder na sociedade, estão menos motivadas a fazer algo no sentido de melhorar a situação legal do aborto, já que a ilegalidade não as afeta diretamente, enquanto as de classe baixa, que têm dupla desvantagem, já que, além de serem mulheres, são pobres, não têm poder para influenciar a sociedade.

---

*são geral é que a educação sexual é [sim] uma intervenção que contribui para reduzir o desequilíbrio de poder entre gêneros, promove o mútuo respeito em torno das decisões sexuais e, desta forma, ajuda a reduzir as gravidezes não planejadas e o aborto (Moore MG. Adolescent pregnancy rates in three European countries. ‘Lessons to be learned?’. J Obstet Gynecol Neonatal Nurs, 2000; 29(4):355-362; Nordic Family Planning Associations (Danish, Icelandic, Finish, Norwegian, Swedish). The Nordic Resolution on adolescent sexual health and rights. Presented at the ICPD+5 Forum, in the Hague, February, 1999) [mas não os elimina]” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 205).*

A indiferença dos homens frente ao problema do aborto é ilustrada pela facilidade com que eles se eximem de qualquer responsabilidade pela gravidez que provocaram. Bethânia Ávila, líder feminista brasileira, sintetizou graficamente a indiferença dos homens frente a suas responsabilidades reprodutivas. Segundo Bethânia, “os homens abortam com a palavra: eles simplesmente dizem: não é meu. E vão embora”. Sua mensagem foi tão forte e clara que permanece até hoje nitidamente na memória de um dos autores (Aníbal Faúndes) que a escutou há mais de 20 anos. É verdade que novas tecnologias permitem determinar a paternidade com grande precisão, mas em termos práticos, apenas uma minoria ínfima da população tem acesso a elas. Na medida em que as mulheres ganham direitos iguais aos homens, o acesso ao aborto seguro para todas as mulheres também melhora. Quanto maior a posição de poder e quanto maior a influência política das mulheres, maiores são as possibilidades de que elas não sejam punidas porque provocaram um aborto. Consequentemente, em países em que a mulher tem conquistado uma posição mais igualitária na sociedade, o aborto provocado tende a ser mais seguro. A conclusão óbvia é que elevar o status da mulher na sociedade é a primeira condição necessária para reduzir os custos humanos, pessoais e econômicos do aborto. A taxa de aborto irá diminuir, a segurança do procedimento, melhorar, e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher serão respeitados. [grifos nossos] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 222-223)

Lamentavelmente, no Brasil, as mulheres ainda participam da política com muito pouca expressão. Apenas 10% das cadeiras do Senado (SENADO, 2013) e menos de 10% das da Câmara (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2013) são ocupadas por mulheres, mesmo com mais de 50% da população sendo feminina (IBGE, 2013). O país, inclusive, vem sofrendo cobranças por parte da ONU por esse motivo, já que, com a baixa representação no Congresso, a defesa dos direitos das mulheres fica comprometida (AGÊNCIA BRASIL, 2013g). É verdade que, pela primeira vez na história, a presidência da república é ocupada por uma mulher, o que poderia ser um bom presságio. Mas, tamanha é a influência da Igreja Católica sobre a nossa política, que a presidenta só conseguiu se eleger quando deu sua palavra de que não faria nada no sentido de mudar a situação. Falaremos nisso logo à frente.

Aprofundemo-nos nos argumentos favoráveis e contrários à mudança em nossa legislação.

## 1.2 – Argumentos pró e contra a legalização

Percebe-se a urgência de se ampliar o debate [sobre a questão do aborto no Brasil] (...). Todavia, para tanto, se faz necessário, construir uma base argumentativa minimamente comum, capaz de sustentar a calorosa discussão sobre o tema, sob pena de encastelamento das posições e da impossibilidade de se encontrar soluções pacíficas para a questão. Talvez, a base argumentativa necessária para esta empreitada, tendo em vista a imperativa ruptura de posições cristalizadas e cristalizantes, esteja na aproximação do tema com o Direito Constitucional e as soluções possíveis apresentadas pela ponderação de princípios e valores ali sediados. A utilização deste valioso recurso para saneamento de conflitos sociais e jurídicos pode significar a estratégia necessária para a construção de consenso ou acordo sobre a questão. [grifos nossos] (DOMINGUES, 2011, pp. 4-5)

Quando pensamos que o objetivo da gravidez é gerar uma vida, isso sugere que o ato de interrompê-la se trataria de um homicídio, mas não é bem assim<sup>95</sup>. “*Em resumo, a discussão evolui em torno de estabelecer se o feto é uma pessoa e, como tal, possui direito à vida; e se, mesmo que tenha esse direito, ele se sobrepõe ao [direito] da mãe em determinar o que fazer com o próprio corpo*” (SALATIEL, 2010).

Peter Singer, em seu artigo “*Tirar a vida: o embrião e o feto*”, citado por NAHRA (1996), chama atenção para o fato de que a discussão do aborto envolve dois pontos de vista: o conservador, contra o aborto e contra a legalização, e o liberal, a favor da legalização (sem ser, necessariamente, a favor do aborto).

O ponto de vista conservador parte das premissas de que é errado matar um ser humano, que um feto é um ser humano, e que, portanto, é errado matar um feto. Os liberais reagem a este argumento em duas vertentes; a primeira nega a segunda premissa, dizendo que um feto não é um ser humano, e a segunda nega a conclusão, dizendo que, ainda que um feto seja um ser humano, não é errado matar um feto (NAHRA, 1996, p. 73).

Quanto à primeira vertente, a discussão se liga à questão de o feto ser ou não um ser humano; assim, neste ponto, o problema do aborto se mostra uma contradição a respeito de quando inicia a vida humana. Os conservadores acreditam que não há linha divisória moralmente significativa em nenhum ponto do processo entre

<sup>95</sup> “*Helena Fragoso, em suas Lições de Direito Penal, salienta (...): ‘Deve-se ao Cristianismo o entendimento segundo o qual o aborto significa a morte de um ser humano, e, pois, virtualmente, homicídio’ (FRAGOSO, H. Lições de Direito Penal, 1986, p. 107)*” (CARVALHO, 2006, p. 30).

um óvulo fecundado e uma criança e, por isso, deve ser conferido ao embrião o status de criança. Já os liberais, em sua primeira vertente, estabelecem que esta linha divisória significativa existe, e se situa em um de quatro momentos (NAHRA, 1996, p. 73).

O primeiro seria o nascimento. Assim, quando nasce, o feto torna-se um ser humano e, então, será injustificável matá-lo. Os conservadores respondem com a afirmação de que o feto e o bebê são a mesma entidade, tanto dentro quanto fora do útero, tendo as mesmas características humanas. Assim, sua “localização” não é significativo sobre o erro que consiste em matá-lo, ou seja, não é uma divisória moralmente significativa sobre sua condição de ser humano (NAHRA, 1996, p. 74).

O segundo momento seria o da viabilidade do feto, isto é, o tempo em que ele já é capaz de sobreviver fora do útero. Significa que, até que ele adquira independência biológica, ele não é um ser humano, logo não é moralmente errado matá-lo. Os conservadores respondem com o argumento de que o ponto em que o feto pode sobreviver fora do corpo da mãe muda com o avançar da tecnologia – já que, hoje, um feto nascido aos seis meses de gravidez pode sobreviver fora do útero, o que não era possível há 20 anos –, e o decurso do tempo não torna moralmente certo o moralmente errado, ou vice-versa (NAHRA, 1996, p. 74).

O terceiro momento seria o dos primeiros sinais de vida do feto, demonstrados pelo seu movimento na barriga da mãe (na teoria católica tradicional, acreditava-se ser este o momento em que ele ganhava alma). Os conservadores respondem dizendo que pesquisas com ultrassom mostram que o bebê começa a se mexer muito antes que seus movimentos possam ser sentidos pela mãe, e dizem, também, que a capacidade de movimento não pode implicar no direito ou não de permanecer vivo, ou isso implicaria em que os paráliticos não poderiam ou mereceriam viver (NAHRA, 1996, p. 75).

O quarto e último momento seria aquele em que o feto adquire senciência, que é a capacidade de sentir dor ou prazer. Os conservadores respondem dizendo que não se pode determinar este momento com precisão (NAHRA, 1996, p. 75). Como dito, a aquisição de senciência é o momento adotado pelas legislações permissionárias do aborto ao redor do mundo como marco a partir do qual ele passa a

ser crime. E a senciência do feto, segundo os mais recentes estudos científicos, ocorre na 12ª semana de gravidez, quando se forma seu sistema nervoso central<sup>96</sup>.

Quanto ao argumento liberal, em sua segunda vertente, ele, como dito, admite que o feto é um ser humano, mas, apesar disso, considera o aborto admissível. E há três grandes linhas de argumentação relativas a este entendimento (NAHRA, 1996, p. 75).

A primeira é atinente às consequências de leis restritivas; é o argumento de que as leis que proíbem o aborto não acabam com os eventos, apenas os levam a ser feitos clandestinamente, já que, no geral, a mulher que quer abortar está em desespero e, não podendo fazê-lo nos hospitais públicos, o faz com um “abortador de fundo de quintal”. A objeção conservadora é de que este se trata de um argumento contra as leis que proíbem o aborto, e não contra o ponto de vista de que se trata de um ato moralmente equivocado (NAHRA, 1996, p. 75). Correto, mas, como dissemos e repetimos, o papel do Direito não é impor uma moral a seu povo.

*Tendo em vista a necessidade de cooperação equitativa entre os membros da sociedade, não se podem resolver os conflitos dali resultantes com o uso da força estatal. Da mesma maneira, não há possibilidade de se obter aqui-escência universal a uma concepção de bem específica. Isso só seria possível, igualmente, por meio da violência. Logo, faz-se necessário estabelecer critérios para definir os termos da cooperação social de uma maneira justa, ou seja, pública – passível de aceitação por todos – o que significa um conceito de justiça que se sobreponha às concepções particulares de bem sem excluí-las, mas com força suficiente para alcançar acordos (RAWLS, 2008, p. 6; 2000, p. 142; 1987, p. 4; 2002, p. 211-212). [grifo nosso] (KUSKOSKI, 2011, p. 3)<sup>97</sup>*

A segunda linha de argumentação é o ponto de vista utilitarista, que se baseia na concepção de John Stuart Mill de que não há razão de ser nas leis que criam

<sup>96</sup> Teresa Robichez de CARVALHO (2006, p. 34) cita Laurente DEGOS (*Os critérios biológicos da presença de uma pessoa humana*, 2002, p. 21) para falar sobre as etapas do desenvolvimento fetal, e esclarece que, por volta da 10ª, 14ª semana, é quando o embrião se torna feto, e sua silhueta se torna humana. Explica, também, que, antes da 10ª, 12ª semana, os neurônios não têm atividade. Assim, “se o fim da vida é determinado pelo fim da atividade cerebral, pode admitir-se que o início da vida corresponde ao início da rede cerebral, e portanto da coordenação do organismo por um futuro cérebro”. Por isso, esse período (10ª-14ª semana) é o que, na maioria dos países, é considerado como limite da autorização da interrupção voluntária da gravidez. E a autora (CARVALHO, 2006, p. 34, nota 57) chama atenção para o fato de que, “segundo a Resolução nº 1601/00 do Conselho Federal de Medicina, o médico somente é obrigado a fornecer declaração de óbito de fetos com mais de 20 semanas ou 500 gramas. Antes desse prazo, o feto morto é considerado material ou resíduo biológico”.

<sup>97</sup> É no mesmo sentido a visão de ENGELHARDT, citada por MORAIS (2007, p. 68): “Sob o ponto de vista de Engelhardt, uma boa decisão por parte do Estado, diante de uma controvérsia fundamentalmente moral apresentada e sustentada por estranhos morais em uma sociedade pluralista, é aquela que sustente maior tolerância e imparcialidade para ambas as partes (ENGELHARDT, H. Tristram Jr. *Fundamentos da bioética*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 504-505)”.

crimes sem vítimas, o que incluiria o aborto. Aqui, a objeção conservadora é de que o aborto não se trata de crime sem vítimas, já que o feto é um ser humano, logo é vítima (NAHRA, 1996, pp. 75-76).

A terceira linha é o argumento feminista de que as mulheres têm o direito de decidir o que fazer com o próprio corpo. Este argumento parte da premissa de que a liberdade é um direito hierarquicamente superior ao direito à vida. A objeção conservadora, naturalmente, é a de que o direito à vida deve prevalecer sempre, não sucumbindo no sopesamento com nenhum outro direito fundamental, seja ele qual for (NAHRA, 1996, p. 76).

A posição conservadora, em suas diversas matizes, se fundamenta na convicção de que a vida humana é um valor supremo, logo impassível de sacrifício em qualquer hipótese. Quando eles afirmam que é errado matar um ser humano, assumem a crença de que a vida humana é sagrada, logo não é dado aos homens destruí-la (e, para Dworkin, toda a controvérsia sobre a questão do aborto está fundada nessa discussão, como mostrado em sua obra *“Domínio da vida”*, que abordaremos a seguir). Mas, será que é sempre errado matar um ser humano? Se é assim, seria errado o aborto mesmo nas condições admitidas pela legislação brasileira, ou seja, em caso de estupro ou risco de vida para a mãe (NAHRA, 1996, p. 76-77).

Alguém que julga que, nestes dois casos, o aborto não é errado, estaria em contradição com a crença de que é sempre errado matar um ser humano, porque haveria, no mínimo, duas situações (gravidez fruto de estupro ou de risco de vida para a mãe) em que não seria errado matá-lo. Portanto, estar-se-ia fazendo uma hierarquização do valor da vida, na qual a vida de um ser humano já plenamente desenvolvido (no caso, a mãe) teria mais valor do que um ser humano não plenamente desenvolvido (no caso, o feto), e na qual um atentado à liberdade (o estupro) – e, ainda, uma situação de risco – justificaria a destruição de uma vida (NAHRA, 1996, p. 77).

Mas, se é assim, então, a crença expressa na premissa de que é errado matar um ser humano não vale incondicionalmente, o que significa que não é nela que estão baseados os “conservadores leves” (que são contra o aborto, mas o admitem nas duas hipóteses referidas). Entretanto, ainda dentro da perspectiva conservadora, há aqueles que não admitem exceção para a regra de que o aborto é errado. Seriam os “conservadores duros” (ou seja, que não admitem o aborto em hipótese alguma). Estes sim podem estar, de fato, fundamentados na crença de que é errado

matar um ser humano, porque, em tese, acreditam nisso em qualquer hipótese. Mas, então, eles deveriam admitir que a morte por legítima defesa também é errada. Ou seja, se é sempre errado matar um ser humano, nenhum ser humano pode ser morto, nem mesmo aquele que atenta contra a vida ou a liberdade de alguém. Mas, será que os “conservadores duros” estariam dispostos a permitir a violência contra as “suas pessoas”, se a única opção for matar ou morrer, ou matar ou ser mutilado? Além disso, se é sempre errado matar um ser humano, nenhuma guerra se justificaria. Será que os “conservadores duros” se candidatariam a pacifistas que praticam desobediência civil, negando-se a partir para a guerra? Também, se é sempre errado matar um ser humano, a Santa Inquisição foi um dos momentos mais monstruosos da história da humanidade. O que os “conservadores duros” teriam a dizer sobre isso? E, ainda, se uma pessoa baseia sua convicção de que é moralmente errado abortar na crença de que é moralmente errado matar um ser humano, ela deve ser, por coerência, radical em seu pacifismo, abstendo-se de matar em legítima defesa, praticando desobediência civil no caso de guerra e sendo implacável na condenação às mortes praticadas em nome da religião (NAHRA, 1996, pp. 77-78).

Associada à crença de que é errado matar um ser humano, está aquela de que um feto é um ser humano, que corresponde à segunda premissa do argumento. Esta concepção é a de que, desde o momento da fecundação, já existe vida, ou, pelo menos, já existe vida em potencial, de modo que o embrião pode ser considerado potencialmente um ser humano, e, por isso, destruí-lo seria moralmente errado (que é a conclusão do argumento). Ora, se é errado destruir um embrião porque ele apresenta vida em potencial, estamos assumindo que um feto tem o mesmo estatuto de um ser humano adulto. Neste caso, nada justificaria racionalmente a decisão de optar pela vida da mãe, caso houvesse incompatibilidade entre a gravidez e a sua vida. Mas, se é assim, por que optamos quase unanimemente pela vida da mãe? Provavelmente porque, na prática, ninguém acredita que um embrião é um ser humano, e, portanto, ele e a mãe têm o mesmo estatuto ontológico (NAHRA, 1996, pp. 78-79).

Se admitirmos o oposto, ou seja, se passarmos a optar pela vida do embrião, chegaríamos ao absurdo de admitir que um feto tem mais direito à vida que um adulto. Como justificar isso? Através do argumento da potencialidade, ou seja, de que um embrião teria, teoricamente, mais tempo de vida do que um ser humano formado? Este argumento tem várias incongruências. O valor de um ser não pode ser me-

dido por um critério físico ou econômico, deve ser avaliado por um critério moral. Os seres humanos se constroem pelos seus atos, pela sua história de vida. Um embrião não tem história, uma mulher adulta sim. Um embrião, assim como uma semente, é um nada enquanto não se efetiva no mundo, é pura potência, enquanto uma mulher é ato e potência, é passado e futuro, e, por isso, é ser humano (NAHRA, 1996, p. 79)<sup>98</sup>.

A radicalização do argumento da potencialidade leva a absurdos ainda maiores. É possível pensar que todo espermatozoide, assim como todo óvulo, é um ser humano em potencial; deste modo, toda vez que um homem e uma mulher deixam de praticar relações sexuais, estão abortando um ser humano possível. Deste modo, qualquer renúncia ao ato sexual entre um homem e uma mulher seria imoral, pois um ser humano potencial estaria sendo abortado. Por esta ótica, o celibato pregado pela Igreja Católica para os padres, assim como o tabu da virgindade das freiras, também seria imoral, já que, ao se absterem da prática de relações sexuais, quantos possíveis seres não estariam deixando de nascer, ou seja, não estariam sendo abortados? (NAHRA, 1996, p. 79)

No que toca ao argumento feminista de que cabe à mãe decidir sobre se deve ou não abortar, não caracterizando o aborto como um erro, fundamentado na ideia de que a liberdade é um valor hierarquicamente superior à vida, o que propriamente este pressuposto significa? Significa, simplesmente, que o direito à livre-escolha de um indivíduo, no tocante a todos os atos em que não haja prejuízo à liberdade de outrem, é superior a um suposto dever de viver. Isto implica, por exemplo, que se um indivíduo deseja morrer, deve-se garantir a ele esse direito, já que a liberdade de um indivíduo X que não causa com seus atos prejuízo nenhum a Y, é um valor supremo a ser respeitado na vida em sociedade. Do mesmo modo, se uma gestante entende que sustentar uma vida potencial lhe é prejudicial, a sua liberdade de não fazê-lo (ou seja, abortar) deve ser garantida (NAHRA, 1996, pp. 83-84).

Mas, não existiria, no caso do aborto, um prejuízo à liberdade de outrem, sendo o “outrem” o feto? Ora, se se nega a premissa de que o feto é um ser humano (ao menos até certo ponto da gestação, o ponto da viabilidade ou o ponto do movimento, por exemplo, ou mesmo o da senciência – que é o ponto que os cientistas

---

<sup>98</sup> É no mesmo sentido o pensamento de Dworkin, que diz que “os que sustentam que a decisão cabe à mulher defendem o aborto com base na afirmação de que o embrião é uma criança tanto quanto uma semente já é uma árvore” (DWORKIN, 2009, p. 41).

adotam com o do início da vida, já que é quando se forma o sistema nervoso central e, para a Ciência, uma vez que o sistema nervoso fale, o indivíduo está morto, logo ele não pode ser considerado vivo até que seu sistema nervoso se forme –), não há, portanto, um “outrem” a quem se esteja causando prejuízo; não há invasão da liberdade de um Y qualquer, na medida em que Y não existe. E, se o ato do aborto de um feto não prejudica a liberdade de ninguém, o errado é justamente impedir que o aborto seja feito, já que isso cerceia a liberdade de alguém injustificadamente. Impedindo o aborto, está-se atentando contra a liberdade de quem decidiu fazê-lo, sem que haja outro direito fundamental na balança, já que não há outro ser vivo em questão (NAHRA, 1996, p. 84).

É para isto que o argumento por analogia de Judith Thomson (conforme Peter Singer em sua obra “*Ética prática*”)<sup>99</sup>, chama atenção. Ele diz, basicamente, o seguinte: imagine que um famoso violonista está inconsciente e sofre de uma doença renal fatal e só pode ser salvo por uma única pessoa, ligando-se o aparelho circulatório do violinista a ela para que os rins dela filtrem as impurezas dos corpos dos dois. Você é esta pessoa, e, então, uma sociedade dos amantes da música te sequestra e liga seu organismo ao do violinista. O tempo em que você deve permanecer ligado ao violinista é de nove meses, e ele, então, terá a vida salva. Você tem a obrigação moral de permitir que o violinista fique ligado ao seu corpo durante esse tempo? Para Thomson, esta obrigação não existe. Ninguém está moralmente obrigado a sacrifícios, de saúde ou quaisquer outros interesses, por qualquer tempo, a fim de manter outra pessoa viva. Tanto você quanto o violinista têm o mesmo direito à vida, mas esse direito não se sobrepõe ao direito que você tem de decidir o que fazer com o próprio corpo, direito este que o violinista não tem. O moralmente errado, no caso, seria obrigar a pessoa a manter-se presa ao violinista, e não a negativa dela a submeter-se a algo a que foi obrigada, ou seja, a que não consentiu voluntariamente<sup>100</sup>. E tal é o caso do aborto<sup>101</sup>. Para a autora, ao abortar, a mulher não es-

<sup>99</sup> Citação original: SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 156.

<sup>100</sup> “*Você acorda de manhã e se vê costas com costas na cama com um violinista inconsciente. Um famoso violinista inconsciente. Foi diagnosticado que ele tem uma doença renal fatal e a Sociedade dos Amantes da Música examinou todos os registros médicos disponíveis e descobriu que só você tem o tipo sanguíneo certo para ajudar. Por isso eles o raptaram e, a noite passada, o sistema circulatório do violinista foi ligado ao seu, para que seus rins possam ser usados para extrair as toxinas do sangue dele e também do seu. O diretor do hospital lhe diz: ‘Olhe, lamentamos que a Sociedade dos Amantes da Música tenha feito isso com você – jamais o teríamos permitido, se soubéssemos. Mas, mesmo assim, eles o fizeram e agora o violinista está ligado a você. Desligá-lo significaria matar o violinista. Mas não se preocupe, é só por nove meses. Então ele terá se recuperado da doença, e poderá ser desligado de você com segurança’. É seu dever moral concordar*

taria propriamente violando o direito à vida do feto, mas apenas privando o feto de um direito que ele não tem, de fato<sup>102</sup>. Há quem defenda que, salvo no caso de gravidez proveniente de estupro, a analogia não se aplica, já que a mulher pode escolher engravidar ou não; ao ter relações sexuais, assumiu o risco de engravidar. Mas isto não é bem uma verdade. Em primeiro lugar, os métodos contraceptivos não são, nenhum deles, 100% eficazes. Além disso, se ela não quer estar grávida, ela, claramente, não escolheu engravidar, ela escolheu apenas exercer sua sexualidade. Ou escolheu, mas se arrependeu. Ela deve ser punida por isso? Também, a maternidade não pode ser entendida como uma obrigação, ela deve ser entendida como uma opção. Logo, é errado obrigar alguém a gerar um filho (NAHRA, 1996, p. 84; SALATIEL, 2010).

Em verdade, direito nenhum é absoluto. Nem o direito do feto a viver, nem o direito da mãe a abortar<sup>103</sup>. E toda ponderação deve ser feita segundo os critérios

---

*com essa situação? Sem dúvida seria muito bonito se você o fizesse, uma grande generosidade. Mas precisa fazê-lo? E se não forem nove meses, mas nove anos? Ou mais tempo ainda? E se o diretor do hospital disser: 'É duro, concordo, mas agora você tem de ficar na cama, com o violinista ligado a você, pelo resto da vida, pois, lembre-se, todas as pessoas têm direito à vida, e violinistas são pessoas. Concordo que você tem o direito de decidir o que acontece com seu corpo, mas o direito de uma pessoa à vida supera seu direito de decidir o que acontece com seu corpo. Por isso, você não poderá jamais ser desligado dele'* (THOMSON, Judith Jarvis. *Em Defesa do Aborto*. In: PALMER, Michel. *Problemas Morais em Medicina*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 42, apud OLIVEIRA, 2008, p. 62).

<sup>101</sup> *"Para Dworkin, a maioria das pessoas acredita a polêmica acerca do aborto à questão moral sobre o status de pessoa do feto. No entanto, ele compreende que 'esse modo de apresentar o debate sobre o aborto é fatalmente enganoso'. Isso porque, numa análise detalhada das concepções conservadora e liberal sobre o tema, seria perceptível que nem a primeira deriva da pessoalidade do feto e que tampouco a segunda tem origem na sua negação. Outros autores, contudo, trazem argumentos vinculados à moralidade, e não ao biológico. Mesmo supondo que há uma pessoa desde o momento da concepção e que o ser não nascido possui direito à vida, é possível sustentar a defesa do aborto. A gestante tem direito ao seu próprio corpo e o fato de o feto possuir direito à vida não garante que ele possa dispor do corpo da mãe, contra a vontade desta, ainda que essa disposição seja indispensável para a continuidade de sua existência. Sendo assim, o ato de negar o uso do seu corpo não seria injusto, já que não é possível exigir que a gestante sacrifique sua saúde e seus interesses por nove meses para manter viva outra pessoa (DWORKIN, 2009, p. 42-43; TOOLEY, Michael. *Pros y contras del aborto*. In: FINNIS, John et al. *Debates sobre el aborto: Cinco Ensayos de Filosofía Moral*. Madrid: Cátedra, 1983, pp. 20-27)"* (OLIVEIRA, 2008, p. 36).

<sup>102</sup> No mesmo sentido, Teresa Robichez de Carvalho (2006, p. 35), cita Maurizio Mori, que, segundo ela, é autor de uma das mais importantes obras sobre o aborto no Brasil, dizendo: *"O autor, além de considerar polêmica a afirmativa de que o feto é ou não pessoa, e, portanto, com direito à vida, oferece como questionamento se o direito à vida de uma pessoa implica o direito de fazer uso do corpo da mulher para continuar a viver. Neste ponto, ele destaca a questão da autonomia da mulher quanto à disposição de seu corpo"* (MORI, Maurizio. *A moralidade do abort: sacralidade da vida e o novo papel da mulher*, 1997, pp. 17-26).

<sup>103</sup> *"Salienta Dwyer (1998, p. 128): 'Pode-se discordar a respeito de se um feto é ou não uma pessoa de muitas maneiras. No entanto, mesmo que pudéssemos concordar com respeito à questão metafísica de quais são as condições necessárias e suficientes para ser uma pessoa, e pudéssemos concordar sobre a questão factual acerca [de o] feto satisfazer ou não essas condições, nós ainda assim não poderíamos concluir que o aborto é aceitável ou inaceitável moralmente. Note-se que nenhum dos dois argumentos abaixo é válido: A. um feto é uma pessoa a partir do momento da*

da razoabilidade. É razoável obrigar uma mulher a ter um filho, simplesmente por fazer sexo?<sup>104</sup> E, em sentido oposto, é razoável permitir que uma mulher aborte a qualquer tempo<sup>105</sup>, se a Ciência hoje já tem condições de apontar o momento em que o feto adquire consciência e passa a sentir dor, o que acontece num tempo que pode ser considerado um prazo suficiente para que a mulher se decida sobre se quer ou não ser mãe neste momento de sua vida (mesmo se a gravidez resultou de um estupro)?<sup>106</sup> É preciso ponderar. Ainda que fosse verdade que a maioria da po-

---

*concepção. Portanto, o aborto é sempre moralmente inaceitável. B. Um feto não é uma pessoa em qualquer estágio do seu desenvolvimento. Portanto, o aborto é sempre moralmente aceitável'. Seguindo nessa linha de raciocínio, é preciso compreender que o debate jurídico sobre a questão não se limita à definição quanto ao feto ser ou não uma pessoa. O direito à vida não é absoluto, bastando que se diga que nosso ordenamento jurídico admite que se mate alguém até mesmo em legítima defesa da propriedade" (LOREA, 2006, p. 191).*

<sup>104</sup> No julgamento da ADPF 54, o Ministro Luiz Fux chamou atenção para o fato de que havia uma tensão entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais, dizendo que: *"a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada"*. Alegou, ainda, que deve-se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive e especialmente na vedação do excesso (BUNCHAFT, 2012, p. 172). E, nesse sentido, o que se aplica, lá, se aplica, aqui. *"Nessa perspectiva, o Min. Luiz Fux destacou que o princípio da proporcionalidade não se restringe à categoria de proibição de excesso, contemplando também um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a violações contra direitos fundamentais de terceiros: a violação da proibição de insuficiência. A violação da proibição de insuficiência está associada a uma omissão do poder público quanto ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela ou dever de proteção (BRASIL, 2012g). Diante do exposto, depreende-se que o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de parâmetro de validade para restrições a direitos fundamentais, também atua na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência"* (BUNCHAFT, 2012, p. 173).

<sup>105</sup> Há quem defenda que esta excludente da ilicitude relativa ao feto proveniente de aborto não foi recepcionada pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição de 1988, justamente por sua desproporcionalidade. *"Em tais situações, há um conflito de direitos fundamentais que não pode ser resolvido sem que se faça uso da técnica da Ponderação de interesses, usando-se o Princípio da concordância prática ou cedência recíproca, forjado nos domínios do neoconstitucionalismo. Por intermédio de tal técnica, deverá ocorrer um sopesamento, balanceamento, ponderação dos bens jurídicos que se encontram em rota de colisão. então, por que, na situação supracitada, permitiu-se, por meio da legislação penal, que é infraconstitucional, a violação do bem jurídico 'vida humana intrauterina', preterindo-o, pensando-se no resguardo da dignidade da mulher que foi violentada? Malgrado não seja o direito à vida um direito fundamental absoluto, já que encontra limitações na Teoria dos Limites Imanentes dos Direitos Fundamentais e até na própria carta magna, este é, segundo o eminente constitucionalista Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto, pressuposto para o reconhecimento e exercício de outros direitos. desta forma, e sendo o CP anterior à CF/88, não é possível ocorrer a recepção constitucional de tal dispositivo, o qual se mostra flagrantemente inconstitucional, devendo, para resguardo do ordenamento jurídico, ser expurgado de nossa codificação"* (GARCIA, 2009, p. 133).

<sup>106</sup> *"[O] predomínio da emoção sobre a razão faz com que se perca a integridade intelectual do debate. (...) Em um extremo existem aqueles que acreditam que o embrião ou feto tem absoluta prioridade sobre as decisões individuais das mulheres, e assim parecem ignorar completamente os direitos delas. O extremo oposto dá absoluta prioridade ao direito da mulher de decidir por ela mesma se continua ou se interrompe a gravidez, e parece ignorar qualquer valor do embrião ou feto. Estes dois extremos estão representados nos movimentos Pró-Vida e Pró-Escolha, respectivamente. Nenhum destes dois extremos se predispõe a ouvir com respeito os argumentos do outro. Qualquer ensejo de ouvir o outro é interpretado negativamente como um sinal de enfraquecimento da convicção, e uma maneira de fortalecer os argumentos do inimigo. Quando um diálogo civilizado e racional se tornar possível, todos, inclusive os menos radicais dos dois extremos, concordarão*

pulação apoia a criminalização do aborto por escolha, e apoia a descriminalização do aborto de feto resultante de estupro, a razoabilidade, aqui, deveria e deve preponderar à majoritariedade (se é que a maioria aprova as coisas como estão).

É bastante claro que a questão do aborto não é apenas jurídica, nem diz respeito apenas à esfera individual da mulher, relativa à sua autonomia reprodutiva, e tampouco à do feto, relativa ao seu direito de viver. É um problema muito mais amplo, que merece ter reconhecido seu interesse público e social. A descriminalização “*deverá estar amparada por motivações (...) como as de cunho econômico-social, por exemplo, pois o Direito não pode estar afastado, desconexo com a realidade social circundante*” (GARCIA, 2009, p. 133). O caos da saúde pública causado por esta criminalização, certamente, deve ser levado em conta. Mas, normativamente falando, são vários os argumentos pelos quais defender a legalização do aborto por escolha no Brasil até a 12ª semana de gravidez. Nos aprofundaremos em cada um deles adiante, mas, adiantando:

Em primeiro lugar, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, vê-se que a Lei de Transplantes diz que a vida humana termina com a morte cerebral (art. 3º, Lei 9434/97). Ora, como, então, um feto ainda sem sistema nervoso central, logo sem cérebro, pode ser considerado vivo para a lei? Nesse sentido:

*Um filósofo proeminente, Hans-Martin Sass, após revisar similares propostas feitas por médicos, teólogos e outros filósofos, recomendou que a proteção legal da vida deve começar quando há evidência biológica de “vida cerebral”, paralelamente com a definição legal e ética geralmente aceita de morte com o significado de “morte cerebral”<sup>107</sup>. Nas palavras dele, “a avaliação moral da maturação e a cessação da função neuro-neuronal, baseada na tradição bíblica, filosófica e teológica, favorece uma Determinação Uniforme de Ato de Proteção à Vida, protegendo lealmente a vida pessoal (vida animada) do início do funcionamento do cérebro (vida cerebral) ao seu final (morte cerebral)”. [grifos nossos] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, 52)<sup>108</sup>*

---

*em promover e implementar as mudanças sociais capazes de reduzir a incidência e as consequências do aborto provocado”* (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 22-24).

<sup>107</sup> Citação original: Sass HM. *The Moral Significance of Brain-Life Criteria*. In: Beller FK and Weir R, editors. *The beginning of Human Life*. Dordrecht, Boston and London, Kluwer Academic Publishers, 1994.

<sup>108</sup> FAÚNDES e BARZELATTO (2004, p. 52) esclarecem que “o mesmo filósofo estabelece um paralelo entre morte iminente e vida iminente. Aceita-se genericamente que a cessação da atividade cerebral define morte iminente apesar da persistência de outras atividades biológicas. De forma similar, Sass considera que antes da atividade cerebral ser possível, o feto apenas tem vida iminente, apesar de já ter batimentos cardíacos e outras funções biológicas”.

Em segundo, a Constituição brasileira de 1988 garante o direito ao planejamento familiar. Isto não seria um indício que os dispositivos relativos ao aborto não teriam sido recepcionados pela nova ordem constitucional?<sup>109</sup>

E, ainda, em terceiro lugar, o Código Civil, em seu art. 2º, diz que toda pessoa é sujeito de direitos, mas “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”<sup>110</sup>. Ressalva apenas expectativas de direitos ao nascituro, já que seu exercício está condicionado ao nascimento com vida. Para Teresa Robichez de Carvalho (2006, p. 34), isto revela que, para o Código Civil brasileiro, o feto não é, em momento algum, uma pessoa, somente adquirindo esta característica em sua vida extrauterina, ou seja, ele somente considera pessoa aquele ser humano nascido com vida.

*Miriam Ventura expressa seu entendimento sobre esse dispositivo da seguinte forma: “(...) a lei apenas antecipa a personalidade civil para preservar alguns interesses patrimoniais, todos condicionados ao nascimento com vida. Tal cuidado se reveste de importância prática no plano sucessório e previdenciário. (...) Não há empecilho para aprovação de lei que autorize o aborto, com base no referido dispositivo civil, pois não reconhece a lei ao nascituro personalidade jurídica plena, que se sobreponha aos direitos da mulher gestante”. [grifo nosso] (FEGHALI In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 209)<sup>111</sup>*

<sup>109</sup> Ainda, “Na Conferência Mundial de População e Desenvolvimento das Nações Unidas realizada no Cairo, em 1994, o Governo Brasileiro, acorde com a nossa Constituição, reconheceu que os direitos reprodutivos se ancoram no respeito ao direito básico de decidir livre e responsável mente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos. Nesta mesma Conferência o aborto foi discutido como uma questão de saúde pública, afastando-se a perspectiva criminalizante. Em 1995, o Brasil subscreveu a Declaração de Beijing adotada pela 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher comprometendo-se a considerar a revisão de leis contendo medidas punitivas contra mulheres que tenham feito abortos ilegais. [Logo], nosso Governo [assumiu], claramente, no âmbito das Nações Unidas, posição contrária a penalização das mulheres que, por circunstâncias diversas e sempre difíceis, se submetem a um aborto” (PITANGUY, 2008, p. 1). “O governo brasileiro é signatário do acordo, mas ainda não o cumpriu, graças aos movimentos pró-vida juntamente com um bloco de parlamentares cristãos que levantam a bandeira de luta em favor da vida e em defesa do direito de nascer, direito a vida e conseqüentemente em defesa dos Direitos Humanos” (SOUSA, 2002, p. 5).

<sup>110</sup> “O Código Civil não trata de um ‘direito à vida’, tampouco define que o feto tem personalidade jurídica; ele se refere apenas à proteção de direitos que estão acondicionados ao nascimento com vida. Isso é completamente diferente do reconhecimento de uma personalidade apenas pelo critério da existência da potencialidade de nascer. O ponto é que não há consenso na doutrina jurídica sobre o início da vida, tampouco há norma jurídica que traga essa definição. O direito não informa o que é a vida, apenas define o que é a morte: morte é a morte encefálica, conforme a Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes)” (BUGLIONE, 2007, apud PORTO, 2009, p. 162).

<sup>111</sup> É no mesmo sentido o entendimento de NASCIMENTO FILHO (2013, p. 81): “O Código Civil de 2002, ao dispor em seu art. 2º que a personalidade civil do homem começa do nascimento, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, trouxe, para alguns, a ideia de que a vida é um direito absoluto, sendo o momento inicial desta o momento da concepção. Para os adeptos de tal corrente, a interrupção da gravidez é inconcebível – mais que isso, é inconstitucional – ainda que tal ato possa levar ao óbito da gestante, ou a gravidez tenha sido gerada em decorrência de estupro. Para outros – posição à qual aderimos – a discussão em torno do enunciado leva à conclusão de que os direitos do nascituro referidos pela norma são especificamente os direitos pa-

Nesse ponto, vale também apontar a colocação de SPOLIDORO (1997), citado por DOMINGUES (In: MAIA, 2008, p. 72):

Faz-se imperioso compreender, pelo texto legal em comento [o art. 2º do Código Civil brasileiro], que o legislador põe em proteção é a possibilidade de conclusão do ciclo gravídico, sem interrupção, o que não implica, necessariamente, a garantia de “vida” biológica ou jurídica ao produto da concepção, especialmente por reconhecer que a vida humana não nasce do ato impositivo da lei ou do homem. Desse modo, o que o diploma legal obriga, em última instância, é a proteção do produto da concepção que, porventura, venha [a] nascer com vida, e não a sua potencialidade, estado [em] que se encontra, inequivocamente, o feto. [grifos nossos]

E Alcilene CAVALCANTE e Samantha BUGLIONE (In: MAIA, 2008, p. 108, nota 2) completam:

O ministro José Carlos Moreira Alves (1986), participante do anteprojeto do novo Código Civil, salientava que o art. 2º não poderia estar em conflito ou discordância com outros artigos do código, especificamente os arts. 1798, 1799, inciso I, e 1800, que admitem o direito de sucessão aos filhos ainda não concebidos. É por essa razão que o art. 2º salvaguarda os direitos do nascituro. Porém, conforme o parágrafo 3º do art. 1800, a efetivação desses direitos carece no nascimento com vida. O Código Civil não trata especificamente de um “direito à vida”; ele se refere, na verdade, à proteção de direitos que se efetivarão no nascimento com vida ou que poderão gerar outras consequências jurídicas. [grifo nosso]

É importante pontuar que há um outro aspecto quanto a considerar o feto pessoa: o esmaecimento da personalidade da mulher, que passa a ser vista como um meio de realização dos direitos da “pessoa” dentro de si.

Nos debates sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias e sobre o aborto de anencéfalo, é questionado se os embriões de laboratório e os fetos anencefálicos é pessoas, com todos os direitos e deveres daí advindos. A representação em todos esses casos é claramente a de indivíduo segundo Dumont (1992), o ser a-social, desconectado de qualquer relação. O apagamento da figura materna dá-se em função da ênfase no feto ou no embrião: a gestante é designada de “unidade feto-placentária”, ou se pergunta quem importa se é o feto anencefálico ou a mulher e se responde em favor dele. Embora a mulher porte o embrião em seu útero, simbolicamente ela é englobada. Trata-se de um exemplo de cismogênese complementar (Bateson 1958) de modo que quanto mais se constrói a condição humana do feto, menos se considera o caráter de sujeito da grávida, que é equiparada a um suporte para a manutenção da vida do primeiro. A participação de cientistas nas audiências com peritos no Legislativo e no Judiciário revela a im-

---

*trimoniais, dentre os quais o de receber doações e o direito de sucessão. Todavia, a eficácia de tais direitos subordina-se, inexoravelmente, ao nascimento com vida. Não teria o nascituro, enfim, o reconhecimento de sua personalidade civil, com todas as consequências advindas de tal reconhecimento. Assim, não pode prosperar a ideia que afirma como pessoa humana o nascituro, sendo tal afirmação só admitida a partir de um ponto de vista moral ou religioso, o que impossibilita sua aceitação pelos demais sujeitos de direitos não afetos à religiosidade ou, ainda que sensíveis aos mandamentos religiosos, discordem do fundamentalismo religioso que inadmita a interrupção da gravidez, seja qual for a hipótese” (NASCIMENTO FILHO, 2013, pp. 81-82).*

*portância das falas autorizadas pela ciência para construir verdades sobre o estatuto de entes distintos, definindo-os ou não como humanos. [grifos nossos] (LUNA, 2013, p. 91)*

Nosso Código Penal protege a vida humana em grau máximo e em grau menor a expectativa de vida. Esta é a razão pela qual as penas do homicídio e do aborto são tão diferentes entre si<sup>112</sup>. No entanto, quando se trata da proteção do embrião ou do feto, inexplicavelmente, a proteção da vida e saúde da mãe parece perder a relevância. Contra ele, ela não tem direitos, só deveres. Os direitos da mãe são, de tal modo, limitados, diante da presença de um feto em seu ventre, que a Lei de Transplantes, em seu art. 9º, §3º, veda à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto. Não vida, saúde! A mãe não pode abortar para poupar a própria saúde, mas, pela saúde do feto, é impedida de salvar alguém que, eventualmente, precise de um órgão seu para viver. Ou seja, o feto não pode morrer pela saúde da mãe, mas um terceiro pode morrer pela saúde do feto, que pode nem vingar.

*Parto do pressuposto de que a discussão sobre a utilização do Direito Penal para a proteção dos interesses do feto remete, primeiramente, ao aspecto da legitimidade do Estado interferir sobre o corpo, a autonomia e o direito de autodeterminação reprodutiva das mulheres. É legítima essa interferência em nome da proteção dos interesses do feto? Se legítima, até aonde pode o Estado ir na proteção do feto sem violar os direitos fundamentais das mulheres, principalmente de decidir quando, como e quantos filhos ter [principalmente se a Constituição garante o direito ao planejamento familiar]? Por outro lado, além desse questionamento, deve-se adicionar interrogantes referentes à eficácia dessa interferência estatal na persecução de seu fim. Ou seja, é, de fato, o feto protegido pela lei restritiva? Além disso, quais são os custos sociais da penalização do aborto? Há outros meios através dos quais seria possível atingir o mesmo resultado com custo social menor? [grifo nosso] (CAMPOS, 2007, p. 9)*

Ora, é claro que há medidas muito mais eficazes que a criminalização do aborto para atender ao fim de diminuir sua prática, e sem os efeitos colaterais que ela acarreta. Para começar, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para a redução do número de gravidezes indesejadas, e a garantia

<sup>112</sup> “O Código Civil também determina que a personalidade da pessoa física – e conseqüente proteção - se inicia com o nascimento com vida, embora se coloquem a salvo os seus direitos, desde a concepção. Por fim, os embriões congelados recebem ainda menor tutela jurídica, podendo inclusive ser utilizados para fins de pesquisas terapêuticas, consoante recentemente autorizado na decisão do STF acerca ADIN 3510 – referente ao uso de células tronco embrionárias para fins de pesquisa. Assim, resta claro que a proteção à vida não é um bem absoluto, mas que nas próprias determinações legais encontra níveis de proteção diferenciados” (GONÇALVES; BEVILÁQUA; LAPA, 2008, p. 45).

do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho – para que elas não acabem tendo que optar entre a maternidade e o emprego –, além do fortalecimento da rede de segurança social, de modo que um novo filho não seja sinônimo de sofrimento para as mães já desassistidas (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 154-155)<sup>113</sup>. Seriam formas muito mais humanas de proteger o feto, já que não implicariam numa violação aos direitos da mãe.

O que mais prejudica o debate sobre o aborto no Brasil é que ele não se faz com base em constatações científicas ou definições jurídicas, mas em dogmas religiosos. No entanto, assim como é contra a interrupção voluntária da gravidez, a Igreja também é contra qualquer contraceptivo, inclusive as pílulas anticoncepcionais e a camisinha, porque esses recursos desvincularam o sexo e a procriação<sup>114</sup>. E ninguém deixa de utilizá-los, por isso, e nem o Estado deixa de fornecê-los<sup>115</sup>. Qual o critério, então?

<sup>113</sup> “*Inibir a prática do aborto (...) poderia ser feito com uma ampla campanha para a prevenção da gravidez, com uma ampla orientação sexual dos jovens e da população e geral, o acesso fácil e gratuito aos meios de prevenção etc. Do mesmo modo, a criação de creches suficientes para atender a todas as mulheres, a educação gratuita e de qualidade em todos os níveis, o aumento do salário mínimo e uma série de medidas que auxiliassem a mulher que tem filho, para que ela tivesse condições de criar os filhos também ajudariam a reduzir o número de abortos. No entanto, não há nenhuma campanha no sentido de esclarecer e orientar a população, concedendo meios para prevenir a gravidez ou para criar os filhos*” (ABORTO EM DEBATE, 2011).

<sup>114</sup> Assim como defende que o casamento seja celebrado com a intenção exclusiva de promover a concretização da família (pai, mãe e filhos), baseando-se na palavra de Deus trazida na Bíblia: *Crescei e multiplicai-vos*. Por isso o aborto, para ela, deve ser criminalizado. Se evita que a família se multiplique, vai contra o mandamento de Deus. Da mesma forma, os contraceptivos.

<sup>115</sup> Em alguns países, como a Alemanha, o Estado só fornece anticoncepcionais e preservativos, não contraceptivos de emergência, como a pílula do dia seguinte, por considerá-la abortiva. Recentemente, decidiram fornecer apenas em caso de estupro. Mas a CNBB repudia em qualquer caso. Houve inclusive um caso, anos atrás, em Pernambuco, em que uma menina de 9 anos foi estuprada pelo padrasto e, grávida de gêmeos e com a saúde em risco, praticou o aborto por indicação médica e com a anuência da família (aborto esse se encaixava em ambas as excludentes de ilicitude previstas na nosso Código Penal, já que se tratava de estupro e havia risco de morte da mãe, que tinha, à época, 1,33m e 36kg). Diante disso, a Igreja Católica excomungou a menina, toda a sua família e a equipe médica que participou do aborto. Mas o padrasto, não, porque o bispo considerou o crime de aborto mais grave que o crime de estupro (PORTO, 2009, pp. 82-83). “*Em entrevista à Folha de São Paulo (06/03/2009), o médico e professor da UFPE que participou do processo de aborto terapêutico da garota, Rivaldo Albuquerque, (...) [em resposta a uma pergunta que envolvia a proibição religiosa do aborto x seu posicionamento católico, qual seja, ‘Como um católico faz abortos, apesar da proibição religiosa?’], respondeu] ‘Primeiro, é preciso que fique claro. Não foi Deus que proibiu a interrupção da gestação em qualquer caso. Foram os homens da Igreja. E eles erram – já queimaram gente viva em praça pública, não se esqueça. Quando comecei a trabalhar neste programa, conversei com minha mãe, então com 80 anos, católica praticante. Perguntei se me condenaria por interromper a gestação de mulheres estupradas. Ela me disse que não. Que, se fosse com ela, gostaria de encontrar um médico compassivo com sua situação. A mesma pergunta fiz à minha mulher – mesma resposta. Tenho duas filhas. O que faço por outras mulheres é o que eu gostaria que fizessem pelos meus entes queridos se com eles ocorresse uma tragédia dessas. (...) [Na ocasião, até o então presidente Lula se manifestou]: ‘Como cristão e como católico,*

Não cabe à religião ou à lei dizer quando a vida começa, mas à Ciência. Esta alegação de que há, ali, uma pessoa, viva, que merece proteção do Estado, apenas se tornou o argumento mais conveniente aos religiosos porque mais convincente sobre o ato de atentar contra ela ser um erro, em termos objetivos, como eles consideram que seja. Porque, se há um sujeito de direitos, dentre os quais o de não ser morto, eliminá-lo é, em tese, um erro que merece ser retaliado pelo Estado. E, retaliando, quem sabe ele consiga persuadir as mulheres a deixar de “errar”? Esta é, provavelmente, a principal finalidade de qualquer pena. Mas, no caso do aborto, não é bem isso o que acontece.

O Brasil é uma sociedade, de fato, um tanto quanto religiosa, em sua maioria católica, mas o Estado é laico<sup>116</sup>. E é triste que, mesmo assim, o pudor e a intolerância religiosa ainda prejudiquem tanto debates de tamanha importância, cujo não enfrentamento acarreta consequências tão gravosas. Feto nenhum é salvo, mas milhares de mães são condenadas, diariamente. Sem razão de ser.

*As liberdades de consciência e crença devem ser garantidas a todos. A crença de uns não pode tolher a consciência de outro. Ao Congresso cabe promover o consenso entre cidadãos e repetir que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (...)” e impedir que “alguns sejam privados de direitos por motivos de crença religiosa ou convicção filosófica ou política de outros”. [grifos nossos] (CANDOTTI In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 64)*

Daniel Sarmiento, em sua obra “*Legalização do aborto e Constituição*”, tratando sobre a matéria da laicidade, cita a decisão da Corte Constitucional alemã que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, que dizia que um Estado no qual membros de várias convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica caso se

---

*lamento profundamente que um bispo da Igreja Católica tenha um comportamento, eu diria, conservador como esse. Ou seja, não é possível que uma menina estuprada por um padrasto tenha esse filho até porque a menina corria risco de vida. Eu acho que, nesse aspecto, a medicina está mais correta que a Igreja. A medicina fez o que tinha que ser feito: salvar a vida de uma menina de nove anos’ (Luís Inácio Lula da Silva, Presidente da República, 06/03/2009)” (PORTO, 2009, pp. 84-85).*

<sup>116</sup> “Deveria o Direito curvar-se diante da religião, impondo coercitivamente, inclusive aos não crentes, as posições de determinada confissão religiosa, ainda que majoritária? O fato de o catolicismo predominar no Brasil constituiria justificativa legítima para o Estado adotar medidas legislativas que simplesmente endossassem as concepções morais católicas? A resposta a esta pergunta só pode ser negativa. A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...) Num Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares” (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 142-143).

mantenha neutro em matéria religiosa, e “a força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância” (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 143). E acrescenta:

*Esta afirmação pode parecer em contradição com a ideia fundamental nas democracias de que, inviável o consenso, as normas jurídicas devem expressar as convicções das maiorias. Mas a contradição é apenas aparente. Isso porque o princípio básico subjacente à democracia é o de que as pessoas devem ser tratadas com igualdade. (...) Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar.* [grifo nosso] (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 143-144)

Além de tudo, em verdade, como dissemos, a “Pesquisa Nacional do Aborto” mostrou que 65% das mulheres que abortam são católicas, e 25% evangélicas (portanto, sobram apenas 10% do total para as seguidoras de todas as demais religiões, que não são poucas, e para as sem religião). Ou seja, o aborto não é coisa de quem não acredita em Deus. “Para a massa, que a vê [a Igreja, ou a Igreja Católica] como um meio de conforto, e não como uma cartilha dogmática, ela não é suficiente para as mulheres mudarem sua decisão” (DINIZ In: AGÊNCIA BRASIL, 2008).

Não se sabe por que essas mulheres, mesmo supostamente tementes a Deus, abortam, mas, diante dos dados, é possível afirmar, sem medo de errar, que o fato de temerem não tem sido bastante para fazê-las desistir (CABRAL, T., 2010). Além disso, “impor a qualquer mulher, mesmo seguidora de um credo religioso, uma norma que restringe sua liberdade é impedi-la de exercer sua capacidade moral de julgamento e decisão, é negar-lhe sua humanidade” (ROSADO-NUNES In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 28).

*Não podemos lidar com a questão do aborto de forma absoluta, tentando impor como verdade a todas e a todos, independentemente de suas crenças e valores, aquilo que é fruto de uma opinião ou de uma doutrina. (...) É possível identificar bases éticas, morais e até religiosas para se defender o direito de se optar pelo aborto, tanto quanto para condená-lo. Dessa forma, a legislação brasileira, que ainda criminaliza o aborto, promove uma coerção inadmissível e injustificável tanto do ponto de vista filosófico, quanto social. E coloca em sofrimento milhares de mulheres (...) que deveriam ter a liberdade de decidir, segundo sua própria consciência, segundo seu livre arbítrio, por meio de reflexão informada e coerente, e não sob a ameaça de prisão ou inferno. A interrupção voluntária da gravidez amparada na legislação é uma questão de justiça social, de democracia, de respeito aos direitos humanos das mulheres e também, fundamentalmente, uma questão ética.* [grifos nossos] (ROSADO-NUNES, 2012, p. 30)

Carmen Hein de Campos, diz, em sua obra “*Aborto no Brasil: a irracionalidade da criminalização*”, que impor uma gravidez indesejada a uma mulher viola o princípio da dignidade e o direito à autonomia reprodutiva, de tal forma, que pode ser equiparado à tortura (que em poucas palavras, significa causar sofrimento intencionalmente a alguém com o fim de castigá-la por ato que ela tenha cometido, de intimidá-la ou coagi-la, ou em razão de qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza)<sup>117</sup>.

*Forçar uma mulher a ter um filho é um ato que intencionalmente infringe-lhe sofrimento físico e mental, expropria-lhe de sua condição ética de cidadã, rouba-lhe a autonomia e nega-lhe a dignidade inerente à sua condição humana. (...) Decisão idêntica foi tomada pela Suprema Corte da Colômbia ao concluir que forçar a mulher, sob a ameaça de perseguição criminal a levar a gravidez a seu termo implica em tratamento cruel, desumano e degradante, que afeta seu bem-estar moral e seu direito à dignidade. (...) Qualquer gestação forçada, não unicamente em casos de anencefalia [p. ex.], não é razoável, pois per se é uma prática violadora da dignidade feminina, interfere na autonomia reprodutiva das mulheres, viola o direito à saúde e impõe tratamento cruel e desumano às mulheres. [grifo nosso] (CAMPOS, 2007, pp. 17-18)*

Como o aborto, em pleno século XXI, quando inúmeros países já legalizaram a prática<sup>118</sup>, em outros, como o nosso, continua a ser tratado como um assunto sobre o qual não tratar, evitando-se falar até o nome? Porque é imoral? Ora, desde Kelsen, sabemos que o Direito, se se pretende com império sobre toda a sociedade que abarca, não pode tratar de moral. E é curioso, porque a moral que entende que o aborto não deve estar no âmbito de escolha da mulher é a moral religiosa. E moral nenhuma deve estar na lei<sup>119</sup>, mas menos ainda a religiosa. Repetimos, o Brasil (ainda) é um Estado laico.

<sup>117</sup> É no mesmo sentido o entendimento de DINIZ (in: ESTADO DE SÃO PAULO, 2008): “*A imposição do aborto carrega consigo uma experiência de imposição cruel de dor às mulheres. A definição de tortura da Convenção Internacional é: ato do Estado que impõe dores e sofrimentos ao corpo. Obrigar a mulher a uma gestação é obrigá-la a algo que ela não deseja, mas está dentro do próprio corpo. Então, a criminalização do aborto obriga as mulheres a uma experiência de tortura*”.

<sup>118</sup> “*Desde os anos cinquenta do século passado, o número de países que adotaram políticas que descriminaram o aborto tem crescido, abrangendo hoje 68 países, correspondendo a 61% da população; enquanto 55 países (13% da população) permitem-no quando necessário para a saúde da gestante [sendo que, desses, muitos admitem o aborto a pedido, na medida em que consideram que a mulher que não deseja o filho, caso seja obrigada, estará com sua saúde mental em risco]. Setenta e dois países, que respondem por 26% da população mundial, proíbem o aborto ou o permitem apenas em caso de risco de vida para a gestante*” (CANDOTTI In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 62).

<sup>119</sup> “[No ambiente público], as decisões adotadas pelo Estado (...) devem ser justificadas em termos de razões públicas. Imposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, mas pior, desrespeitados. A divergência

Outro aspecto interessante sobre este universo é que, se investigamos a história do tratamento da matéria em cada país que legalizou o aborto, veremos que, em cada lugar, a legalização aconteceu levando em conta um argumento. Por vezes, utilizou-se como justificativa principiológica do direito da mulher à privacidade ou ao corpo; por vezes, invocou-se o argumento de ordem prática da saúde pública em razão do volume de complicações de abortos inseguros que acabam tendo que ser tratadas na rede pública de saúde –, para conformar o Direito com a inquestionável realidade de que a criminalização do aborto não o torna menos frequente, apenas mais inseguro.

Nos EUA, por exemplo, o aborto é admitido com base no direito da mulher à privacidade<sup>120</sup>. Estar grávida é algo que diz respeito somente a ela, logo só ela pode decidir se quer ou não estar ou permanecer nesse estado. Não se discute quando começa a vida do feto porque, para eles, isto não releva. Faz-se uma ponderação de interesses e, até o ponto em que o sistema nervoso central do feto esteja formado, logo ele possa sentir dor (para eles, é este o critério), os direitos da mulher prevalecem.

Na Europa, também, se vê o direito à escolha como um direito da mãe – embora derivado de seu direito ao corpo, não à privacidade –, logo algo que, de todo modo, diz respeito a ela, não ao feto. Até o prazo de 12 semanas, quando o feto se torna senciante.

Na América Latina, no entanto, é diferente. As feministas se deram conta de que argumentos tão “avançados” não convenceriam aqui, onde a sociedade, lamentavelmente, é atrasada. Preconceituosa, machista, religiosa, e, pior, não sabe sepa-

---

*tornar-se-á conflito e as bases de legitimação do Estado restarão comprometidas. E o pluralismo, não é demais recordar, mais que um indiscutível fato social, é também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF)” (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 144-145).*

<sup>120</sup> *“Com fundamento na autonomia reprodutiva da mulher, segundo o direito à privacidade como liberdade individual e garantia fundamental amparada pela cláusula constitucional do devido processo, a Corte descriminou a conduta em todo o país. Houvera um verdadeiro embate judicial, no qual, de um lado, argumentava-se contra a discriminação da conduta segundo um princípio moral absoluto de inviolabilidade da vida humana – que teria sua origem na concepção –, e de outro, a favor, segundo um princípio de tangibilidade da vida, em defesa do reconhecimento da mulher como agente moral livre para decidir sobre uma gestação e maternidade voluntária e desejada. (...) A cláusula do Devido Processo garante aos cidadãos norte-americanos a não violação de sua liberdade sem o devido processo legal. E, com relação a essa cláusula, a Corte já tinha como pacificada a interpretação pela qual um direito fundamental somente poderia sofrer a intervenção estatal no sentido de restringi-lo, se o Estado demonstrasse um interesse inexorável, ou seja, mais importante ou ‘prioritário’ em relação ao direito que sofreria a restrição (DWORKIN, 2009, p. 145). A essa razão inexorável que legitimaria a intervenção estatal, jurisprudência e doutrina norte-americanas atribuem a expressão *compelling interest*” (MORAIS, 2007, pp. 1; 44-45).*

rar o espaço privado do espaço público (isto é, há religiosos em todos os lugares, mas uns sabem que isto é algo que diz respeito à vida privada, outros não<sup>121</sup>). Sabendo disso, a saída para os defensores da legalização do aborto, aqui, foi defendê-la alegando o problema que a criminalização causa no âmbito da saúde pública, conjugado com a ineficácia da criminalização para o fim para o qual foi criada, qual seja, a de evitar os eventos. Porque criminalizar o aborto não faz com que as mulheres deixem de abortar, mas faz com que as mulheres abortem em condições precárias de preparo, instrumentália e higiene, e, diante das complicações decorrentes, elas acabam indo parar na rede pública de saúde. Como dito, no Brasil, a curetagem é a cirurgia mais realizada pelo SUS (TOLEDO, 2010a). Quantos milhões por ano isso representa?<sup>122</sup>

O discurso a favor dos direitos reprodutivos, especificamente do aborto, numa sociedade tão machista e influenciada pela Igreja, só poderia ficar prejudicado. Os movimentos feministas que lutam pela despenalização do aborto nos países latino-americanos ligam o endurecimento da lei em determinados Estados à grande interferência da Igreja Católica em suas políticas, e têm razão<sup>123</sup>. O modo de condução do tratamento do tema do aborto na América Latina é, claramente, reflexo de uma sociedade norteada por valores religiosos, como a inviolabilidade à vida, a proteção ao feto e a sacralização da maternidade, que preponderam aos argumentos defendidos por organizações, cientistas e legisladores que pensam no aborto como um problema de saúde pública.

---

<sup>121</sup> Inclusive, países tão religiosos e tão católicos quanto o Brasil já legalizaram o aborto: a Itália, Portugal, o México, Espanha, Uruguai. São inúmeros. Infelizmente, o Brasil insiste no atraso. “*Não é uma situação que se possa explicar somente pelo peso da Igreja Católica – e, agora, de muitas denominações evangélicas – na vida pública brasileira. Em Portugal, um país mais católico e mais tradicionalista, em tantos aspectos, do que o Brasil, o aborto foi legalizado, até 10 semanas de gestação, por meio de referendo popular em 2007. Na católica Cidade do México, o aborto foi legalizado até os três meses de gestação em 2008. No Uruguai, em 2008 o Poder Legislativo aprovou a legalização do aborto, mas a medida foi vetada pelo então presidente, o ‘progressista’ Tabaré Vázquez, e está novamente em discussão. A Itália, que abriga a Santa Sé em seu território e convive com reiteradas tentativas de intervenção do Vaticano em suas decisões políticas, legalizou o aborto (até 90 dias de gestação) já em 1978. Outro país de irrepreensíveis credenciais católicas, a Espanha, legalizou o aborto até 14 semanas de gravidez em 1985, ampliando as garantias da lei em 2010, com a retirada da obrigatoriedade da autorização dos pais às adolescentes de 16 a 18 anos que desejem efetuar o procedimento. Em suma, a coexistência entre uma população católica e o reconhecimento do direito ao aborto já se mostrou factível em muitos lugares do mundo*” (MIGUEL, 2012, p. 669).

<sup>122</sup> “*Dizer que o SUS não poderia arcar com o procedimento caso fosse descriminalizado não funciona, uma vez que são realizadas 250 mil internações para curetagem por ano, quase todas decorrentes de abortos malfeitos, um custo de 30 milhões de reais*” (GARCIA, 2013). Outras estimativas, uma delas inclusive obtida em pesquisa financiada pelo próprio Ministério da Saúde, apontam para 35 milhões (MORENO, 2012).

<sup>123</sup> Sobre o tema, ver SELIGMAN, 2007.

*O argumento em favor da legalização do aborto, [aqui,] constrói a ideia de um mero cálculo utilitário. De fato (e essa é uma questão central aqui), a discussão sobre os direitos individuais das mulheres tende a ficar obscurecida no debate sobre o aborto, até mesmo por conta de opções táticas do movimento em favor de sua descriminalização. Como ponderou uma estudiosa<sup>124</sup>, há “uma tendência em subsumir um direito individual de decidir dentro de uma outra ordem de questões mais ampla chamada direitos reprodutivos” – ou então, eu acrescentaria, de uma temática de interesse coletivo, a saúde pública. [grifos nossos] (MIGUEL, 2012, p. 664)*

Ora, não é que as feministas latino-americanas não achem que têm direito à escolha, à privacidade ou ao próprio corpo<sup>125</sup>.

*De acordo com Scavone (2008, p. 676) “[desde a década de 70], o feminismo brasileiro já tinha uma posição política sobre o aborto fundamentada no princípio do direito individual”. Porém as feministas faziam manobras para não deixar isso muito evidenciado utilizando de fórmulas com “direito de decidir pelo número de filhos desejados”, “direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo”, entre outras reivindicações. [grifo nosso] (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 59)*

Mas, será que esses argumentos libertários, utilizados nos EUA e na Europa, puros e simples, convenceriam, na América Latina? É claro que não. Nem os da saúde pública ou da ineficácia da proibição para a contenção da prática, que é flagrante, têm convencido. Pelo menos, não no Brasil<sup>126</sup>. Embora isso não mude o fato de que o direito ao aborto se trata de um direito derivado da autonomia da mulher; ela

<sup>124</sup> Citação original: ARDAILLON, Danielle. *O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro*. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, pp. 376-388, 1997, p. 385.

<sup>125</sup> “Segundo Sonia Corrêa e Maria Betânia Ávila (2003), data de 1981 a primeira campanha para a descriminalização do aborto no Brasil, liderada pelos grupos feministas da época. Conforme as autoras citadas, esta questão já estava posta como um tema geral de direitos na pauta feminista, muito antes da adoção do conceito de direitos reprodutivos pelo vocabulário político nacional. Neste sentido, elas argumentam que o campo da saúde, gênero, sexualidade e reprodução veio a consolidar-se durante os anos 80 no Brasil, estando o feminismo brasileiro entre os primeiros a adotar amplamente a linguagem dos direitos reprodutivos em relação aos países em desenvolvimento” (PORTO, 2009, p. 61).

<sup>126</sup> Em outros países, embora igualmente latinos, felizmente, sim, como é o caso do Uruguai. O Uruguai legalizou o aborto há pouquíssimo tempo, e o fez de forma bastante diferente da maioria. De baixo para cima, pode-se dizer. Primeiro, os uruguaios se deram conta de que, no maior hospital público da capital, Montevideu, a principal causa de morte materna era o aborto inseguro. Então, fez uma pesquisa e descobriu que a maioria das mulheres que sofriam com complicações de aborto inseguro, antes de abortar, visitava um médico para confirmar a gravidez. Então, perceberam que, caso esses médicos estivessem preparados para isso, poderiam dar uma assistência a essas mulheres no sentido de mostrá-las outras alternativas diversas do aborto e, caso não mudassem de ideia, prescrevê-las o medicamento e a dose corretos para que abortassem sem se submeter a riscos desnecessários. O medicamento indicado era o Misoprostol, o Cytotec, usado para tratar úlceras, que aqui tem a venda proibida, e por isso é objeto de contrabando, mas lá não. O resultado dessa iniciativa foi a diminuição vertiginosa dos casos de complicações por abortos realizados precariamente e queda de mortes maternas decorrentes disso a quase zero. Então, estenderam a iniciativa a outros hospitais da capital e, depois, ao interior, e, então, legalizaram a prática, finalmente. Já no ano de 2012.

deve ter acesso a este artifício porque sua autonomia enquanto ser humano lhe dá esse direito, e não porque negá-lo a ela causa problemas financeiros ao governo.

*A questão do aborto está vinculada aos direitos elementares do acesso à cidadania, que se funda na soberania sobre si mesmo. [Assim], a condenação do direito ao aborto é não apenas a renúncia ao enfrentamento de um grave problema de saúde pública, mas a aceitação de que as mulheres não serão cidadãos por inteiro. (...) A soberania sobre si mesmo é um direito fundante da possibilidade de ação autônoma na arena política. Mas permanece uma grave assimetria entre homens e mulheres, gerada por aquilo que podemos chamar de gravidez compulsória, que representa uma limitação potencial permanente à soberania das mulheres sobre si mesmas. Então, o cidadão, isto é, o homem, ingressa na esfera política dotado de soberania sobre si mesmo, mas para a mulher tal soberania é condicional. Sob determinadas circunstâncias, ela deixa de exercer arbítrio sobre seu próprio corpo e se torna o instrumento para um fim alheio. Nesse processo ocorre uma inversão: em vez de a sociedade ficar com a obrigação de garantir as condições para que as mulheres possam levar a cabo gestações livremente decididas, a gravidez passa a ser uma obrigação perante a sociedade. [grifos nossos] (MIGUEL, 2012, pp. 658; 666)*

No Brasil, houve, na década de 90, dois Projetos de Lei pleiteando a legalização do aborto a pedido no Brasil, um de 1991 (PL 1.135, de autoria dos deputados Sandra Starling e Eduardo Jorge), e um de 1995 (PL 176, de autoria de José Genuíno)<sup>127</sup>. O primeiro previa a supressão do art. 124, CP, que criminaliza o autoaborto e

<sup>127</sup> Quanto à década de 80, “*marcada pela mobilização em torno da saúde e da sexualidade, o movimento feminista (liderado por organizações como CFEMEA, Católicas pelo Direito de Decidir, Rede Saúde) debate a situação de ilegalidade do aborto e solicita ao Estado a sua legalização. (...) Conforme destaca Maria Isabel Baltar da Rocha (2006), entre os anos de 1979 e 1989 foram apresentadas para discussão 11 propostas, tanto para descriminalizar o aborto, assim como para aumentar os permissivos legais constantes no CPB nesse período, propostas que possuíam características mais restritivas, principalmente advindas da Igreja Católica. (...) Na Constituinte, oitenta por cento das reivindicações do movimento feminista foram contempladas (...), e os constituintes rejeitaram o parecer da igreja para incluir na carta Magna a ‘inviolabilidade do direito à vida desde a concepção’ o que na prática significaria um retrocesso na legislação sobre o aborto que consta no CPB de 1940. Todavia, como argumenta Oliveira (2001), setores conservadores do Congresso Nacional e da sociedade civil também exerceram forte influência sobre os constituintes, levando à rejeição das reivindicações do movimento feminista no que diz respeito à questão do aborto. As feministas acreditavam que ‘cada indivíduo pudesse decidir livremente’ em relação ao número de filhos, questão relativa ao planejamento familiar. Do mesmo modo, a Constituição não foi totalmente restritiva quanto ao aborto, permanecendo as normas constantes no Código Penal Brasileiro de 1940, no qual o aborto já era permitido somente em casos de risco de morte da mulher e de gravidez proveniente de estupro (OLIVEIRA, 2001: 19-20)’. Na década de 90, ‘marcada pelo fortalecimento da bandeira feminista, mas não sem tensões políticas acerca do tema dos direitos reprodutivos, segundo Ávila e Corrêa (2003), [houve] importantíssimas discussões sobre mulher e saúde, como as que aconteceram durante as Conferências do Cairo (1994) e em Beijing (1995), momentos em que o aborto foi reconhecido internacionalmente como problema de saúde pública e em que foi solicitado aos países que o penalizam que revissem suas leis, requerendo atenção aos abortos inseguros. (...) [No entanto], foi apresentada à Câmara dos Deputados pelo ex-deputado Severino Cavalcanti uma emenda constitucional – PEC 25/95 – intensificando o debate sobre ‘a defesa da vida desde o momento da concepção’. Mas ela [foi] rejeitada. (...) Ainda em relação aos projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional nos anos 90, Rocha (2006) destaca que mais 23 propostas foram apresentadas, (...) [sendo que] a maior parte era favorável à permissão da prática do aborto’. Quanto aos anos 2000, ‘Relembrando os projetos de lei que passaram pelo Congresso Nacional*”

o consentimento da gestante a que outro lho provoque (sendo incompleto no fim a que se propunha, porque, não suprimindo junto o art. 126, CP, embora poupasse a mulher que provocou aborto em si mesma ou consentiu que outro lho provocasse, ainda penalizava o médico que praticou o aborto a seu pedido)<sup>128</sup>, e o segundo previa o período de três meses (90 dias) para o aborto a pedido, e obrigava a rede pública de saúde a realizar os abortos descriminalizados<sup>129</sup>. Mas ambos foram rejeitados, sem que sequer tivessem sido realizadas todas as audiências públicas previstas. E isso já em 2008, a 17 anos do primeiro projeto e a 13 anos do segundo.

*O relator [na Comissão de Seguridade Social e Família, Jorge Tadeu] Mudalén [(DEM/SP)] apresentou seu parecer contrário à descriminalização, o que já era esperado, devido a sua postura durante as audiências e a sua militância religiosa evangélica. Do relatório apreciado por Mudalén, (...) o relator destaca: a pouca confiabilidade dos dados referentes ao aborto como um*

---

*nesta última década, Rocha (2006) observa que, entre os anos de 1999 e 2003, foram destacadas 33 propostas, muitas com reações 'conservadoras'. Ainda nesse ínterim, foram apresentados projetos sobre o tema da malformação fetal" (PORTO, 2009, pp. 63-69; 71), e reportagem do Jornal do Brasil, de 2010, apontam 19 projetos em trâmite (PIRES, 2010), seis pró-aborto, onze contra o aborto e dois neutros (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 77).*

<sup>128</sup> Por isso, no ano de 2001, a responsável pela relatoria do conjunto de projetos que propunham a alteração do Código Penal, a deputada Jandira Feghali (PC do B/RJ) apresentou substitutivo ao PL 1.135/91 que retirava do Código Penal, não só o art. 124, como o 126, e até os arts. 127, que trata da forma qualificada de aborto (casos em que a mulher sofre lesão corporal grave ou morre em decorrência das lesões), e 128, que se refere às excludentes da ilicitude sobre o feto fruto de aborto e para os casos de risco de morte da mãe (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 71). Este substitutivo partiu de uma Comissão Tripartite (formada por representantes do Legislativo, do Executivo e da sociedade civil organizada), entregue pela Ministra Nilcéa Freire à deputada Jandira Feghali, e tinha por objetivo "a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação ou em qualquer idade gestacional quando a gravidez implicasse risco de vida à mulher ou em caso de má-formação fetal incompatível com a vida (CFEMEA, 2006)" (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 79). O substitutivo previa, ainda, que a interrupção da gravidez poderia ocorrer até a 20ª semana, se a gravidez fosse resultante de estupro (CARVALHO, 2006, p. 44). Data máxima vênia, a deputada, embora tenha acertado em querer suprimir o art. 126, CP, e mesmo o art. 128, CP (já que o aborto para salvar a vida da mãe é caso de estado de necessidade, excludente geral que permaneceria no Código), cometeu um exagero ao suprimir o art. 127, CP, porque, se o aborto foi praticado sem o consentimento da gestante e, além disso, lhe causou lesão grave ou morte, ele deve sim ter pena diferenciada, como o art. 127, CP, prevê. Além disso, consideramos que o aborto por estupro deveria ocorrer somente no contexto do aborto por escolha, com prazo máximo para a decisão igual ao aborto que dispensa justificativa, ou seja, até a 12ª semana, sem que se previsse prazo especial para esta hipótese.

<sup>129</sup> Houve outros projetos atinentes à matéria, mas somente esses falavam do aborto por opção da mulher, simplesmente. Afora isso, um Projeto chegou a pleitear a autorização do aborto quando a gravidez representasse riscos, não só à vida – como o CP/1940 já autoriza –, mas à saúde física ou psíquica da gestante (o que, em alguns países, acaba permitindo o aborto por opção, sob o argumento de, se a mulher não está preparada para a maternidade, ela seria prejudicial à sua saúde mental) ou se constatada no nascituro enfermidade grave e hereditária (PL 1174/91). Quanto às enfermidades fetais, houve dois projetos. O primeiro buscava autorizar a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresentasse condições de sobrevivência em razão de malformação incompatível com a vida ou doença degenerativa incurável (PL 1956/1996), e o segundo autorizava a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos de o feto ser portador de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais (PL 3280/92). Também, houve uma tentativa de descriminalizar o aborto das mulheres comprovadamente contaminadas por HIV, nos termos do art. 128, I, CP (PL 2023/91), e um último tentou descriminalizar o aborto de feto que resultasse de incesto (PL 2929/1997) (VIEIRA, 2001).

*problema de saúde pública; a mulher não é autônoma em relação ao seu corpo; existem outros meios de redução da pobreza; cabe às instâncias políticas proteger todo e qualquer tipo de vida. Sem nenhuma preocupação de legislar em um país legalmente laico, o deputado/relator conclui com uma citação da bíblia: “Antes que eu te formasse no ventre materno, eu te conheci, e, antes que saísse da madre, te consagrei, e te construí profeta às nações” (Apud: Nogueira e Baptista, 2007: 70). Após a apresentação da posição do relator, a proposta foi à votação, ganhando por maioria absoluta a posição emitida por Mudalen. (...) Depois da votação na Comissão de Seguridade Social e Família, os projetos de lei 1.135/91 e 176/95 seguiram para a Comissão de Constituição e Justiça. (...). O relator, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), emitiu parecer contrário aos citados projetos de lei. Dos 61 deputados componentes da Comissão, apenas 40 estavam presentes (...) [e] apenas quatro (...) votaram favoráveis aos projetos de lei: Regis de Oliveira (PSC-SP), José Eduardo Cardozo (PT-SP), Eduardo Valverde (PT-RO) e José Genuíno (PT-SP), este autor de um dos projetos de lei votados (Folha de São Paulo. 10/07/2008). Os projetos de lei (...) ainda poderão voltar à Câmara para votação, mas deverão ser desarquivados por 1/10 de seus integrantes, o que totaliza a necessidade de adesão de 52 deputados. [grifos nossos] (MATOS, 2010, pp. 39-40)*

Houve um terceiro projeto no mesmo sentido – o Projeto de Novo CP, de 2012 (PLS 236, de autoria de José Sarney) –, mas foi logo revisto na parte atinente à descriminalização do aborto por escolha. Além disso, a possibilidade de abortar em hospitais públicos é condição *sine qua non* para que as mulheres pobres exerçam esse direito, quando a lei passar a reconhecê-lo. E o PLS 236/12 não previa isso. Então, se fosse aprovado em seus termos, seria de pouca utilidade para as maiores vítimas de nosso atual Código Penal.

*Veja-se (...) que não bastaria, para solucionar esse problema, a simples descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, dentro de determinados prazos e condições. Isso muito pouco adiantaria se os procedimentos médicos não pudessem ser realizados gratuitamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pois, do contrário, as mulheres pobres continuariam fatalmente exposta à mesma via crucis, em detrimento da sua saúde e expostas aos mesmos riscos de vida. [grifo nosso] (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 156)*

É triste pensar em como nossa sociedade parece não evoluir com o passar dos anos. Durante a eleição presidencial que tornou Dilma Rousseff presidente, na campanha pelo segundo turno, ela e Serra chegaram a ficar em empate técnico, e Marina Silva se recusou a apoiar um deles, o que ajudaria a definir o vencedor. Então, eles começaram a forçar um ao outro a fazer declarações sobre temas polêmicos, e quando chegou à matéria “aborto” é que o desempate aconteceu. Primeiro, vazaram para a Imprensa entrevistas antigas em que Dilma dizia que pretendia legalizar o aborto, e se referia repetidas vezes a um debate feito pela Folha Online/UOL para o primeiro turno, realizado em agosto de 2010 e transmitido online, em que, em

resposta à pergunta de uma internauta que questionava se ela, que se declarava favorável à legalização do aborto, trabalharia o assunto em seu governo, ela garantiu que o faria (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 125). Serra resolveu usar esta postura declarada da, então, candidata, a seu favor, se mostrou estupefato e disse que este disparate causaria uma carnificina (FREITAS, 2010)<sup>130</sup>.

Dilma, em entrevista, já para o segundo turno, à Rede Bandeirantes, respondendo a provocação de Serra, fez referência ao fato de ele, como Ministro da Saúde de Fernando Henrique Cardoso, ter regulamentado o acesso ao aborto legal no SUS, pedindo que o candidato parasse de tratar do assunto com hipocrisia, fechando os olhos para a realidade de que milhares de mulheres morriam todos os anos por conta do aborto inseguro<sup>131</sup> (VIEIRA JÚNIOR, 2011, pp. 126-127).

De fato, ela havia dado entrevistas em que se mostrava favorável à legalização, anteriormente; mas, preocupada com que admitir isso a fizesse perder a eleição, deu nova entrevista dizendo que era veementemente contra o aborto, que suas falas anteriores haviam sido mal interpretadas, que o que quis dizer é que, “*nos casos previstos em lei, é preciso que o Estado dê condições para que a prática seja realizada em segurança*” (ROUSSEFF, 2010, apud VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 140), e que garantia que o aborto não seria legalizado em seu mandato<sup>132</sup>.

Então, vazou, dessa vez, um fato sobre o passado de Serra, o que acabou lhe garantindo a vitória. Uma ex-aluna da professora universitária Mônica Serra, esposa

<sup>130</sup> “*Segundo Faria (2010), [diferentemente do PT] o PSDB, partido do candidato José Serra, não possui uma posição partidária aprovada em relação ao aborto, porém era conhecida a posição pessoal do candidato em ver o aborto como um problema de saúde pública (...). inclusive algumas normas técnicas referentes às políticas públicas de saúde, especialmente em relação ao aborto legal, foram aprovadas por Serra enquanto Ministro da Saúde. (...) [No entanto], o candidato, vendo a mobilização religiosa frente à declaração da candidata, muda estrategicamente o seu posicionamento em relação ao aborto, utilizando elementos religiosos em seu discurso, vendo o aborto sob um viés moral, assim como a Igreja vê*” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 142).

<sup>131</sup> Sobre o assunto: “*O texto nomeado ‘Dilma: Aborto é uma violência contra a mulher e uma questão de saúde pública’ demonstra isso: ‘Nenhuma mulher defende ou diz que quer fazer, porque é uma violência contra ela. Graças a Deus, não tive que fazer, mas conheci quem fez e entrava chorando e saía chorando. Essa não é uma questão pessoal minha, sua ou da Igreja. É saúde pública. A legislação prevê caos, e acho que nesses casos que tratam de condições adversas de gravidez, como a violência, e risco de vida, não é possível deixar que mulheres de classes populares utilizem métodos medievais, como a agulha de tricô, chás absurdos e outras práticas. Enquanto isso, alguns têm acesso aos serviços de saúde. A legislação brasileira é muito clara. Um governo não tem que ser a favor ou contra um aborto. Precisa ser a favor de uma política pública, e eu acho que não existe mulher pró-aborto. Na sensibilidade da mulher, o aborto é uma agressão física e a mulher recorre a isso num desespero* (ROUSSEFF, 2010, s/p)” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 139).

<sup>132</sup> Também se manifestou nesse sentido o então presidente do PT, Eduardo Dutra, esclarecendo “*o que considerou um ‘mal entendido’: ‘Não faz sentido você dizer que vai retirar uma coisa que não existiu’. Dutra explicou que Dilma tem exposto claramente sua posição em relação ao tema. ‘Ela é pessoalmente contra o aborto e não vai propor nenhuma modificação da legislação relativa a isso’*” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 130).

dele, declarou em entrevista que, décadas antes, ela havia confidenciado em sala de aula já ter feito aborto (BERGAMO, 2010; CARVALHO, 2010). Partiu-se do pressuposto de que Serra, o marido, teria apoiado o ato. Resultado? Dilma venceu<sup>133</sup>.

Foi publicada entrevista no auge da “crise” com a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero –. Atualmente, Débora é pesquisadora visitante na Faculdade de Direito na Universidade de Toronto, onde desenvolve pesquisas sobre aborto e direitos humanos. O objetivo era esclarecer o assunto para os leitores, diante do furor causado na sociedade em virtude dos embates dos presidencialistas. Segue trecho:

*COMO VÊ A CAMPANHA DA CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB) EM DEFESA DA VIDA NESTA CAMPANHA PRESIDENCIAL?*

*As igrejas são livres para defender suas posições morais aos seus membros. Cabe às instituições democráticas demarcar o espaço legítimo reservado a elas, inclusive desmentindo-as em casos importantes para a vida social. Por exemplo, se uma determinada comunidade religiosa classificar a contracepção de emergência, hoje distribuída no Brasil pelo SUS, como abortiva, cabe ao Ministério da Saúde publicamente desmentir. As igrejas, entre elas a CNBB, que representa a Igreja Católica, têm diversas isenções de impostos por serem entidades de cunho religioso, portanto, não são partidos políticos. Essa é uma fronteira que cabe à sociedade civil monitorar quando ultrapassada. Outro ponto, que já ocorreu na Cidade do México, por ocasião da mudança da lei penal do aborto, que passou a ser permitido, foi a Igreja Católica ameaçando de excomunhão os juízes da Suprema Corte. Atitudes como essa devem ser repudiadas em uma democracia, pois significam o uso da força para impedir as mudanças.*

*COMO VÊ A MUDANÇA DO PT EM RETIRAR DO DEBATE A DEFESA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS NESTE SEGUNDO TURNO?*

*Caso ocorra essa mudança na plataforma política, esse é um fato que deve ser considerado de extrema gravidade para a democracia. Não representa uma alteração em um plano de governo, como resultado de mudanças de conjunturas econômicas, por exemplo, o que justificaria uma mudança em uma política monetária. É um sinal claro do quanto o Estado brasileiro é frágil frente ao poder das religiões no espaço público. Qualquer mudança desta natureza deve ser considerada uma ameaça à separação entre Estado e religiões, o que chamamos de laicidade do Estado.*

*EM ENTREVISTA A ÉPOCA, O CANDIDATO DO PSDB, JOSÉ SERRA, DISSE QUE EVENTUALMENTE PODERIA ACONTECER UM PLEBISCITO SOBRE ESSA QUESTÃO. JÁ NO ÚLTIMO DEBATE DA TV RECORD, ELE DESCARTA ESSA POSSIBILIDADE. EM 1988, SERRA TAMBÉM FOI CRITICADO POR GRUPOS CONTRA O ABORTO POR NORMALIZAR A LEI DO ABORTO QUE PREVÊ REALIZAÇÃO EM CASOS DE GRAVIDEZ A-*

<sup>133</sup> “Quando a Ministra Eleonora Menicucci assumiu a Secretaria das Políticas para as Mulheres, houve uma orientação direta da Presidente Dilma para que a questão do Aborto não fosse discutida por sua pasta. Nossos políticos olham esta questão com viés exclusivamente eleitoral. Esquecem-se que hoje a maioria dos eleitores é composta por mulheres. A questão do Aborto é vista pelos políticos não como questão de Saúde Pública e sim como ‘moeda de troca’ eleitoral” (CEBES, 2013).

PÓS ESTUPRO. COMO ANALISA ESSA MUDANÇA DE POSIÇÃO DE SERRA?

Aborto não é matéria para plebiscito.<sup>134</sup> *A democracia se move por duas forças: de um lado, a vontade da maioria, o que agora nos leva a eleger o novo Presidente da República; de outro lado, a proteção dos direitos das minorias. Questões de ética privada, como união civil entre pessoas do mesmo sexo ou aborto, não são matérias plebiscitárias, mas de garantia de direitos fundamentais. Convidar a população a um plebiscito sobre aborto é apostar na força das comunidades religiosas para impedir uma mudança na legislação penal de aborto. É simplesmente um artifício para não conduzir o debate sobre no aborto nos únicos termos possíveis para uma democracia, que são as evidências de pesquisa e o marco de direitos humanos. Não me interessa saber a opinião moral de Dilma Rousseff ou José Serra sobre o aborto, mas sim como eles pensam em cuidar desses milhões de mulheres que chegam aos hospitais públicos para finalizar um aborto, com que fundamento legal e ético eles sustentariam a proibição do aborto em caso de estupro, ou se eles acreditam que uma mulher deva ser forçada a se manter grávida, mesmo sabendo que o feto não irá sobreviver. Essas são perguntas para um debate político sobre aborto, e não questionamentos sobre quem é a favor ou contra. [grifos nossos] (MELLO, K., 2010)*

A questão sobre o plebiscito é um problema sério<sup>135</sup>. Isto porque, ao se declarar pretender consultar a população sobre um tema antes de definir de que modo a lei vai tratá-lo, quiçá pode aumentar a legitimidade que ela dá ao Estado, já que as pessoas se sentirão levadas em conta (o que pode mudar de figura quando elas forem minoria e o fato de o Estado escolher trilhar o mesmo caminho lhes for prejudicial). Ocorre que fazer prevalecer o pretendido pela maioria não é o papel da democracia, ao contrário: ela deve buscar todo o tempo evitar que a maioria estabeleça ditadura sobre as minorias<sup>136</sup>.

Hoje, já não é mais razoável que se entenda que a ideia fundamental nas democracias é que, diante da inviabilidade de consenso, as normas jurídicas devem expressar as convicções das majorias (SARMENTO, 2006, p. 116). Na verdade, inviável o consenso, tratando-se de desacordo moral razoável (falaremos melhor dis-

<sup>134</sup> No mesmo sentido é o entendimento de outros estudiosos do assunto. “O aborto não é uma questão de consenso, plebiscito ou consulta pública. Como uma decisão autônoma e individual da mulher, todas as opiniões devem ser respeitadas. Foi essa a posição apresentada pelo médico Thomaz Rafael Gollop, da Universidade de São Paulo (USP), em conferência na 65ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)” (GARCIA, 2013).

<sup>135</sup> A Comissão de Constituição e Justiça do Senado chegou a aprovar, em 2007, um projeto do senador Gerson Camata (PMDB-RS), o PDS 1494/2004, autorizando a realização de um plebiscito no país para decidir sobre a liberação do aborto (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 13), que acabou não acontecendo. E há, também, em trâmite no Congresso Nacional, o PDC 1757/05, de autoria do deputado Osmânio Pereira (PTB-MG), que convoca um plebiscito para que a população decida acerca da legalização do aborto até a 12ª semana de gravidez (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 74).

<sup>136</sup> “A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das majorias. A Constituição, e particularmente o Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum” (DWORKIN, 2010b, pp. 208-209).

so), como é o caso<sup>137</sup>, o papel do Estado Democrático é dar às pessoas o direito e a condição de agirem segundo suas convicções.

*Pela interpretação de Sônia Corrêa, pesquisadora da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, a legalização do aborto não é uma questão que possa ser resolvida pela imposição de maiorias sobre minorias. Isso porque implica decisão ética privada, que não deve estar sujeita à interferência do Estado. Assim, a maior parte dos países em que o aborto foi legalizado se deu por via legislativa ou por decisões de cortes constitucionais (CFEMEA, 2007, p. 2). [grifo nosso] (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 74)*

O pior é que, 21 anos antes, outra eleição presidencial foi definida da mesma forma, em decorrência de polêmica idêntica: a campanha que deu a vitória a Collor sobre Lula em 1989. Durante a corrida pelo segundo turno, Collor vazou na Imprensa uma entrevista de uma ex-namorada de Lula, chamada Miriam Cordeiro, dizendo que ele, anos antes, tentou forçá-la a abortar a filha que esperavam, Lurian<sup>138</sup>. Foi tiro e queda. Com isso se vê que, duas décadas depois, a história se repetiu (e há quem diga que, nas eleições de 2014, vai se repetir, uma vez mais (BRUM, 2013)). Isso leva à triste conclusão de que, mesmo passado tanto tempo, a sociedade brasileira não evoluiu nem um pouco.

Lula acabou vencendo Serra na eleição de 2002, sua quarta campanha (quando o povo já tinha esquecido seu “pecado”) e chegou a governar por dois turnos. Mas, lamentável e inexplicavelmente, quando presidente, ele chegou a enviar cartas aos dirigentes das Igrejas garantindo que em seu mandato o aborto não seria legalizado<sup>139</sup>, coisa que Dilma, sua sucessora, repetiu<sup>140</sup>. Isso é vergonhoso. Aliás, após pressão por parte da ONU sobre o governo brasileiro – na pessoa de Eleonora Menicucci, da Secretaria de Políticas para as Mulheres, representante presente no evento – pela descriminalização do aborto, na 51ª Sessão do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ocorrida em Genebra (CHADE, 2012a, 2012b e 2012c)<sup>141</sup>, a CNBB enviou carta à presidente reiterando que a questão do

<sup>137</sup> “A problemática em torno da interrupção voluntária da gravidez pode ser considerada exemplo emblemático desse desacordo, em que a controvérsia é apaixonada e reflete visões morais conflitantes e arraigadas em valores religiosos, culturais e ideológicos” (MORAIS, 2007, pp. 60-61).

<sup>138</sup> Ver mais em: AGUIAR, 2005.

<sup>139</sup> O que, aliás, é incoerente com a postura adotada quando da excomunhão da menina pernambucana de 9 anos grávida de gêmeos por violência sexual por parte do padrasto, e incoerente, também, com a postura do Ministro da Saúde do seu governo, de 2007 a 2010, José Gomes Temporão, um partidário da legalização do aborto no país.

<sup>140</sup> O que é incoerente com suas declarações de que o aborto deve ser tratado no âmbito da saúde pública.

<sup>141</sup> A ONU cobrou também pela baixa presença feminina no Congresso, o que dificulta a defesa de seus direitos (AGÊNCIA BRASIL, 2013g). De fato, do total de 81 senadores, há somente 8 mulhe-

aborto é “inegociável” (MENDES, 2012). Ora, afora as ditas promessas, que nunca deveriam ter sido feitas, desde quando o país precisa negociar suas políticas públicas ou criminais com a Igreja?

*A biopolítica do Estado deve progredir à luz dos direitos humanos e do avanço da Ciência para que questões de liberdade e de vida como a do aborto, da eutanásia, das pesquisas com embriões e da união civil de pessoas do mesmo sexo sejam contempladas. É preciso que esses direitos estejam ao alcance da sociedade, em respeito à individualidade e privacidade de cada ser humano, em especial, no caso (...), à mulher. Afinal, o Estado laico é um modelo estatal que não deve mais dar satisfações de suas decisões políticas à Igreja. Os seus interesses se divorciaram da intervenção política de qualquer instituição religiosa e, por isso, o Estado laico deve voltar sua biopolítica para as garantias individuais de homens e mulheres, centrando suas iniciativas aos problemas sociais consequentes da falta de respaldo e regulamentação desses direitos. [grifos nossos] (MELLO, P., 2010, p. 39)*

O Brasil não parece uma sociedade respeitadora das diferenças, embora pluralista e embora democrática. E nem desvinculada dos grupos religiosos, embora laica. Como lidar?

Comentando a decisão do caso Roe vs. Wade, Graziela Ramalho Galdino de MORAIS (2007, p. 56) esclarece:

*É fundamental para que se entenda a moralidade acerca do respeito à autonomia reprodutiva da mulher, baseada no princípio da liberdade individual – principalmente, segundo uma análise moral da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos –, que a questão em pauta não se traduz na preponderância dos direitos reprodutivos sobre o direito à vida do feto, mas sim, em saber se a lei pode, acima da diversidade moral e cultural característica dos Estados Democráticos, decidir quais valores intrínsecos todos os cidadãos devem respeitar e, conseqüentemente, impedir a mulher de realizar uma escolha individual, baseada na consideração de valores e convicções morais próprias, que levam em conta seus próprios interesses e as conseqüências que o nascimento traria a sua vida, já que a gravidez é uma característica unicamente feminina. (DWORKIN, 2009, p. 129). Nesse contexto, ressalta Diniz: “O aborto é uma das questões paradigmáticas da bioética exatamente porque nele reside a essência trágica dos conflitos morais. Para certos conflitos morais não há soluções imediatas e, talvez não seja sequer possível solucioná-los, cabendo-nos apenas sair à procura de mecanismos que nos garantam a convivência na diferença” (DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. 2. ed. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 126). [grifo nosso]*

Uma sociedade pluralista, regida por um Direito que se pretende democrático, precisa aprender a conviver com a diferença. “A sociedade (...), quando se quer justa, é regida por uma determinada moralidade pública que se caracteriza pelo reco-

*nhecimento e aceitação dos princípios de justiça por todos os membros, além da submissão das instituições a esses preceitos” (KUSKOSKI, 2011, p. 3).*

[O problema do aborto] é um conflito moral complexo e delicado entre visões morais distintas, em que não se pode estabelecer a imposição de uma sobre a outra, não sem recorrer a um totalitarismo moral em que a imposição de um ponto de vista sobre outro se dará em nome de uma suposta verdade não compartilhada. (...) [E], segundo a ótica de Engelhardt, (...) o diálogo entre inimigos morais pode ser possível a partir da valorização da convivência em democracia e, principalmente, a partir do exercício da tolerância, tendo-se esta como virtude fundamental aos indivíduos interessados na negociação pacífica de conflitos morais entre estranhos em uma sociedade plural. Portanto, à luz da teoria de Engelhardt, e a partir de uma compreensão da bioética como ideário da diversidade moral, a postura da Suprema Corte quanto à discriminação do aborto foi a postura mais adequada em uma sociedade plural e que se pretende democrática, porque é perfeitamente compreensível que não se entenda como justa, diga-se, devida e adequada, a manifestação do poder estatal no sentido de impor aos seus cidadãos uma mesma convicção, seja ela pessoal, religiosa ou mesmo motivada por questões de consciência, em um regime que deveria ser democrático. Discriminar a conduta do aborto não significa a obrigatoriedade de abortar. E, por isso, a discriminação parece ser um meio de possibilitar às pessoas viverem em um contexto de diversidade moral e cultural, no qual poderão ter autonomia e condições sociais e materiais de decidir o que fazer quando colocadas em situação de complexidade incontestável como uma gravidez indesejada. Diante do quadro que se apresenta, em que em uma mesma sociedade coexistem grupos com opiniões e valores tão diferentes, entre os quais um diálogo racional parece impossível, na verdade não o é. O debate parece sim ser possível, se partir da reflexão de que, embora o embate fundamentalista se estabeleça entre o “sim” e o “não” de convicções das comunidades morais; seus componentes, seres humanos e, portanto, racionais, podem ser estranhos morais, mas não precisam ser inimigos. A tentativa é coexistir democraticamente na diferença e conviver em tolerância. [grifos nossos] (MORAIS, 2007, pp. 72-73)

FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 253 ss), no último capítulo de seu livro “*O drama do aborto: em busca de um consenso*”, abordam esta questão. Eles mencionam que, historicamente, a evolução das formas de organização das sociedades humanas, cujo propósito é permitir que seus membros vivam em paz e promover seu bem estar, se dá rumo a um progressivo reconhecimento da necessidade de respeitar e promover a justiça social. E dizem que, provavelmente, a maior dificuldade para organizar uma sociedade que aspire ser justa é a tarefa de satisfazer, de forma equilibrada, os desejos dos indivíduos e da sociedade, ou seja, atingir um balanço correto entre o bem individual e o bem comum, ou entre a liberdade e a justiça. E eles citam a obra “*Justiça como equidade*”, de John Rawls<sup>142</sup>, em que ele defendeu esta ideia “*como uma concepção política global de justiça em lugar de ser apenas uma parte de uma doutrina moral integral*”, dizendo que, ao revisar sua clássica “*Teoria da Jus-*

<sup>142</sup> Citação original: Rawls J. *Justice as fairness. A restatement*. Edited by E. Kelly. Belknap Press of Harvard University, 2001.

tiça”, publicada originalmente em 1971, Rawls reconheceu que “*não existe religião ou filosofia que possa prover uma visão integral sobre como organizar a sociedade e que seja compartilhada por todos os cidadãos*”, e que, possivelmente, “*nunca haverá uma única religião ou filosofia dentro de uma sociedade democrática*”, já que as pessoas razoáveis têm diferentes crenças e pontos de vista quanto ao que é certo e o que é errado.

*Podemos dizer que a justiça como equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem, não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.* [grifos nossos] (DWORKIN, 2010b, p. 281)

Assim, aceitar a existência de um “pluralismo razoável” parece indispensável nas sociedades democráticas dos nossos dias. No entanto, as pessoas razoáveis, mesmo com diferentes visões gerais sobre o mundo e a própria vida, podem identificar e expandir algumas ideias e valores comuns, que ele chama de “consenso básico”<sup>143</sup> sobre como organizar as sociedades; podem determinar esse “consenso básico” que, supostamente, orienta a vida em sociedade, sem, com isso, interferir na liberdade dos indivíduos nem ser obstáculo para que cada grupo mantenha a sua própria visão de moralidade e guie suas ações por esta visão. Esse “consenso básico” lhes permite aceitar que outras pessoas possam atuar diferentemente, dentro de limites razoáveis, seguindo a sua própria visão global do que é certo e do que é errado (eis, mais uma vez, a doutrina do desacordo moral razoável).

Os autores esclarecem que, para atingir um “consenso básico”, cidadãos livres e iguais devem aceitar se comprometer com um sistema justo de cooperação social, que requer a aceitação de que todas as pessoas têm “*a capacidade de ter um sentido de justiça*” e “*a capacidade de ter, mudar e seguir uma concepção do que é bom*”. Além disso, requer que o sistema social garanta o direito absoluto de cada pessoa a um conjunto adequado de liberdades básicas, como a liberdade de pensar, falar, discordar, assim como a liberdade de escolher seu próprio estilo de vida e suas metas individuais, sendo certo que devem existir limites razoáveis e definidos à liberdade, assim como se deve aceitar um certo grau limitado de desigualdades econômicas e sociais, “*sendo que esses limites podem ser aceitos sempre que todas*

<sup>143</sup> Eis o conceito rawlsiano de “consenso sobreposto”, que, segundo Dworkin “*destina-se, como diz [o próprio] Rawls, a conciliar aqueles que divergem, fixando-se no que é um terreno comum entre eles (pp. 580-1)*” (DWORKIN, 2010b, p. 258).

*as posições sociais e econômicas dentro de uma sociedade forem atingíveis por todos os cidadãos em uma competição honesta”.*

Os autores esclarecem que citam Rawls, principalmente, por concordarem sobre que o papel prático da filosofia política é se focar em questões polêmicas e verificar se, apesar das aparências, é possível descobrir um fundamento básico de acordo filosófico e moral e, mesmo que não seja possível identificar essas bases de acordo, procurar reduzir as divergências de opinião filosófica e moral que se encontram na raiz das diferenças políticas, de forma a tornar possível uma cooperação social baseada num respeito mútuo entre os cidadãos. E eles explicam que uma regra importante para promover o consenso é não enquadrar a discussão como um confronto ou um dilema; há ocasiões em que é inevitável ter que escolher uma entre duas opções, mas, mais frequentemente, há formas alternativas de proceder que podem não ser facilmente aparentes. E outra regra importante seria identificar o assunto de forma clara, suas raízes e suas consequências em toda sua complexidade, baseado na melhor evidência objetiva possível, e prestando constante atenção a novas exigências, assim como às circunstâncias e à sua evolução.

Eles chamam atenção, ainda, para o fato de que a construção de um consenso não consiste em negar ou ignorar diferenças, ou, ainda, manipular as evidências, mas num processo que começa pela identificação de visões e valores comuns para tentar expandi-los, discutindo as raízes das diferenças existentes. E, naturalmente, um diálogo desse tipo requer respeito mútuo; tolerância apenas não é suficiente. Respeito mútuo significa aceitar que nós podemos estar errados, ainda que parcialmente, e os outros acertarem, ainda que parcialmente. É a “boa intenção” sobre que fala Waldron, a abertura para mudar de opinião, se diante de um argumento melhor, ou de aceitar que, se não se trata de um argumento racional, mas moral, cada um deve ter direito de viver de acordo com suas próprias convicções. Nos aprofundaremos nesses conceitos adiante.

FAÚNDES e BARZELATTO (2004, p. 259) lembram, ainda, que adotar esta atitude requer forte autoconfiança e um sólido ambiente democrático, e dizem que estas condições são indispensáveis para manter a integridade moral em um diálogo que pretenda, honestamente, construir um consenso social sustentável, e não simplesmente impor um ponto de vista.

Aplicando esta teoria à problemática do aborto, os autores (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, pp. 260 ss) dizem que, diante da aspereza e da falta de integridade

intelectual que caracterizam o debate político sobre o assunto, a possibilidade de atingir um consenso é extremamente difícil, se não impossível. Mesmo assim, se mostram otimistas.

*Acreditamos que um “consenso básico” sobre o aborto seja eventualmente possível, tendo como um dos fundamentos o respeito pela diversidade, que supõe que todas as pessoas são capazes de atuar como agentes morais completos. (...) O consenso atingido por proeminentes teólogos na reunião entre religiões, realizada em Gerval (...), foi particularmente inspirador para nós, porque as diferenças entre os pontos de vista religiosos parecem ser as mais difíceis de vencer para se atingir um consenso. Apesar disso, esses proeminentes sábios foram capazes de concordar em que, dadas as diferenças entre as religiões e dentro delas, e considerando a necessidade de respeitar a liberdade de religião, nenhuma religião podia impor sua visão sobre o aborto àqueles que não professam essa mesma fé. Ainda mais, eles aceitaram que a descriminalização do aborto era uma medida razoável para diminuir o sofrimento humano. [grifo nosso] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 260)*

Eles explicam que, embora haja uma tendência dominante de iniciar qualquer discussão sobre o aborto partindo-se de uma presunção de que cada interlocutor é contra ou a favor do ato, em verdade, praticamente ninguém é a favor, “per se” ou contra, sem exceção.

O debate público tem sido dominado por duas visões extremas: uma que sustenta que a mulher sempre tem o direito de decidir sobre o destino do feto, como uma parte do seu corpo, enquanto a outra sustenta que os direitos do feto são sempre superiores aos da mulher grávida, desde o momento da concepção. No entanto, para os autores, a maior parte das pessoas não está de acordo com nenhum dos extremos, havendo, pois, um consenso básico a respeito do aborto. Em primeiro lugar, ninguém fica feliz em abortar, nem com a ideia de que as pessoas abortam, apesar de todos concordarem que o aborto se justifica moralmente em situações excepcionais. Em segundo lugar, há abortos demais, e eles deveriam ser evitados. E, em terceiro, o aborto inseguro é um problema de saúde pública em larga escala. Assim, para definir melhor este consenso, o debate público, em sua visão, deveria se focar em como os abortos podem ser prevenidos e quando um aborto pode ser moralmente justificado.

FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 263-266) propõem nove pontos para orientar o debate com o objetivo de diminuir o número de abortos e diminuir suas consequências negativas para a sociedade.

O primeiro ponto é que há um número inaceitável de abortos preveníveis hoje em dia, e o aborto inseguro representa uma tragédia de grande importância para a

saúde pública, que poderia ser evitada quase totalmente. Logo, reduzir o número de gravidezes não desejadas e de abortos, assim como minimizar o custo humano do aborto inseguro, são metas sociais desejáveis, que beneficiariam as mulheres e a sociedade em geral. Conseqüentemente, as sociedades devem promover políticas e implementar ações que se mostram efetivas para atingir esses objetivos.

O segundo ponto é o respeito pelas pessoas, incluindo o reconhecimento e o respeito pela diversidade entre os cidadãos, que é um princípio ético aceito pela maioria das pessoas e, também, um fundamento da democracia, que inclui a liberdade de crença religiosa e o respeito pelas diferentes crenças, como um componente essencial da interação social humana. Portanto, as sociedades que pretendem definir um consenso prático sobre o aborto devem incluir diferentes sistemas de valores e diferentes perspectivas religiosas, entendendo que nenhuma religião pode impor seus valores àqueles que não professam sua fé, sobretudo por meio da lei.

O terceiro ponto é que as mulheres são seres humanos e têm os mesmos direitos que os homens, incluindo o direito a decidir livre e responsavelmente sobre sua sexualidade. No entanto, tradicionalmente, as sociedades têm negado direitos iguais a elas, e têm aceitado o direito de os homens imporem suas decisões sexuais sobre suas parceiras. Essa cultura é a principal causa da gravidez não desejada, e sua aceitação passiva é um obstáculo à solução do problema do aborto. Logo, as sociedades devem promover uma maior equidade de gênero em todos os aspectos da vida, de forma que o melhor equilíbrio de poder entre homens e mulheres permitirá que todas as mulheres possam decidir quando, com quem e em que condições exercitar sua sexualidade. Respeitar os direitos de as mulheres terem um verdadeiro controle sobre sua vida sexual é um componente essencial das referidas políticas de prevenção da gravidez e de promoção do aborto seguro.

O quarto ponto é que a educação sexual e reprodutiva sem preconceitos não leva à atividade sexual indiscriminada, promove uma conduta sexual mais responsável e reduz as gravidezes não desejadas e os abortos. Assim, as sociedades devem implementar programas educativos e campanhas baseadas nos modelos que se mostram eficientes na promoção e uma sexualidade responsável e de respeito a ambos os gêneros.

O quinto ponto é que o fácil acesso a métodos contraceptivos efetivos, através de serviços de boa qualidade, não promove promiscuidade, e é um dos meios mais eficientes de reduzir os abortos. Conseqüentemente, as sociedades devem

eliminar todas as barreiras de acesso a métodos anticoncepcionais para todas as pessoas sexualmente ativas quanto os solicitem.

O sexto ponto é que, não poucas vezes, as mulheres provocam o aborto por falta de apoio social e familiar. Portanto, as sociedades devem desenvolver ações efetivas de apoio às mulheres grávidas que desejem realizar a função exclusivamente feminina de levar a gravidez a termo permitindo a continuidade de nossa espécie.

O sétimo ponto é que tornar o aborto um crime e penalizar a mulher que aborta não reduz o número de abortos, mas aumenta o sofrimento humano e o número de mortes, dando espaço a um mercado de abortos clandestinos e inseguros. Assim, as sociedades devem descriminalizar o aborto e legislar para prevenir a gravidez não desejada. Isto não significa, contudo, que as leis que tratam deste assunto não devam obedecer a limites socialmente aceitáveis, por exemplo, estabelecendo uma idade gestacional máxima em que o aborto pode acontecer legalmente.

O oitavo ponto é que, quando uma mulher preenche as condições necessárias para obter um aborto legal em seu país, ela deve ter fácil acesso a serviços de aborto seguro. Logo, as sociedades devem estabelecer normas e regulamentos claros que assegurem o acesso fácil a serviços de aborto seguro, livre de barreiras burocráticas, políticas ou econômicas.

O nono e último ponto é que a maior parte das mulheres que sofrem gravidezes indesejadas e abortos provocados são resultado da incapacidade da sociedade de proteger seus direitos. O aborto é uma decisão difícil, tomada em último caso. Conseqüentemente, as sociedades devem assegurar que as mulheres que sofrem complicações por abortos legais ou ilegais sejam tratadas com respeito e recebam atendimento de mesma qualidade que qualquer outra que procure assistência médica nos serviços de saúde.

Os autores admitem que esses pontos podem não ser amplamente aceitos por todos os grupos, sobretudo pelos extremistas, mas consideram que são aceitáveis pela grande maioria das pessoas no mundo.

*Não é objetivo desta proposta impor os valores da maioria sobre o ponto de vista da minoria [ou vice-versa]. Nosso objetivo é atingir um acordo prático que permite às sociedades lidar com todos os aspectos do aborto e, ao mesmo tempo, permitir que cada mulher em particular possa seguir os mandatos de sua consciência, dentro de limites razoáveis, quanto às suas decisões pessoais referentes à sexualidade, à reprodução e ao aborto. [grifos nossos] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 266)*

Por fim, esclarecem que, embora acreditem que já exista um consenso geral no mundo de que há abortos demais e que as consequências do aborto inseguro deveriam acabar, não existe o mesmo consenso quanto às ações que deveriam ser realizadas para resolver o problema.

Para eles, o ponto mais controverso da proposta, mas sobre o qual há mais acordo do que parece à primeira vista, refere-se à questão de descriminalizar o aborto, já que as pessoas razoáveis discordam somente sobre em quais circunstâncias o aborto é moralmente permissível, mas quase todas aceitam que o aborto deve ser permitido, pelo menos, em algumas circunstâncias. A controvérsia atual, para eles, se dá entre distintos sistemas de valores morais, enquanto o consenso buscado se refere a um enfoque político eminentemente pragmático sobre como as sociedades podem e devem enfrentar o problema do aborto, respeitando sempre a diversidade de valores morais entre as pessoas. Isso implica numa mudança cultural a favor de mais respeito pela diversidade entre os indivíduos, o que não deve ser tarefa fácil em muitas sociedades. O foco concreto, no entanto, é em mudanças na legislação, e este é um claro exemplo de que um diálogo com o devido respeito às diversas posições pode chegar a identificar restrições razoáveis na lei.

Assim, o principal obstáculo para identificar e atingir um “consenso básico” é que existem pessoas com posições extremas que se opõem ao diálogo e a qualquer mudança: aqueles cuja moral foi adotada pela lei não se importam com como vivem aqueles que não compartilham dela. Os pontos de vista de caráter absoluto não admitem a abertura ao diálogo e, portanto, não têm lugar neste processo de busca de um consenso, que é a base de uma sociedade democrática.

Este processo de busca de um consenso e do reconhecimento de direitos, sem dúvidas, é um processo longo e dificultoso. Por isso, já é passada a hora de, pelo menos, iniciá-lo. Nas palavras de DWORKIN (2009, p. 143):

*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. [grifo nosso]*

Tendo isso em mente, vejamos, agora, a questão do aborto sob uma perspectiva constitucional.

## 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DO ABORTO

*O entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais de todo o mundo (incluindo-se os de países com tradições constitucionais relativamente próximas à nossa e que também possuem Constituições em que os direitos fundamentais desfrutam de posição privilegiada) é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E, por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intrauterina vai aumentando na medida em que avança o período de gestação. Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitadas. De um modo geral, o que buscam as legislações modernas nessa matéria é um ponto de equilíbrio entre, de um lado, os direitos humanos das gestantes, e, do outro, a proteção à vida do embrião ou feto. [grifo nosso] (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 120; 139)*

### 2.1 – Princípios invocados pelos defensores da criminalização

*Ao se pensar o embrião ou o feto como pessoa, titular de direitos desde a concepção, tem-se, em princípio, a cristalina certeza sobre o imperativo acerca da manutenção da norma penal incriminadora no ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição Federal preleciona, em seu art. 5º, ser a vida um direito inviolável da pessoa humana. Tem-se, assim, constituído o argumento de que o crime de aborto, em última instância, equivaleria a uma forma de homicídio, mesmo que essa denominação soe imprópria tecnicamente. Por outro lado, ao problematizar o conceito de vida e de pessoa, tem-se tal certeza mitigada a partir do entendimento do feto como um projeto humano que apresenta uma expectativa de direito, mas ainda não constituindo um sujeito titular pleno deles. Nesta perspectiva, o valor de vida atribuído ao feto estaria adstrito aos limites oferecidos a um ser vivo, sendo, portanto, passível de flexibilização diante da premência de valores outros apresentados pela mulher, no caso a gestante, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade. [grifos nossos] (MORI, 1997, apud DOMINGUES In: MAIA, 2008, p. 71)*

O principal argumento defendido pelos partidários da criminalização do aborto – DOMINGUES (In: MAIA, 2008, p. 87), cita José Luiz Quadros de Magalhães, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, aos quais acrescentamos Maria Helena Diniz<sup>144</sup> – se liga à ideia da inviolabilidade do direito à vida, assegurado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, e do fato de, em se tratando de direito fundamental, ser ele considerado cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, CF, não sendo, portanto, passível de deliberação ou proposta de emenda contrária à sua tutela nos termos da Constituição<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> Explicitaremos todos os pontos nos quais a autora se baseia, na Constituição Federal, para defender a perpetuação da criminalização do aborto. No entanto, cumpre ressaltar que, em algumas de suas falas, fica bastante claro que as verdadeiras razões pelas quais ela defende que o aborto deve permanecer crime decorrem, não da crença de que o feto é um sujeito de direitos, mas da crença de que a vida é uma dádiva divina e deve ser respeitada como tal, e mais: de que a mulher deve se ater e se resignar à missão de “guardiã da vida”, ainda que isso implique em sua instrumentalização (DINIZ, M. H., 2008, pp. 93-95). Nesse sentido, ela diz: “O corpo [da mulher] é mero receptáculo de outro ser; enquanto durar a gestação ela, como fiel depositária, é responsável pela vida de seu filho”, e questiona: “Poder-se-ia admitir que a mãe, que deveria ser a primeira protetora natural de seu filho, venha a abortá-lo, transformando-se em seu verdugo ao consentir na sua condenação à morte?”. Como se a mulher que não se vê como mãe não pudesse ser, de nenhum modo, virtuosa, ou boa, ou justa. Chega a indagar: “Que autoridade teria o Estado para legislar contra a ordem natural das coisas?”, e, perpetuando o estereótipo de gênero, arremata: “Não seria a tese de descriminalização do aborto um movimento de emancipação da mulher, dando-lhe ampla liberdade e igualdade sexual com o homem, fazendo uso do sexo sem ater-se às suas consequências? Seria admissível pretender uma garantia sexual sem responsabilidade?”. Ora, sim. E não seria isso desejável, diante da nova noção de igualdade de gêneros, igualmente um mandamento constitucional (art. 5º, I, CF)? Ainda, ela (DINIZ, M. H., 2008, p. 97) diz que a eventual legalização do aborto não acabaria com a clandestinidade, “visto que esta permitiria seu anonimato, já que não são exigidas quaisquer explicações, ao passo que o aborto legal requer identificação e justificativa”, e lista uma série de situações que a clandestinidade se prestaria a encobrir, todas ligadas à noção de que a mulher deve acatar o papel de esposa e mãe de família, e que qualquer transgressão a ele seria algo vergonhoso para ela mesma, que sempre terá interesse em escondê-la: “a) prova de adultério da mulher casada que, na ausência de seu marido, tivera relação sexual com outro homem, resultando-lhe uma gravidez indesejada. O aborto clandestino serviria para esconder o fato de seu cônjuge, que, assim, nunca saberia o que houve; b) gravidez não desejada de mulher solteira que, por ser filha de um influente cidadão ou por ocupar cargo importante, para evitar escândalo ou a descoberta do fato por pessoas de seu círculo social, preferiria abortar às escondidas; c) perversão sexual que pertença à família da gestante, para que não seja denunciado por incesto ou estupro; d) gravidez não desejada pela mulher casada, mas querida pelo marido, para que não saiba da provocação da interrupção da gestação; e) gravidez indesejada de uma mulher sem recursos, por temor de ser abandonada pelo companheiro ou pelo namorado irresponsável; f) o aborto, com o intuito de evitar violação do direito à privacidade da gestante, para que ninguém saiba de sua gravidez e de seu abortamento”. Por fim, mostra sem disfarce o caráter moral de seu argumento: “A decisão de abortar é sintoma de irresponsabilidade, insensibilidade e desamor, enquanto a de aceitar o nascimento é sinal de responsabilidade, bom senso e capacidade de amar” (DINIZ, M. H., 2008, p. 104).

<sup>145</sup> É nesse sentido a lição de Maria Helena DINIZ (2008, pp. 21-22): “A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (CC, art. 2º, Lei nº 11.105/2005, arts. 6º, III, in fine, 24, 25, 27, IV, e CP, arts. 124 a 128). (...) Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea (art. 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-la, por força do art. 60, § 4º, da Constituição Federal. (...) Seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional

Utilizam-se, primordialmente, do fato de o Código Civil, art. 2º, pôr a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, e, ainda, do fato de o Código Penal prever o crime de aborto no capítulo dos crimes contra a vida<sup>146</sup>; assim, com base no Código Civil, sustentam a tese de que o embrião é pessoa para o Direito e, assim, deve ter seus direitos tutelados por ele (dentre os quais o direito de permanecer vivo)<sup>147</sup>, e, com base no Código Penal, a tese de que, tanto o embrião é juridicamente vivo, que o crime relativo à descontinuação intencional da gestação é previsto junto aos crimes de homicídio (art. 121, CP), induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP) e infanticídio (art. 123, CP)<sup>148</sup>. Partindo dessas premissas, defendem, não somente que o aborto persista como crime, como que as excludentes da ilicitude<sup>149</sup> previstas para o crime sejam revistas<sup>150</sup>.

---

*relativa à vida humana, como, por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o art. 5º é cláusula pétrea”.*

<sup>146</sup> “Além de [a vida] ser garantida pelas normas constitucionais, recebe tutela civil (pois o art. 2º do novo Código Civil resguarda os direitos do nascituro (arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779, 1.798) desde a concepção (...) [e] também recebe proteção jurídico-penal, uma vez que são punidos o homicídio simples (CP, art. 121) e qualificado (art. 121, § 2º), o infanticídio (art. 123), o aborto (arts. 124 a 128) e o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, CP). Não se admite qualquer ato contrário à vida de nascituro, recém-nascido, criança ou adulto, nem mesmo se acata a eutanásia, a pena de morte, o suicídio ou o seu induzimento. A vida é resguardada, salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, que excluem a ilicitude, e de aborto legal (art. 128, I e II), que extingue a punibilidade)” (DINIZ, M. H., 2008, pp. 23-24).

<sup>147</sup> “Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, tem direito à vida”, afirma Maria Helena DINIZ (2008, p. 27). No entanto, ela também se utiliza de um argumento “menos científico”, por assim dizer, citando uma fala da Madre Tereza de Calcutá de 1944, na época da Conferência do Cairo: “Nem a mãe, nem o pai, nem o médico, nem uma conferência, nem o governo têm o direito de colocar fim à vida, somente Deus que a criou poderá tirá-la” (DINIZ, M. H., 2008, p. 26), e, ainda, a “Carta dos direitos da família” da Igreja Católica, e a “Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação”, que dizem que “A vida humana deve ser respeitada e protegida de modo absoluto, desde o momento da concepção” e que “O ser humano deve ser respeitado como pessoa desde o primeiro instante de sua existência”, respectivamente (DINIZ, M. H., 2008, p. 107).

<sup>148</sup> Cumpre salientar que DINIZ (M. H., 2008, p. 42) considera que o legislador cometeu uma impropriedade ao prever pena mais branda para o aborto e o infanticídio que para o homicídio; com isso, na visão da autora, “[prescreveu] pena mais leve para o delito mais grave, já que nestes casos a vítima é inocente e indefesa”. No entanto, ainda que fosse verdadeira sua premissa, ela se esqueceu do fato de que o que determina o abrandamento da pena com relação ao infanticídio não é a situação da vítima, mas a situação da agressora: a mãe em estado puerperal; tanto é verdade que, se não se provar a influência do puerpério sobre a capacidade da mãe de compreender o próprio ato, ela responderá por homicídio. Assim, a vida do recém-nascido e da criança, adulto ou idoso é tutelada igualmente pelo Direito Penal, só não a do embrião/feto.

<sup>149</sup> DINIZ (M. H., pp. 54-56) defende não se tratem as excludentes de excludentes da ilicitude (ou seriam, a seu ver, inconstitucionais, diante da inviolabilidade do direito à vida), mas escusas absolutórias. Para ela, “a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade”, e só. Ora, se a vida do feto é inviolável, também a vida da criança, do adulto ou idoso. Assim, se não é dado ao Código Penal, em razão de o direito à vida se tratar de cláusula pétrea, criar excludente da ilicitude ao crime de aborto, também não lhe é dado criar ao crime de homicídio. Seriam, então, as excludentes do estado de necessidade e legítima defesa (arts. 23, I e II, CP), também, inconstitucionais?

Como dissemos, o aborto necessário, ainda sem a ressalva do Código, continuaria não sendo passível de punição por incidir na excludente genérica do estado de necessidade (art. 23, I, e 24, CP); no entanto, não propriamente se pode dizer que o mesmo se aplique ao aborto sentimental, já que é, em tese, questionável se o direito da mulher de não querer gerar ou criar um filho oriundo de estupro se sobrepõe ao direito do feto à vida<sup>151</sup> (se é que o feto é pessoa para o Direito, fazendo jus à tutela jurídica, e que o direito à vida é, de fato, inviolável). Nesse sentido, explica DOMINGUES In: MAIA, 2008, pp. 74-75:

*Se de fato o legislador estava a se referir ao produto da concepção como pessoa humana, qual é o argumento jurídico-moral que sustenta a opção pela sua “morte”, sem a devida observância de todos os direitos que lhes seriam inerentes, em decorrência de um delito praticado por terceiros? Segundo preleciona Spolidoro: “Se para o legislador penal o feto é pessoa e concorre em igualdade com o mesmo conceito de vida com aqueles que nasceram com vida, sua remoção do ventre materno, em razão de um sentimento, ato de mera subjetividade humana, sem que ele seja sujeito ativo de um delito, mas consequência involuntária até mesmo do seu conceito delitual, assim como se fez para a ofendida, ao produto da concepção deveriam ser conferidos todos os direitos e garantias fundamentais, como prescrito pela Constituição” (SPOLIDORO, 2007, p. 145). Nesse sentido, a permissão da interrupção da gravidez resultante de estupro revelar-se-ia uma discriminação atentatória aos Direitos Fundamentais que ofenderia, de uma só vez, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à democracia. [grifos nossos]*

No entanto, como aponta o próprio autor, não é esse o entendimento majoritário, nem na doutrina, nem na sociedade como um todo, o que sugere certa inade-

<sup>150</sup> Quanto à excludente judicial hoje existente, relativa ao aborto de anencéfalos, à época da edição da obra de Maria Helena (DINIZ, 2008), a ADPF 54 ainda não tinha sido julgada, possivelmente sequer ajuizada; no entanto, ela já refuta a legitimidade desse tipo de aborto, já possível antes da ação em razão de alvarás judiciais, por considerar uma hipótese de aborto eugênico (pp. 48-54). Quanto às excludentes legais, ela (DINIZ, M. H., 2008, pp. 56-65) também refuta a necessidade e justiça de prevê-las. Sobre o aborto necessário, ela diz que, no estado atual da Medicina, deveria se chamar “aborto desnecessário”, já que a tecnologia disponível hoje em dia não se compara à disponível à época da edição do Código, de modo que, agora, já seria possível aos médicos, em caso de enfermidade, salvar ambos, a mãe e o filho, e que, ainda que, em alguma situação, isso pareça improvável, não é possível saber se o descarte do feto contribuirá de fato para o salvamento da mãe, ou mesmo se o estado da mãe é tão grave a ponto de o descarte do feto se fazer necessário, além do que a vida do filho importa ao Direito tanto quanto a da mãe, de modo que não há razão para que a lei faça, de pronto, a opção por um deles, na impossibilidade de se salvar ambas. Sobre o aborto sentimental, ela diz que se trata de uma tentativa de compensar um mal com outro maior, já que o feto é inocente pelo crime de seu pai, além do que não há, no Brasil, pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de modo que este aborto afronta os arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, XXXIX e 6º da Constituição. Para ela, a gestante deve sim ter o direito de escolher se quer ou não criar o filho do estuprador, mas não se quer gerá-lo ou não, em razão da inviolabilidade do direito à vida.

<sup>151</sup> Maria Helena DINIZ (2008, p. 24), citando Pontes Miranda (*Tratado, cit., v. 7, p. 23*) fala num “princípio do primado do direito à vida”, segundo o qual “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito À vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc”.

quação do aborto como crime contra a vida e, sobretudo, do juízo de que o feto é pessoa para o Direito. Também, como dito anteriormente, o próprio ordenamento relativiza o direito à vida em mais de uma situação, logo não se pode dizer que se trata de um direito absoluto, sendo, como todos os outros, ponderável quando em conflito com outros direitos fundamentais, como o é no caso dos abortos permitidos pela lei e deveria ser no caso do aborto precoce a pedido.

Além da Constituição, no que toca à “inviolabilidade” do direito à vida, do Código Civil, no que toca à personalidade jurídica do nascituro, e do Código Penal, no que toca a considerar o aborto um crime contra a vida, os defensores da criminalização do aborto citam o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada e ratificada pelo país, como mais um diploma legal que corrobora sua tese de que o aborto não pode ser descriminalizado no Brasil sem demandar reformas constitucionais e legislativas (o que não seria possível por ser o direito à vida um direito fundamental, não suscetível a supressões, por se tratar de cláusula pétrea e pelo próprio princípio do não retrocesso social, que impede que um direito já concedido pela lei ou pela Constituição venha a ser retirado posteriormente, ainda que não seja cláusula pétrea). Apontam o art. 4º do Pacto, que diz que “*Toda pessoa tem direito que se respeite a sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção*”, afirmando que, ainda que não se considere ter suas disposições status constitucional – já que a ratificação do diploma legal foi anterior à edição do §3º do art. 5º, CF, logo não obedeceu ao seu procedimento de deliberação e aprovação, não podendo, por esse motivo, ser tido por equivalente a emenda –, por força da decisão do STF no RE 466.343/SP, de 2008, tem status supralegal, inadmitindo texto de lei em sentido contrário, o que impossibilitaria a reforma do Código Penal descriminalizando o aborto.

Sobre isso, DOMINGUES (In: MAIA, 2008, p. 88) faz duas ressalvas:

*A primeira diz respeito à interpretação do artigo em análise. O texto da Convenção, ainda que expresse a proteção à vida desde o momento da concepção, não opera como um conceito absoluto, bastando, para tanto, atentar para a construção do dispositivo para perceber a utilização da expressão “em geral”, o que denota, nas línguas de radical latino, a possibilidade de aplicação de regras de exceção. Desta feita, tanto as hipóteses de aborto legal, já previstas no ordenamento pátrio, como outras que poderão ser criadas, estão sujeitas à regra excepcional, bastando, para isso, a produção de uma consistente fundamentação, como requer toda e qualquer decisão ou elaboração legislativa (FRANCO, 2006). A segunda (...), ainda mais sólida e de inquestionável força normativa, aponta para a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão competente para interpretar o Pacto de San José, que, através da Resolução 23/81, de*

*6 de março de 1981, deliberou não ser o aborto uma prática violadora do art. 4º do referido Pacto, baseado no processo histórico de construção da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ficou evidenciado que a proteção à vida desde a concepção não foi assegurada como uma regra absoluta, justamente para não conflitar com as legislações nacionais que garantiam o direito ao aborto, ainda que parcial, como é o caso brasileiro (LORENA, 2007). [grifos nossos]*

Da mesma forma, como dissemos anteriormente, o entendimento mais comum é que a ressalva que o Código Civil faz aos direitos do nascituro diz respeito a direitos patrimoniais (por isso está no Código Civil, não na Constituição Federal), que se condicionam ao nascimento com vida. Além disso, no que toca ao Código Penal considerar o aborto um crime contra a vida, não se pode esquecer que, não obstante o fato, ele mesmo relativiza esse direito, ainda quanto em conflito com outro de hierarquia, supostamente, inferior, a exemplo da própria liberdade sexual (já que admite o aborto sentimental); logo, não quer, com a classificação do delito, dizer que ele não admite excludentes por tutelar um direito “inviolável” (já que, nos termos do próprio art. 5º, caput, da Constituição, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade são igualmente invioláveis, o que, no entanto, não faz deles absolutos, insuscetíveis de relativização).

*A questão crucial da controvérsia constitucional não consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição; consiste, na verdade, em saber se os estados têm poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. [grifos nossos] (DWORKIN, 2009, p. 235)<sup>152</sup>*

Em sua obra “O estado atual do Biodireito”, Maria Helena DINIZ (2008, p. 104) afirma não haver, a seu ver, no Brasil, “qualquer possibilidade de descriminali-

<sup>152</sup> “Fenômeno contemporâneo, que entre nós iniciou seu curso após a Carta de 1988, foi a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. À supremacia até então meramente formal da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, penal, processual, dentre outros. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. É a partir desse conjunto de ideias e transformações metodológicas que se pede a interpretação conforme a Constituição do direito infraconstitucional pertinente” (BRASIL, 2008, pp. 10-11).

zar o aborto”, já que, aqui, se considera a vida como valor-fonte do Estado Democrático de Direito. No entanto,

*Não há, no ordenamento jurídico [pátrio], uma única definição de início da vida, da vida humana ou de pessoa. (...). A criminalização do aborto, ao criar uma relação condicional lógica de que feto é pessoa e é pessoa viva, cria uma ficção e perpetua determinada moralidade, violando o preceito constitucional da igual liberdade e dignidade dos sujeitos, bem como a liberdade de crença e pensamento. [grifo nosso] (CAVALCANTE; BUGLIONE In: MAIA, 2008, p.107, nota 1)*

Mas não somente estes. Vejamos todos os direitos da mulher violados pela criminalização do aborto.

## 2.2 – Princípios invocados pelos defensores da descriminalização

*A condenação da mulher que aborta representa, em última instância, uma dupla punição imposta a ela, uma vez que se encontra com uma gravidez indesejada, seja resultado da mais pura violência, seja da incapacidade da sociedade de prover condições de educação, cidadania e planejamento reprodutivo.* [grifo nosso] (DOMINGUES, 2011, p. 4)<sup>153</sup>

Cláudio Pereira de SOUZA NETO (2006, pp. 186-189), em sua obra “*Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*”, tratando sobre ponderação de princípios, ressalta a necessidade de respeito a restrições argumentativas relativas à razoabilidade e universalidade, derivadas da noção de “razão pública”, e cita como exemplo a questão do aborto.

*Podem ser cogitados, para apreciar a constitucionalidade dessa prática, princípios como a vida do feto e a autonomia privada da mãe, entre outros. No entanto, existem formas de argumentar com esses princípios que satisfazem a noção de razão pública e outras que não. Tanto um catolicismo quanto um feminismo radicais podem ser considerados, quando o assunto é aborto, doutrinas abrangentes potencialmente detentoras de argumentos (...) contrários aos padrões de “neutralidade política”. É o que se dá, p. ex., quando a Bíblia é referida. Quando isso ocorre na esfera pública não estatal, não há problema, visto que ainda não se chegou ao patamar das decisões cujo cumprimento é obrigatório a todos. O mesmo não pode ocorrer, todavia, na deliberação que se opera nas cortes constitucionais. Se um magistrado fundamenta sua decisão contra a constitucionalidade de uma lei que autoriza o aborto em uma concepção bíblica do direito à vida, não está argumentando de acordo com a razão pública, mas, antes sim, de acordo com os padrões de sua doutrina abrangente. Consequentemente, as pessoas detentoras de outras doutrinas abrangentes não são capazes de aceitar o seu argumento, e passam a não se autocompreender como dignas de igual respeito pela corte constitucional. Mas a autonomia privada e o direito à vida também são, evidentemente, princípios políticos que compõem a estrutura básica de qualquer sociedade democrática. Uma primeira tarefa a que a corte constitucional deve se dedicar quando os pondera é restringir os seus escopos aos limites da razão pública. Por isso, se os adeptos de determinada doutrina abrangente alentam a intenção de influenciar com mais vigor as decisões proferidas pelas cortes constitucionais, devem “traduzir” seus valores para os termos adequados à razão pública, i. e., para a linguagem da democracia, dos direitos humanos e das teorias científicas incontroversas. Essa atividade de “tradução” leva à redução considerável do conflito, quando não é, até mesmo, capaz de neutralizá-lo. Não acredito, na esteira da sólida argumentação de Gutmann e Thompson e diferentemente de Rawls<sup>154</sup>, que a tradução dos princípios para os termos da razão pública se-*

<sup>153</sup> E, na visão de Paulo Renato de MELLO (2010, p. 42), “o Estado faz questão de condená-la muito mais para afirmar moralmente a sua condição procriadora do que, de fato, atribuir relevância à vida humana em seu estágio fetal”.

<sup>154</sup> Citação original: GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*, Cambridge, Mass.: London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, pp. 73 ss.; RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, pp. 294-295.

*ja capaz de dar cabo de todas as colisões que as diversas modalidades de aborto suscitam. Em relação a algumas modalidades, verifica-se, de fato, um desacordo moral não harmonizável [ou seja, um desacordo moral razoável]. No entanto, em relação a outras, a tradução dos princípios para os termos da razão pública é capaz de fulminar a colisão. É o que ocorre, p. ex., quando se diferencia o aborto da interrupção da gestação de feto anencéfalo. Se a vida do feto é apreciada sob o prisma das teorias científicas in-controversas, e não sob o prisma religioso, a colisão se esvai. No tocante a esse caso, a noção de razão pública é suficiente para superar o dilema. No que concerne a inúmeras modalidades de aborto, não será. Mas, de qualquer forma, a argumentação a partir de princípios que possam ser chanceados pela razão pública certamente torna, em todas as hipóteses, o conflito menos radical, e contribui para que a decisão não comprometa a predisposição para a cooperação democrática. [grifos nossos]*

Afora a questão da “antecipação terapêutica do parto” de anencéfalos – com relação à qual o próprio vocábulo “aborto” foi afastado, e que foi possível solucionar com base em premissas científicas, no sentido de que, sem cérebro, o feto anencéfalo deve ser tido por natimorto, o que, por si só, eliminam a possibilidade de se alegar violação do direito à vida –, a problemática do aborto, sem dúvidas, gera um desacordo moral razoável, já que a existência de vida no embrião, embora sustentada pela Igreja, não é corroborada cientificamente, o que torna controversa a criminalização numa sociedade democrática plural como a de que se trata. Por esse motivo, a legalização se faz necessária, além de por outras razões de ordem prática, como o problema gerado pela criminalização no âmbito da saúde pública, como demonstrado.

Um ponto positivo a se apontar a respeito é que, para que a descriminalização aconteça, não é preciso que se proponha uma emenda à Constituição, já que a interrupção da gravidez, ao menos até as 12 primeiras semanas, não é incompatível com o teor de nossa Carta, assim como não o é com o nosso ordenamento como um todo, interpretado sistematicamente. Provaremos este ponto.

Antes de mais nada, a Constituição Brasileira garante em seu art. 226, §7º, que, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana – logo se trata de um direito humano fundamental – e da paternidade responsável, “o planejamento familiar<sup>155</sup> é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988)<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> Conceito, mais tarde, desenvolvido pela Lei 9263/96, como “um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

<sup>156</sup> “No campo da saúde reprodutiva, a Constituição realizou grande avanço ao prever o planejamento familiar como livre decisão do casal”, conforme o artigo 226, parágrafo 7º. Também foi inserido no

Ora, criminalizar o aborto – ou melhor, permitir que permaneça como crime, já que o citado dispositivo é uma novidade da Constituição de 1988, e o Código Penal vigente no Brasil data de 1940 – não seria uma coerção contra o direito de planejar a própria família?<sup>157</sup>.

Como aponta Túlio VIANNA (2010), no Brasil, a ingerência do Estado no direito da mulher quanto a decidir ter ou não ter um filho se ampara em uma interpretação religiosa do direito constitucional à vida:

*O axioma católico de que a vida inicia na concepção é apresentado como fundamento “jurídico” contra a legalização do aborto, no Estado laico brasileiro. É este dogma religioso o grande responsável pelo cerceamento do direito constitucional ao livre planejamento familiar. A persistência quanto à criminalização do aborto no país coloca nossas leis ao lado da tradição legislativa do Oriente Médio e da África, ainda marcada por uma intensa influência religiosa, e nos distancia dos Estados laicos da Europa e da América do Norte. [grifo nosso]*<sup>158</sup>

No entanto, direitos fundamentais como o direito ao planejamento familiar, ou quaisquer outros, não podem ser cerceados com base em dogmas religiosos. O Estado brasileiro se autodeclara laico na Constituição, e, mesmo que ainda haja quem acredite que o aborto é um pecado grave e que, por isso, deve ser punido severa-

---

*Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 1.565, parágrafo 2º), artigo com o mesmo sentido. Apenas oito anos depois de promulgada a Constituição, o planejamento familiar foi regulamentado em lei (Lei 9.263/1996). Tal lei define que o planejamento familiar visa um ‘conjunto de ações de regulação da fecundidade, garantida pelos direitos de constituição, com a possibilidade de limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, cabem a eles a decisão’. (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 2006, p. 21)” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, pp. 62-63).*

<sup>157</sup> “O Direito deve respeitar o exercício dessa garantia individual que assegura à mulher (...) o planejamento familiar sem a intervenção, aliás, a intromissão do Estado. A função do Estado deve ser a de dar respaldo para que a mulher, se for o caso, realize o aborto seguro, em clínicas especializadas e oficiais em circunstâncias humanizadas, dignas e legítimas no que tange à defesa dos direitos constitucionais à saúde e ao bem-estar da pessoa humana. Impedir a mulher de interromper (abortar) uma gravidez indesejada é afirmar juridicamente que a biopolítica do Estado está utilizando um mecanismo de controle injustificado sobre o corpo feminino em detrimento de uma reprodução responsável e planejada pela mulher” (MELLO, P., 2010, p. 42).

<sup>158</sup> No julgamento da ADPF 54, em abril de 2012, “o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello e o Min. Celso de Mello destacaram que a Constituição consagra a laicidade, impedindo que o Estado intervenha em assuntos religiosos. De acordo com o Min. Marco Aurélio Mello, a laicidade do Estado atuaria de modo dúplice: salvaguardaria as diversas confissões religiosas do risco da intervenção estatal e impediria que dogmas da fé determinassem o conteúdo dos atos estatais. Nas palavras do Min. Marco Aurélio, ‘concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada’ (BRASIL, 2012i). As garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado utilize seu poder coercitivo para endossar concepções morais religiosas, visando a coagir os cidadãos a observá-las” (BUNCHAFT, 2012, pp. 170-171). Sem isso, não teria sido possível se dar a solução que se deu à causa.

mente<sup>159</sup>, não se pode impor às pessoas, por meio de leis, que sigam as regras dessa ou daquela Religião.

É bastante claro que o fato de ser amplamente praticado em todos os setores da sociedade mostra que o aborto é admitido socialmente, ou seja, compõe o mínimo moral do brasileiro como uma conduta tolerável. Então, por que negar às mulheres que a pratiquem com segurança, gratuitamente? Como dissemos, proibindo o aborto, o Estado não só não está conseguindo salvar as vidas dos fetos, como está condenando as vidas das mães.

Embora haja quem defenda que o direito ao planejamento familiar se exaure na permissão e fornecimento de métodos contraceptivos<sup>160</sup> – como Maria Helena DINIZ (2008, pp. 103-104) – Maria Berenice Dias, em sua obra “*Aborto é crime?*” lembra que este argumento é inválido no contexto brasileiro de índices surpreendentes de violência doméstica e sexual. “*Para quem vive sob o domínio do medo, não há qualquer possibilidade de fazer a sua vontade prevalecer*”, ela diz. E menciona, ainda, a “*infundada crença de que a mulher tem obrigação de cumprir o chamado débito conjugal*”, que implica em se submeter ao contato sexual ao bel-prazer do marido, como se este fosse um dos deveres inerentes ao casamento, ao qual a mulher não pode se negar. Além disso, a vedação de ordem religiosa ao uso de métodos contraceptivos submete a mulher à prática sexual sem que possa exigir o uso da camisinha; ela pode não estar disposta a seguir esta ordem, pois sabe das suas consequências de segui-la, mas depende da concordância do homem, que pode rejeitar a camisinha, inclusive, por motivos outros; portanto, ao contrário do que pos-

---

<sup>159</sup> A punição que a Igreja Católica dá é a excomunhão. E, “*uma vez que a excomunhão automática não se aplica a matar outro ser humano, a Igreja Católica, de fato, condena o aborto com maior severidade do que o assassinato, incluindo o infanticídio*” (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 137). No entanto, curiosamente, boa parte dos próprios católicos discorda de que esta seja uma punição justa. Ver mais em: IBOPE/CDD, 86%...

<sup>160</sup> Sobre contraceptivos, não é demais apontar mais uma contradição negligenciada do sistema legal brasileiro no que toca ao aborto. Isto porque, não obstante o Brasil criminalize o aborto por escolha, admite um contraceptivo que pode ser considerado abortivo, já que não impede a concepção como os demais, mas a nidacão, ou seja, a implantação do produto da concepção no útero materno. “*Por conta disso, grande parte da literatura técnica especializada e a organização mundial de Saúde o considera como meio abortivo. Nos EUA, enquanto perdurou a proibição legal do aborto, era proibida tanto a comercialização quanto a implantação do dispositivo*”. Além da pílula do dia seguinte, que, dado o prazo no qual se permite seu uso (72h), possibilita que o processo da concepção vá muito além da fecundação do óvulo (GARCIA, 2009, p. 135). Paulo Renato de MELLO (2010, pp. 60-61) também considera a lei contraditória nesse ponto: “*A contradição reside no fato da legislação brasileira permitir o método contraceptivo como medida de emergência, pílula do dia seguinte, para impedir a gravidez indesejada de uma relação sexual desprotegida, o que não deixa de ser um método que impede o óvulo fecundado de se ligar à parede do útero, negligenciando o fato da vida humana se achar concluída na concepção*”.

sa parecer, a gravidez nem sempre é uma escolha livre, e por isso é preciso admitir sua interrupção (DIAS, 2010, pp. 1-2). Daí o direito ao planejamento familiar, previsto, propositalmente, no 7º parágrafo de um dos últimos artigos da Constituição<sup>161</sup>, mas que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à liberdade e autonomia da vontade, esses estampados em seus primeiros artigos<sup>162</sup>.

De acordo com o dispositivo, as questões ligadas à reprodução devem ser decididas por homens e mulheres de forma independente e responsável, devendo o Estado garantir os meios para o exercício desse direito, seja através da educação e orientação, seja pelo fornecimento de meios contraceptivos. Esta previsão consagra os direitos à autonomia, à privacidade e à intimidade no âmbito da reprodução (EMMERICK, 2007, p. 107)<sup>163</sup>, e é com base nela que Maria Berenice DIAS (2010, p. 2), defende que os dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido não foram recepcionados pela ordem constitucional implantada pela nova Constituição:

*No momento em que é admitido o planejamento familiar e assegurada ao casal a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, (...) não [é] possível excluir qualquer método contraceptivo para manter a família dentro do limite pretendido. [Por isso,] perante a norma constitucional, que autoriza o planejamento familiar, somente se pode concluir que a prática do aborto restou excluída do rol dos ilícitos penais. Mesmo que não se aceite a interrupção da gestação como meio de controlar a natalidade, inquestionável é que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem, até porque os métodos preventivos disponíveis não são infalíveis. Via de consequência, somente se for respeitado o direito ao aborto, a decisão sobre o planejamento familiar se tornará efetivamente livre, como assegura a Constituição. [grifos nossos]*

<sup>161</sup> “Esse direito está assegurado no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal. Infelizmente, esse dispositivo constitucional não é estudado nas Faculdades de Direito, o que dificulta sua eficácia nos Tribunais” (Roberto LOREA In: ROSCOE; ZAIDAN, 2008).

<sup>162</sup> “A Constituição não reservou um capítulo próprio para os direitos reprodutivos, o que demonstra o conservadorismo da sociedade brasileira em associar reprodução e sexualidade à esfera familiar, já que tal disposição encontra-se no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso” (EMMERICK, 2007, p. 107).

<sup>163</sup> Segundo Daniel Sarmento, “A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de uma esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 88, apud EMMERICK, 2007, p. 107, nota 149).

A autora, igualmente, chama atenção para que, na medida em que o art. 226, §7º, CF, diz que compete ao Estado o dever de assegurar os meios necessários (recursos educativos e científicos) para que a família possa estabelecer livremente sua dimensão (ou seja, para o exercício do direito ao planejamento familiar), ele garante, também, que o aborto seja feito na rede pública de saúde. Para ela, propiciar recursos educativos significa fornecer informações sobre métodos contraceptivos, e propiciar recursos científicos significa disponibilizar meios contraceptivos, dentre eles a interrupção da gestação, de graça, pelo Sistema Único de Saúde<sup>164</sup>.

*Ainda que não deva o aborto ser utilizado como método contraceptivo, não se pode afrontar a liberdade da mulher de optar pelo número de filhos que deseja ter. Portanto, além de não poder proibir a interrupção da gravidez, o Estado tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura. [grifo nosso] (DIAS, 2010, p. 2)*

Para a autora, portanto, com o advento da Constituição Cidadã, o aborto perdeu o caráter ilícito em qualquer caso, não apenas nas hipóteses que o próprio Código Penal prevê como abarcadas por excludentes. E isso com base exclusivamente no direito ao planejamento familiar, direito e conceito ausentes nas Constituições anteriores.

Não obstante, além do direito ao planejamento familiar, podem-se citar outros direitos fundamentais da mulher violados pelos dispositivos criminalizadores do aborto.

O primeiro deles é o próprio direito à vida, sobretudo das pobres, que é posto em risco quando elas são obrigadas a recorrer ao aborto clandestino, muitas vezes inseguro<sup>165</sup>, por se tratar de crime<sup>166</sup>. Isto porque, com relação aos direitos funda-

<sup>164</sup> Seguindo o previsto no Código Penal, o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/09) proíbe o aborto fora das hipóteses legais. No Cap. 3, sobre a Responsabilidade profissional, diz ser vedado ao médico “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País” (art. 14) e “Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética” (art. 15) (CFM, 2009). O Código de Ética Médica anterior, de 1958, era mais específico. Em seu art. 54, impunha ao médico que não provocasse aborto fora das hipóteses ressalvadas em lei, e dizia que, “Para realização do aborto, nestes casos, o médico [deveria], primeiramente, consultar em conferência dois colegas, lavrando a seguir uma ata em três vias. Uma [seria] enviada ao Conselho Regional de Medicina (CRM), outra, ao diretor clínico do estabelecimento, onde [seria] guardada pelo médico ao qual foi confiada a internação” (LEIRIA, 1999, p. 6). Agora, não há mais referência ao procedimento a ser adotado pelo médico nesses casos.

<sup>165</sup> “É importante dizer que existe uma diferença entre aborto clandestino e inseguro. O aborto clandestino não é necessariamente inseguro. Ele pode ser feito em clínicas clandestinas, porém com todas as condições de higiene, por médicos treinados, quando a mulher tem dinheiro para pagar. A diferença entre as chances de morrer em um aborto inseguro e apenas clandestino é de mil vezes. Então acaba se criando uma desigualdade social, uma perversidade porque uma mulher que tem

mentais conferidos aos cidadãos pelo Estado, sempre que não for possível a ele realizar condutas positivas de modo a efetivá-los, no mínimo, ele estará obrigado a se abster de criar óbices a eles, ou seja, a não fazer nada que cerceie ou dificulte o exercício desses direitos, e isso, obviamente, não está sendo respeitado. E é cediço que, no que se toca ao direito à vida da mulher, é o Estado quem está dando causa ao risco, porque insiste na criminalização desta conduta tão comum socialmente e tão claramente parte do direito ao planejamento familiar, previsto constitucionalmente.

*A mulher tem o direito de decidir quando e quantos filhos quer ter e, para isso, poder contar com os profissionais da área da saúde para auxiliá-la, tanto na veiculação de informações a respeito do funcionamento do seu próprio corpo, como na execução de um aborto seguro para garantir que sua integridade física e psicológica, saindo ilesa e com dignidade. [grifo nosso] (WEIRICH, 2006, p. 2)*

Nesse sentido, pode-se citar como um segundo direito das mulheres violado pelos dispositivos criminalizadores do aborto o direito à saúde, igualmente garantido constitucionalmente, em razão das condições deploráveis às quais as mulheres pobres têm que se submeter por não poder se valer do Sistema Único de Saúde para abortar, sem condições mínimas de higiene e assistência profissional adequada, sofrendo por isso com complicações desnecessárias<sup>167</sup> (o que, aliás, também fere de morte a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República brasileira<sup>168</sup>), e, sobre isso, três pontos merecem destaque.

O primeiro é que há quem defenda que a autorização à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação decorre do direito da mulher à saúde, sobretudo no que concerne à sua saúde mental, conforme definição adotada pela

---

*um nível socioeconômico bom, as mulheres dos melhores bairros da cidade de São Paulo, têm acesso a clínicas clandestinas, que não são legalizadas, mas são seguras. Esse aborto pode custar mais de US\$ 2 mil. Enquanto um aborto inseguro pode custar R\$ 50', diz o ginecologista [Jefferson Drezett]" (DIP, 2013).*

<sup>166</sup> "Por aborto inseguro, a Organização [Mundial da Saúde] entende a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene [ou ambos]. O aborto inseguro tem uma forte associação com a morte de mulheres - são quase 70 mil todos os anos. Acontece que estas 70 mil não estão democraticamente distribuídas pelo mundo; 95% dos abortos inseguros acontecem em países em desenvolvimento, a maioria com leis restritivas. Nos países onde o aborto não é crime como Holanda, Espanha e Alemanha, nós observamos uma taxa muito baixa de mortalidade e uma queda no número de interrupções, porque passa a existir uma política de planejamento reprodutivo efetiva" (DIP, 2013).

<sup>167</sup> Que acabam tendo que ser tratadas pela rede pública, no fim. Pesquisa de 2007 mostrou que curetagem é a cirurgia mais realizada pelo SUS (TOLEDO, 2010a).

<sup>168</sup> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988).

Organização Mundial da Saúde e pelos diversos Comitês Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos (órgãos do Sistema Convencional de proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>169</sup>). Neste caso, portanto, não se estaria diante de uma forma de aborto propriamente, mas de uma interrupção terapêutica da gravidez, com o objetivo de preservar a saúde da mãe (GONÇALVES; BEVILÁCQUA; LAPA, 2008, p. 17).

No entanto, há nisso um problema, e é onde entra o segundo ponto a se tratar. É que, ao contrário da maioria dos países – o que inclui, inclusive, países em que o aborto por escolha ainda é criminalizado –, o Brasil não admite o aborto para preservar a saúde da mãe. Assim, hoje, no Brasil, se uma gravidez representa riscos para a saúde seja psíquica, seja física, da mulher, ainda assim ela é obrigada a levá-la adiante – pelo menos até que a coisa fique grave o bastante para representar risco à sua vida –. Sob que critério isso pode ser considerado razoável, se não só o direito à vida, mas o direito à saúde, também, é um direito fundamental previsto na Constituição, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana?

*Importante observar que o direito brasileiro contempla tanto o direito a vida quanto o direito à dignidade como direitos fundamentais constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 e que, portanto, em caso de conflito entre tais direitos é necessário fazer um balanceamento de qual deve prevalecer. Este processo pode seguir uma linha de raciocínio mais objetiva, buscando no ordenamento jurídico referências para este sopesamento<sup>170</sup>; ou simplesmente ser feito de forma menos objetiva e mais valorativa.*

<sup>169</sup> “[A] Recomendação Geral n. 14, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, com relação ao direito à saúde, estabelece que: (...) [segundo] O conteúdo normativo do artigo 12 [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]: (...) 8. O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre da tortura, tratamentos médicos não consensuais e experimentações. Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem do mais elevado nível de saúde” (Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado. PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 169, apud GONÇALVES; BEVILÁCQUA; LAPA, 2008, p. 17, nota 28).

<sup>170</sup> Sobre o sopesamento de valores na delimitação do alcance e do conteúdo de um direito, sobretudo o direito à vida, vale observar, a título de exemplo, a manifestação do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1993, em caso conhecido como “Aborto II” (GONÇALVES; BEVILÁCQUA; LAPA, 2008, p. 19, nota 31): “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, esse 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 a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das

*É dizer, neste segundo caso, optar pela prevalência de um ou outro direito em razão da valoração que se faz de um ou de outro. A decisão, em casos de conflito de direitos fundamentais, caberá ao Poder Judiciário, que sendo o órgão destinado à interpretação legal, irá conduzir o sopesamento destes direitos no caso concreto. [grifos nossos] (GONÇALVES; BEVILÁQUA; LAPA, 2008, p. 19)*

O terceiro ponto é que o caos que, hoje, se revela no âmbito da saúde pública, no Brasil, em virtude da prática reiterada dos abortos clandestinos, que, por sua vez, é causada pela criminalização da prática.

Para EMERICK (2007, p. 108), a “*Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao abortamento*” pode ser considerada o reconhecimento pelo governo brasileiro, na esfera nacional, de que o aborto inseguro e clandestino é um grave problema de saúde pública; a norma aborda a questão das mulheres que abortam clandestinamente em condições precárias e, por isso, sofrem com complicações pós-aborto, necessitando de atendimento médico para tratá-los nos serviços públicos de saúde, e determina que seja dada a essas mulheres uma atenção clínica adequada quanto ao abortamento e suas complicações, dentro dos parâmetros éticos, legais e bioéticos, segundo os quais elas têm direito a um tratamento humanizado. Assim, elas devem ser acolhidas e orientadas de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, e ter garantida sua privacidade e intimidade, estando o médico, portanto, impedido de comunicar o fato a qualquer instituição policial, judicial, etc.<sup>171</sup>

*De acordo com o Ministério da Saúde, o número de óbitos provocados por complicações decorrentes de abortos no país, entre 1999 e 2002, foi 518. É certo, no entanto, que este número é infinitamente maior, seja em razão da subnotificação de mortes, seja pela natural tendência dos profissionais de saúde de mascararem a causa real do óbito nesta situação, em razão da ilegalidade do aborto. [grifo nosso] (DOSSIÊ ABORTO: Mortes preveníveis e evitáveis, apud SARMENTO, 2006, p. 129)*

Pesquisa divulgada pelo G1, site de informações da Globo.com, apontou que cerca de 1,2 milhão de brasileiras foram hospitalizadas de 2002 a 2007 devido a infecções, hemorragias vaginais e outras complicações decorrentes de abortos ilegais, segundo o anteriormente citado relatório Federação Internacional de Planejamento

---

*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. (...) Isso 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 ameaça sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis” (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 130-131).*

<sup>171</sup> Mais a respeito em: BRASIL, 2005b.

Familiar (IPPH, na sigla em inglês)<sup>172</sup>, de 2007. E, segundo a mesma pesquisa, todos os anos, cerca de 230 mil mulheres buscam atendimento do SUS devido a complicações como hemorragias e perfuração do útero ou da parede vaginal (PORTAL G1, 2007).

*Abortamentos seguros, realizados em condições apropriadas por profissionais competentes têm um custo inferior ao atendimento de um parto normal, enquanto o atendimento às complicações de abortos inseguros pode representar uma pesada carga econômica para o sistema de saúde. Em muitos hospitais dos países menos desenvolvidos, o atendimento às mulheres com complicações de abortos inseguros consome uma elevada proporção dos recursos disponíveis: leitos hospitalares, tempo de centro cirúrgico, equipamentos médicos, antibióticos, soro, sangue e seus derivados, outros materiais de consumo e pessoal especializado. [grifo nosso] (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004, p. 81)*

Em 2010, a cada hora, foram 12 internações por interrupção provocada da gravidez. Nos seis meses primeiros meses de 2010 foram 54.339 internações por este tipo de ocorrência (ARANDA, 2010).

*Os números registrados entre janeiro e julho são 41% superiores à soma de internações por câncer de mama e câncer de colo do útero (38.532), duas doenças consideradas pelos governos federais, estaduais e municipais como grandes desafios de assistência ao sexo feminino. (...) Segundo um estudo divulgado pelo Instituto do Coração (Incor) – divulgado este ano – a curetagem é o procedimento hospitalar mais realizado no País. Em média, são feitas 250 mil por ano, em valores que superam R\$ 30 milhões. No banco de dados do Ministério da Saúde, as notificações mostram que as curetagens são numerosas também no sistema privado de saúde. Das 110.483 feitas nos seis primeiros meses de 2010, 45.847 foram em unidades particulares (41,4% do total). [grifo nosso] (ARANDA, 2010)*

“São dados que mostram como a criminalização e a manutenção do aborto na clandestinidade são ineficazes do ponto de vista da saúde”, afirma o médico Thomaz Gollop, diretor da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e coordenador

<sup>172</sup> Mas, segundo EMMERICK (2007, p. 141), pesquisa realizada de 1986 a 1991 pelo “The Alan Guttmacher Institute” já estimava um milhão e quatrocentos mil abortos anuais no Brasil. “Para estimar o número de abortos em cada país, o referido Instituto usa a seguinte metodologia: parte do volume de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados no sistema público de saúde do país; ajusta esse número de forma a dirimir o problema do sub-registro, ou seja, estimando o número de abortamentos que não resultam em complicações e que, portanto não chegam ao serviço de saúde; a seguir exclui as estatísticas de aborto espontâneo” (nota 207). “Utilizando a mesma metodologia daquele Instituto, Corrêa e Freitas, atualizaram as estimativas no que diz respeito ao Brasil para os anos de 1994, 1995 e 1996. Desta forma, fizeram duas estimativas sobre o número de abortos clandestinos e inseguros praticados anualmente no Brasil. A primeira estimativa (estimativa máxima), chegou ao resultado de que são praticados, anualmente, no Brasil, cerca de 1.039.900 (um milhão, trinta e nove mil e novecentos) abortos sob o manto da ilegalidade; de acordo com a segunda estimativa (estimativa moderada), são praticados anualmente cerca de 728.100 (setecentos e vinte e oito mil e cem) abortos clandestinos e inseguros. (...) [E], entre janeiro de 2000 e outubro de 2005 foram registrados 1.047.013 internações por complicações pós-abortamento em todo Brasil”.

do Grupo de Estudo sobre o Aborto (GEA), que reúne médicos, psicólogos e juristas (ARANDA, 2010).

*Os abortos acontecem e acontecerão, com ou sem a criminalização, pois nenhuma lei conseguirá constranger uma mulher a ter um filho contra sua vontade. Não é um fato que agrade à mulher que se submete a ele, ao Estado, ou a quem quer que seja. Mas acontece. Cabe ao Estado legalizar a prática e evitar os males maiores que são consequências dos abortos realizados sem assistência médica: os danos à saúde ou mesmo a morte da mulher. Talvez esta mudança na lei não faça muita diferença para os homens [que sempre puderam escolher abandonar suas parceiras grávidas] ou para as mulheres ricas que [sempre tiveram o direito de escolha, e] não sentem na pele as consequências de sua criminalização; mas para as mulheres pobres esta seria a única lei que, de fato, poderia ser chamada de pró-vida. [grifos nossos] (VIANNA, 2010)*

Também, pesquisa publicada há quase quinze anos já mostrava que “*Mulheres que praticam aborto em países onde ele não é permitido têm 275 vezes a mais de chance de morrer do que em países onde ele é legalizado*” (DIEGO, 1999). Naturalmente, se o ato a causar essas mortes fosse um ato o qual o mínimo moral da sociedade condena, seria justificável permitir que permanecesse elencado como crime, independentemente de suas consequências para quem o praticasse<sup>173</sup>. Mas, claramente, não é o caso. Por isso, trata-se de um cerceamento indevido da autonomia da vontade.

Assim, mais um direito fundamental a se citar dentre os violados pela criminalização do aborto é o direito à liberdade, igualmente citado logo no caput do art. 5º da Constituição.

*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. Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender as necessidades dos pais que trabalham. [...] Seja qual for a razão, a decisão*

<sup>173</sup> Nesse sentido: “Ninguém pode afirmar, com coerência, que um feto tem um direito de não ser morto e, ao mesmo tempo, sustentar que é errado que o governo proteja esse direito através de leis penais. Afinal, 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. Não estaremos, porém, incorrendo em incoerência alguma se supusermos que as pessoas que condenam o aborto por considerá-lo moralmente errado (...) compartilham de uma profunda convicção de que é intrinsecamente errado por fim deliberadamente a uma vida humana [o que é um argumento religioso, e não de que o feto seja um sujeito de direitos que merece ter a vida tutelada, desde a concepção, o que é um argumento jurídico]” (DWORKIN, 2009, p. 17-18).

*de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, ir-reconciliáveis. [grifos nossos] (WEST, Robin. *Taking freedom seriously*, apud DWORKIN, 2009, p. 80)<sup>174</sup>*

Dworkin (2011, p. 366) estabelece uma diferenciação entre dois tipos de liberdade: *freedom* e *liberty*. A primeira configuraria a liberdade total e seu poder de agir para se fazer o que se quer, independentemente de restrições governamentais ou impostas por outros indivíduos; a segunda constituiria a parte da liberdade-*freedom* que a comunidade política não pode restringir, sob pena de comprometer a sua dignidade (BUNCHAFT, 2012, p. 183). E ele ainda, estabelece três tipos de argumentos para justificar o direito ao arbítrio. Para ele, em primeiro lugar, as pessoas precisam de algumas liberdades, especialmente a liberdade de expressão, porque elas são necessárias para um sistema justo e democrático de governo; em segundo lugar, elas têm o direito ao que se denomina de independência ética, ou seja, o direito de fazer escolhas fundamentais sobre o significado e a importância da vida humana para si mesmas; e, em terceiro, novamente com base na independência ética, elas têm o direito de não ter negada qualquer liberdade quando a justificativa do governo repousar na popularidade ou em uma suposta superioridade de alguma concepção sobre a melhor maneira de viver (BUNCHAFT, 2012, p. 183).

*Quando a Constituição da República Federativa do Brasil proclama a dignidade da pessoa humana como seu fundamento – artigo 1º, inciso III –, só o faz porque pressupõe o homem como um ser autônomo moralmente e dotado de liberdade. direito este que se iguala ao direito à vida, justo porque a vida, sem autonomia e liberdade, perde o sentido e deixa de ser digna. A dignidade, tanto quanto a vida, é intrínseca ao homem, na visão de Kant<sup>175</sup>. No mesmo sentido, Sarlet<sup>176</sup> afirma como núcleo da dignidade da pessoa humana a liberdade (autonomia), entendida esta como a capacidade do homem de se autodeterminar. E a dignidade é característica insita a todo indivíduo e só há dignidade com garantia da autonomia ética e, por isso,*

<sup>174</sup> “Era essa a intenção dos ativistas do movimento Pro-Choice e, principalmente, das advogadas e advogados que postulavam a favor de Roe: conseguir desnudar de conceitos e preconceitos religiosos nove homens, acomodados em uma banca julgadora e demonstrar a complexidade da trama real que viviam as mulheres que optavam pelo abortamento – uma experiência completamente estranha a qualquer um deles. Seria necessário um salto à imaginação e um pouco de sensibilidade para que eles pudessem reconhecer que a autonomia reprodutiva da mulher e a decisão de continuar ou não uma gestação era uma questão concernente essencialmente à mulher, uma vez que é a sua vida, seu corpo, sua saúde psicológica e mental que arcariam com as consequências de uma gravidez. (HULL, N. E. H.; HOFFER, Peter Charles. *Roe v. Wade: the abortion rights controversy in American history*. 1. ed. Estados Unidos da América: University Press of Kansas, 2001. p. 126)” (MORAIS, 2007, p. 44).

<sup>175</sup> Citação original: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2005, p. 81.

<sup>176</sup> Citação original: SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei” (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º). Daí porque tais características inerentes ao indivíduo não podem ser negadas e somente poderão ser restringidas excepcionalmente e dentro do limite do mínimo necessário. Esse limite identifica-se como a necessidade de resguardar a liberdade coletiva. Não pode ir além. E se a dignidade da pessoa humana é uma qualidade que deriva e pressupõe a autonomia<sup>177</sup>, então qualquer fato que a lesione, em dissonância com os limites legítimos, é inconstitucional. (...) Qualquer posição que retire do indivíduo a autonomia de determinar a essência de sua existência e a liberdade para efetivar o que sua vontade autônoma direciona fere a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio basilar do ordenamento jurídico constitucional, pois suprime características essencialmente humanas, sem haver a necessidade que decorre da tutela do espaço social e poderia, se houvesse, justificar uma tal interferência. Afinal, tudo o que é relativo ao meu corpo – exclusivamente –, e não ultrapassa os limites da minha liberdade individual para atingir a liberdade de todos, ou seja, não altera a estabilidade da convivência social, deve estar no meu âmbito de disponibilidade. (...) No contexto pós-moderno, não há uma moral unificada, eis que é multicultural e, portanto, qualquer restrição a mim com relação ao uso do meu corpo, só se justifica pela tutela de valores morais, e não pelo bem jurídico em si. Os discursos fundados em uma determinada tábua valorativa que se pretende universalizante perdem força, pois todos os outros baseados em uma moral diferente estariam da mesma forma justificados: “O pós-moderno, enquanto condição da cultura nesta era [pós-industrial], caracteriza-se exatamente pela incredulidade perante o metadiscurso filosófico metafísico, com suas pretensões atemporais e universalizantes”<sup>178</sup>. [grifos nossos] (GUARAGNI, 2013, pp. 348; 354-355)

É claro que a liberdade, não poucas vezes, é cerceada<sup>179</sup> para tornar possível a vida em sociedade<sup>180</sup> – mesmo porque direito nenhum é absoluto e qualquer deles pode sucumbir na ponderação com outro com o qual colida –.

Há uma considerável possibilidade de se restringir a liberdade em uma sociedade democrática, o que se exige, em especial, quando a não restrição implicar a não concessão de igual respeito aos demais cidadãos que compõem a comunidade política. O problema também se resolve através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Qualquer restrição à liberdade só se justifica quando adequada, necessária, e quando resultar na realização concomitante de outro princípio. No sistema democrático, a liberdade goza de uma forte prioridade prima facie, decorrente de seu status de condição para a cooperação na deliberação democrática, não de uma prioridade absoluta. Por conseguinte, também pode ser ponderada. (...) Por outro lado, não é possível igualdade sem liberdade. (...) As restrições não razoáveis à liberdade são incompatíveis com a igualdade, já que implicam estabelecer uma diferença ilegítima entre os que decidem e os que obedecem.

<sup>177</sup> Citação original: TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 97.

<sup>178</sup> Citação original: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

<sup>179</sup> “Como Bentham disse, toda lei é uma violação da liberdade, mas só temos o direito de nos proteger contra as violações graves ou fundamentais. Nos casos em que a restrição à liberdade for suficientemente grave ou severa, é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição, apenas porque ela seria imposta no interesse geral” (DWORKIN, 2010b, p. 415).

<sup>180</sup> “Em toda sociedade organizada e sob a égide da constitucionalidade de seu ordenamento jurídico, a liberdade individual está, obviamente, limitada não só pela liberdade dos demais como por todas as normas positivas e determinantes de condutas que possam ferir princípios maiores e que dizem com o indivíduo enquanto ser social” (LEIRIA, 1999, p. 1).

*O mesmo pode ser dito também em relação à liberdade religiosa. Por que razão o grupo majoritário pode ter a prerrogativa de impor sua religião a um grupo minoritário? Esse tipo de prática viola não só a liberdade, mas também, e fundamentalmente, a igualdade, porque não trata a todos e a seus projetos pessoais de vida como dignos de igual respeito e consideração. Em tal contexto, não é possível a cooperação no processo deliberativo democrático. Uma sociedade plural que não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática. [grifos nossos] (SOUZA NETO, 2006, pp. 166-168)*

Contudo, se, num primeiro momento, tendemos a considerar a vida um bem jurídico hierarquicamente superior à liberdade,

*O conceito de vida defendido pelos opositores da legalização do aborto parece ser bem mais amplo do que qualquer um que possa ser estabelecido por critérios científicos. A ponto de abarcar, inclusive, fetos sem cérebros, como se vê por algumas das teses defendidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tramita no Supremo Tribunal Federal desde 2004 e trata da interrupção de gravidez nos casos de anencefalia do feto<sup>181</sup>. Já passados 6 anos, ainda não houve tempo suficiente para que o STF concluísse o óbvio ululante: sem cérebro, não há vida humana a ser protegida, então não há crime de aborto. [grifo nosso] (VIANNA, 2010)*

O artigo que veicula o excerto data de 2010. Em 2012, o óbvio foi reconhecido. Mas, ainda que a premissa científica, felizmente, tenha prevalecido na ocasião, será que a lei pode insistir no atraso, considerando haver vida onde a ciência não considera haver, apenas a Religião?

É isso que ela faz, na medida em que o aborto, afora às excludentes da ilicitude previstas no Código e à excludente judicial criada no julgamento da ADPF 54, continua sendo crime, mesmo nas 12 primeiras semanas de gravidez, quando o feto não tem atividade cerebral. Mas a Religião não deveria estar fora disso? Numa sociedade plural como a nossa,

*Existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou os que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais e filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, pa-*

<sup>181</sup> “A anencefalia é uma má formação do feto que impede a sobrevivência da criança fora do útero materno. Tem-se como causa mais comum para tal ocorrência a deficiência de certos nutrientes na dieta da gestante, notadamente o ácido fólico. Ante a pouca concentração de tal vitamina no organismo da mãe, há dificuldades para que se forme, no feto, o tubo neural. A má formação do tubo neural acarreta, nos casos de anencefalia, a não formação do sistema nervoso, órgão responsável pelo comando de todas as atividades do corpo humano. Assim, a ausência de cérebro verificada nesses casos inviabiliza a vida extrauterina, na medida em que a criança não consegue realizar qualquer movimento, e conseqüentemente respirar. Embora possa ser prevenida, com a ingestão de ácido fólico nos primeiros meses da gravidez, uma vez instalada a anomalia, não há cura e o diagnóstico letal ocorre em 100% dos casos” (GONÇALVES; BELIVÁQUA; LAPA, 2008, pp. 14-15).

*ra coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas da sociedade, nem tampouco para estigmatizar os outsiders. Como expressou a Corte Constitucional Alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, “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 importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância”. [grifo nosso] (SARMENTO, 2006, p. 116)*

Ou seja, todos devem ter suas particularidades respeitadas e serem tratados como iguais, porque “o princípio básico subjacente à democracia é o de que as pessoas devem ser tratadas com igualdade” (DWORKIN apud SARMENTO, 2006, p. 116), e isto implica em respeitar as particularidades dos cidadãos. “Quando o Estado impõe moralidades particulares e limita a liberdade, acaba por violar qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática” (CAVALCANTE; BUGLIONE In: MAIA, 2008, p. 106), porque, como aponta SARMENTO (2006, pp. 116-117):

*Imposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, como desrespeitados. [grifos nossos]*

Falaremos melhor sobre isso adiante. Mas, lamentavelmente, é notório que a liberdade da mulher é cerceada pela norma criminalizadora do aborto, não só pela visão religiosa da sacralidade da vida, mas também pela visão machista de que a mulher deve ser submissa ao marido e viver para cuidar dele e dos filhos, ainda flagrante na sociedade<sup>182</sup>.

*Ministro da Saúde entre os anos de 2007-2010, o médico sanitário José Gomes Temporão, em entrevista ao site Terra, afirmou que a proibição do aborto no país tem um viés machista e que o tema é, antes de tudo, de saúde pública e não uma questão apenas “religiosa, ética, filosófica ou fundamentalista” (TEMPORÃO apud RIBEIRO, 2007, s.p). Partindo dessa hipótese, na entrevista, Temporão afirmou que, (...) para ele, as manifestações em relação ao aborto são, em sua maioria, enunciadas por homens “que infelizmente (...) não engravidam”. Se eles engravidassem, acredita que essa questão já estaria resolvida há muito tempo, mas são “as mulheres (...) que sofrem e se veem sozinhas” em razão de leis feitas por homens. As pala-*

<sup>182</sup> “Não há dúvida de que, quanto mais democrática uma sociedade, maior será o exercício da cidadania feminina, o pluralismo e o respeito à diversidade. O fortalecimento da democracia tem como consequência o respeito às normas constitucionais e ao Estado Democrático de Direito e um aumento do controle social sobre todas as instâncias de poder. Ou seja, a democracia exige a participação e o controle social além dos atuais mecanismos formais (como apenas votar). Aprofundar a participação significa dar voz a todas as pessoas e considerar, principalmente, como certas medidas legais afetam determinados grupos sociais. A criminalização do aborto afeta à saúde das mulheres e viola a garantia do exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Não se observa o mesmo tipo de restrição normativa para os homens, que podem exercer plenamente sua reprodução e sexualidade” (Carmen HEIN In: ROSCOE; ZAIDAN, 2008).

vras do ex-Ministro evidenciam que, a despeito das mudanças ocorridas na sociedade brasileira, há uma hierarquia de gênero ainda vigente, na qual os homens mantêm-se como a maioria dos que detém as posições estratégicas na enunciação dos diferentes discursos que circunscrevem o lugar do aborto e que mantêm sua discussão circunscrita a um território que não dá conta da realidade vivida pelas mulheres que realizam tal prática. Segundo Temporão: “A sociedade brasileira evoluiu bastante nos últimos anos e a discussão sobre aborto não pode mais ser considerada apenas do ponto de vista religioso ou ético e sim do prisma da saúde pública. (...) eu tenho tentado há muito tempo tirar essa discussão da questão ética, religiosa, filosófica e do fundamentalismo e trazê-la para o campo real da dor, da morte e do sofrimento” (TEMPORÃO apud RIBEIRO, 2007, s.p). (...) Quando o então Ministro da Saúde, em 2007, José Temporão, afirmou que a ilegalidade do aborto no Brasil se dava por razões machistas isso se traduz nesses três discursos a seguir. O primeiro através de uma constituição histórica, percebe-se um discurso religioso fundamentado na ideia bíblica (São Paulo, na Epístola aos Efésios) que cabe às mulheres serem submissas aos seus maridos como a Deus, pois “o marido é a cabeça da mulher, como Cristo é cabeça da Igreja” (...) (ARAÚJO, 2001, p. 46). O segundo, de um discurso provido de um olhar médico sobre o feminino que ainda permeia o imaginário social, no qual o aborto aparece como uma ação que se choca com a “natureza feminina” destinada a maternidade e, portanto, é de ação condenável<sup>183</sup>. E o terceiro no discurso jurídico quando esse poder de mecanismos contínuos, reguladores e corretores da vida utilizam-se, de acordo com Eluf (1993), [de] uma ótica exclusivamente masculina da sexualidade humana, imposta durante séculos, trazendo imensos prejuízos à saúde física e mental da mulher, dentre os quais se destaca a proibição legal do aborto, por vontade da gestante, ainda presente na lei penal brasileira. Obviamente a reprodução resulta do instinto, da atração que a mulher sente pelo homem, do impulso sexual que ela está biologicamente programada para sentir e da satisfação da sua afetividade, que não está diretamente ligada à vontade de procriar. [grifos nossos] (VIEIRA JÚNIOR, 2011, pp. 10-11; 150-151)<sup>184</sup>

<sup>183</sup> É no mesmo sentido o olhar de MORAIS (2007, p. 6), que diz que “a polêmica estabelecida, quando se trata do tema aborto sob qualquer aspecto que seja abordado, está envolvida por uma forte resistência em rever valores e conceitos morais sobre o papel da mulher na sociedade, ou seja, a questão envolve um reconhecimento de que há sim um ‘direito de gênero’ que ainda não se presta a equiparar e reconhecer a autodeterminação da mulher em relação ao homem. Nesse aspecto, por vezes, parece que a bandeira dos opositores do aborto hasteia-se no mastro da maternidade, como valor único, ou pelo menos, excludente à definição do ‘feminino’”. E ela explica que “os advogados e advogadas Pro-Choice entenderam que as razões apresentadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos para decidir em favor da liberdade de escolha da mulher, com base no direito à privacidade e à intimidade, encontrado, implicitamente, em um dos direitos e princípios constitucionais mais caros a uma sociedade democrática, como o é a garantia da liberdade individual, significava uma vitória de todas as mulheres norte-americanas no caminho para a superação das relações assimétricas entre os gêneros feminino e masculino, já que a liberdade de decidir acerca da continuação de uma gravidez envolvia um estado gestacional e consequências que somente as mulheres podem experimentar (HULL, N. E. H.; HOFFER, Peter Charles. *Roe v. Wade: the abortion rights controversy in American history*. Estados Unidos da América: University Press of Kansas, 2001, p. 180)” (MORAIS, 2007, pp. 48-49).

<sup>184</sup> “O abortamento voluntário subverte a ordem moral que estabelece a maternidade como padrão cultural: além de por em questão os princípios de uma sociedade machista, o abortamento voluntário constitui-se como tema dominado pelas crenças ideológicas de um tipo de catolicismo que há muito vem vitimizandando, manipulando e explorando as mulheres. Nesse âmbito, a imposição da hierarquia da Igreja Católica pela maternidade compulsória é tão violenta quanto algumas de suas ações, historicamente marcadas pela opressão. Em que difere, por exemplo, a ação de queimar mulheres em fogueiras, como na Inquisição, de condená-las a condições de risco de vida e até a morte por aborto inseguro?” (RIBEIRO, F., 2008, p. 1)

A liberdade da mulher, no Brasil, é, de tal modo, cerceada pela moral, que, mesmo nos casos dos abortos permitidos pelo Código Penal e – quais sejam, os por estupro e por risco de morte da mulher –, ainda há resistência por parte de alguns profissionais em realizá-los. “*Mesmo endossada pelo Ministério da Saúde através de duas Normas Técnicas complementares (2005a, 2005b), a obrigatoriedade no atendimento às mulheres muitas vezes não é efetivada ou não é adequada*” (PORTO, 2009, p. 119)<sup>185</sup>. Em todo o país, há apenas 65 serviços para o aborto legal (COMISSÃO DE CIDADANIA E REPRODUÇÃO, 2013). Além disso, no que toca às modalidades de aborto criminalizadas, nas poucas vezes em que se chega a uma condenação,

*Destaca-se o castigo aplicado às mulheres: a pena substitutiva de prestação de serviços comunitários será cumprida em creches e escolas, para que as condenadas estabeleçam “contato rotineiro” com crianças de várias idades. O juiz afirma que a escolha não é arbitrária, porque representa uma oportunidade de “reflexão sobre a maternidade”. A pena, de inspiração didático-correcional, é, numa palavra, cruel, pela simples razão de que está apta a potencializar o sofrimento emocional da mulher que acaba de passar pela experiência do aborto. [grifo nosso] (RAMOS, 2008)*

Isso deixa bastante clara a natureza da censura à mulher que aborta: a subversão do papel que ela, supostamente, deveria cumprir na sociedade: o de mãe de família.

*No contexto do proibicionismo mais rotundo, em que qualquer possibilidade de diálogo está fechada a priori, pela definição vertical do objeto como “o mal a ser evitado”, a completa ausência de aconselhamento antes do ato é substituída pela tortura psicológica depois de sua consumação. Tortura que tem como alvo a mulher, pouco importando o fato de que a decisão pelo aborto tenha sido, eventualmente, tomada por um hipotético casal. Será que o não indiciamento de homens é um dado relevante ou será que nenhuma daquelas “crianças não nascidas” teria pai?! (...) O que se quer é realçar um aspecto comum à generalidade dos casos de apenação por aborto, qual seja, o desinteresse, por parte do sistema penal, pela busca e identificação de “culpados” do sexo masculino. Aqui, a censura, relacionada à moral sexual, é desigualmente distribuída. Dirige-se à mulher, como reforço de seu papel social como mãe e, ao mesmo tempo, como reafirmação da liberdade sexual do homem. Uma mulher solitária algemada a um leito de hospital é a cena que melhor representa o conceito profundamente enraizado na cultura proibicionista do aborto. Nesse terreno tão propício à fecundação de outras sementes humanas, como as da misoginia, do moralismo e do preconceito, punível é o gênero. [grifos nossos] (RAMOS, 2008)*

<sup>185</sup> VIEIRA JÚNIOR (2011, p. 119) cita as pesquisas de Mirian Aldana (2005; 2008) e Maria Isabel Baltar da Rocha (2006), Ver Myriam Aldana (2000, 2005); Católicas pelo Direito de Decidir (2002); Gilberta Soares (2003); Alcilene Cavalcante e Dulce Xavier (2006); Beatriz Galli et al (2006); Aloísio José Bedone e Aníbal Faúndes (2007); Wilza Villela e Tânia Lago (2007); Eleonora Menicucci de Oliveira (2007); Lia Zanotta Machado (2008).

Ademais, não se pode esquecer de que é questionável a tutela jurídica dos interesses do nascituro, já que a Constituição se omitiu em tratar sobre o início da personalidade e o Código Civil, como dissemos, adotou a teoria natalista. Assim, ainda em se partindo da premissa de que qualquer direito fundamental está sujeito a ponderações, diante de conflitos, e pode ser limitado, para isso, é preciso que haja outro direito “do outro lado” que mereça prevalecer, e, no caso do nascituro, não há direitos a tutelar, já que não há personalidade jurídica em seu suposto detentor.

Vimos que os defensores da criminalização do aborto alegam, para defender a inafastabilidade da tutela do embrião, o fato de ele ser vivo e de a Constituição resguardar o direito à vida. No entanto, como já ressaltado, na ausência de definição sobre o início da vida em nosso ordenamento, só é possível defini-la, por negação, através do conceito de morte, que nos deu a Lei de Transplantes, de onde se tem que, até o advento do cérebro do embrião, o que ocorre na 12ª semana de gestação, além de não ser pessoa, ele sequer é ser vivo para o Direito. Como tutelar seus direitos, então?

Além dos direitos fundamentais já citados, ainda se pode apontar como um direito violado pelos dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido o direito à igualdade, já que, em tese, “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, caput, CF); no entanto, em primeiro lugar, a lei criminalizadora do aborto atinge somente as mulheres, não os homens (já que só à mulher cabe lidar com a gestação e, muitas vezes, com o seu fruto, e a lei tenta forçá-la a passar por isso contra a sua vontade); em segundo, embora igualmente ineficaz para todas as classes no que toca a evitar os eventos, ela gera consequências bem mais gravosas para as mulheres de classes baixas (que, sem poder se valer da rede pública de saúde para a prática do ato com segurança e salubridade, recorrem a métodos medievais com alto grau de complicações); em, em terceiro, como dissemos, ela adota uma moral não compartilhada pela sociedade como um todo (vê-se pela frequência com que o ato é praticado, não obstante a criminalização), tratando todos os que não compartilham dessa moral com menos consideração e respeito do que os dedicados aos que a adotam.

Quanto à disparidade relativa à desigualdade de gênero, o que se tem é que, criminalizando o aborto, a lei tem privado as mulheres (e somente elas) de sua cida-

dania<sup>186</sup>, colocando-as em situação de vulnerável, já que “a mulher [é] a única a ser responsabilizada pela decisão de interromper uma gravidez indesejada, sofrendo, sozinha, a violação do seu direito à vida, à saúde, à não discriminação de gênero, à liberdade e à autonomia, além do direito a não ser tratada de forma desumana” (EMMERICK, 2008, p. 92; NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 135), e acrescentamos: o direito ao planejamento familiar.

*A Constituição Federal de 1988 [foi inovadora por] ter selado, de forma jamais vista, a igualdade entre homens e mulheres, passando tal igualdade a ter status de direito fundamental. (...) O art. 1º, inciso III, da Carta Magna, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como pressuposto fundamental a liberdade e a autonomia da vontade dos seres humanos, em que homem e mulher devem ser responsáveis pela autodeterminação de suas ações e de suas próprias vidas. Dessa forma, foi garantido a todos os indivíduos o direito de se comportar de acordo com suas consciências sem interferências injustificadas do Estado e de terceiros no âmbito da vida privada, incorporando, assim, a noção contemporânea de cidadania, em que homens e mulheres, de forma equitativa, são reconhecidos como sujeitos morais de direito e, portanto, portadores de direitos e deveres* (EMMERICK, 2008, pp. 83-84).

Nesse sentido, NASCIMENTO FILHO (2013, p. 75) pontua que a igualdade de gêneros prevista na Constituição não se trata de simples igualdade formal: “É mais do que igualdade perante a lei: deve-se buscar, implementar e proteger o direito a uma igualdade em direitos e obrigações”, como manda o inciso I do art. 5º da Constituição. Ora, se uma relação sexual entre um homem e uma mulher pode resultar numa gravidez que, no entanto, terá que ser enfrentada pela mulher exclusivamente, que, muitas vezes, também terá que cuidar sozinha do filho, o direito de interromper o processo, ainda que num prazo determinado, não seria decorrência lógica da igualdade de gêneros? Um homem não é obrigado, sequer, a fornecer material genético para um exame de DNA, ainda que demandado judicialmente. A paternidade é presumida nesse caso, mas gera apenas a obrigação a prestação de alimentos. A mulher, em contrapartida, é obrigada a levar uma gravidez a cabo, ainda

<sup>186</sup> “Um dos grandes desafios de boa parte dos países da América Latina, na contemporaneidade, é consolidar o sistema democrático e, como tal, assegurar a cidadania. O que significa garantir os direitos individuais, em particular o respeito à liberdade individual. Verifica-se um processo lento de mudanças, repleto de embates sobre a disciplina dos corpos e dos gestos dos indivíduos, bem como a permanência da exclusão das mulheres nos espaços públicos. (...) Observa-se uma grande dificuldade em reconhecer a liberdade e a diversidade de crenças como algo fundamental para a democracia. Por consequência, os interesses das mulheres ainda são questões de menor valor ou objeto de controle. Desvencilhar-se dessas amarras, revisar os mecanismos de controle, implementar outra mentalidade, outro ethos social que assegure direitos e a pluralidade de pensamento está no horizonte da consolidação de um novo paradigma de sociedade (SOUZA SANTOS, 2003)” (CAVALCANTE; BUGLIONE In: MAIA, 2008, pp. 110-111).

que possa entregar o filho para a adoção, depois disso. Em função de um mesmo fato: o exercício da sexualidade<sup>187</sup>. Onde está a igualdade de gêneros?

No que toca à desigualdade econômica, embora todas as mulheres sejam potencialmente sujeitos ativos do crime, o fato de que o ato ser, hoje, tolerado socialmente, faz com que facilmente se possa ter acesso a serviços de aborto discretos e seguros, contanto que se possa pagar o preço; as que podem praticam o ato sem dificuldade, enquanto as que não podem acabam tendo que se valer de métodos menos seguros e menos discretos, e somente essas podem ser consideradas, de fato, atingidas pela lei.

*Mulheres com boa condição socioeconômica recorrem com frequência a métodos seguros quando decidem interromper, mesmo clandestinamente, a gravidez. Ou porque têm acesso à informação de como obter misoprostol, medicamento que no país é de uso exclusivo hospitalar mas é amplamente vendido pela Internet, em geral procedente de países vizinhos onde sua venda é liberada. Ou porque encontram clínicas privadas em que se lançam mão de métodos rápidos e seguros, como a aspiração a vácuo. Por outro lado, as mulheres pobres, desconhecendo os pontos de venda de misoprostol e as clínicas privadas, ou sem recursos para adquirir a medicação (que acaba saindo por um custo relativamente elevado, dada a sua venda em esquema de “mercado negro”), recorrem a estratégias inseguras e precárias (sonda com soluções cáusticas, uso de instrumentos perfuro-cortantes) que não somente sobrelevam os riscos como hemorragia, infecção, lesões traumáticas para o trato genital, mas podem levar à morte. [grifo nosso] (MORENO, 2013a)*

Isto demonstra a violação de um dos objetivos fundamentais da República brasileira, conforme o art. 3º, CF, que assevera o dever do Estado de “promover o bem de todos sem preconceitos [...] e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). “Não estaria, com isso, sendo possibilitada uma forma de discriminação econômica e desrespeito ao princípio da isonomia material entre as mulheres do nosso país?” (GARCIA, 2009, p. 137). É claro que sim. Isso é razoável?

O terceiro ponto de violação ao princípio da igualdade pela norma criminalizadora do aborto diz respeito ao direito dos cidadãos, derivado do fato do pluralismo democrático, à neutralidade das normas no que toca às questões morais. É somente permitindo que, em se tratando de assuntos dessa natureza, as pessoas possam viver conforme sua própria ideia do que é bom para si é que se assegura a igualdade de todos perante a lei, como manda a Constituição. Se o Direito adota a moral de

<sup>187</sup> “Ao fim e ao cabo, podemos chegar à conclusão de que [a] criminalização sistemática do aborto é uma estratégia moral e legal de controle da sexualidade das mulheres já que, inquestionavelmente, apenas elas podem engravidar nas relações sexuais. Ao se observar que em vários países, como no Brasil, o aborto é permitido no caso de estupro, confirma-se esse traço de controle” (DOMINGUES In: MAIA, 2008, p. 95).

um grupo, ainda que majoritário, e me obriga a viver segundo seus preceitos, ele não me tratou com a devida consideração e respeito.

Sobre o assunto, ressalta MACIEL (2011, p. 35):

*A diversidade cultural contemporânea conduz Dworkin e os filósofos de sua tradição a concentrar seus esforços no estabelecimento de princípios cada vez mais afastados dos fundamentos últimos de uma verdade absoluta. Ao Estado cabe a postura de neutralidade diante dessas diferentes concepções e a garantia de bens primários básicos para que todos possam potencializar seus ideais como bem compreenderem. Defender as pessoas como “livres e iguais” dentro desse contexto é maximizar os esforços do Estado para que todas as pessoas possam receber igual consideração e respeito.* [grifo nosso]

Quando Dworkin defende o conceito de cidadãos “livres e iguais”, ele quer dizer que eles devem ser livres por serem iguais, ou seja, devem ter liberdade para viver como lhes aprouver, porque são iguais enquanto seres humanos. Quer-se com isso dizer que, se as pessoas têm, todas, a mesma importância, e, por isso mesmo, merecem a mesma consideração e respeito, por que as escolhas de uma sobrepujariam as demais? Assim, ele diz:

*O conceito central da minha argumentação será o conceito não de liberdade, mas de igualdade. Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração e, com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. Considerados em conjunto, esses postulados expressam aquilo que se poderia chamar de concepção liberal da igualdade; mas o que expressam é uma concepção de igualdade e não uma concepção de liberdade como licença.* [grifos nossos] (DWORKIN, 2010, pp. 419-420)<sup>188</sup>

<sup>188</sup> “Todo cidadão governado pela concepção liberal de igualdade tem um direito a igual consideração e respeito. Existe, no entanto, dois direitos distintos que podem estar compreendidos neste direito abstrato. O primeiro deles é o direito a igual tratamento (equal treatment), isto é, à mesma distribuição de bens e oportunidades que qualquer outra pessoa possua ou receba. (...) O segundo é o direito a ser tratado como igual (treatment as na equal). Este é o direito, não a uma distribuição igual de algum bem ou oportunidade, mas o direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos. (...) Proponho que o direito a ser tratado como igual deve ser visto como fundamental na concepção liberal de igualdade, e que o direito mais restritivo a igual tratamento somente tenha validade naquelas circunstâncias específicas nas quais, por alguma razão especial, ele decorra do direito mais fundamental (...). Proponho igualmente que os direitos individuais a diferentes liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos. Se isso for correto, o direito a diferentes liberdades não entra em conflito com nenhum suposto direito à igualdade

Nesse sentido, em sua obra “*A virtude soberana*”, ele questiona: “Será que uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?” (DWORKIN, 2005a, p. 643)<sup>189</sup>.

A verdade é que, sobretudo em se tratando de uma sociedade democrática contemporânea, regida por pluralismos, esta questão pode ser tida por mera retórica. Desde a “*Teoria Pura do Direito*”, de Hans Kelsen, se tem por certo que e por que o Direito não pode e não deve pretender impor uma moral a seus subordinados, qualquer que seja ela, ainda que compartilhada pela maioria. Também, quanto mais plural a sociedade, menor a chance de a eventual pretensão do Direito de impor determinado padrão de comportamento a seu povo, com todas as suas diferenças, prosperar (como, de fato, não prospera). Isso fica bastante claro com relação ao aborto. Embora alguns países insistam em sua criminalização (o que, lamentavelmente, ainda inclui o Brasil), há uma flagrante ineficácia da proibição legal no que diz respeito a coibir os eventos. E, justamente conforme este fato tornou-se claro para os estudiosos e pesquisadores, as legislações de todo o mundo passaram a legalizar e regulamentar a prática – ainda que nem sempre com vistas a reconhecê-la como um direito legítimo da mulher, mas a torná-la menos frequente –.

Houve um tempo em que democracia se confundia com o que, hoje, chamamos de ditadura da maioria, mas este conceito, hoje, felizmente, está superado.

*A democracia em sentido material (...), que dá alma ao Estado constitucional de Direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais –, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. [grifos nossos] (BARROSO, 2009, p. 41)*

Pode-se dizer, sem medo de errar, que a prática do conceito clássico de democracia sujeita, inclusive, a um comprometimento do próprio império do Direito.

---

*concorrente; ao contrário, decorre de uma concepção de igualdade que se admite como mais fundamental” (DWORKIN, 2010, pp. 420-421).*

<sup>189</sup> Em “*Levando os direitos a sério*”, ele elimina a retórica e afirma que o Estado não pode limitar a liberdade de seus subordinados admitindo que a concepção de vida boa de um cidadão particular ou um grupo de cidadãos é melhor ou mais adequada que a de outro cidadão ou outro grupo (DWORKIN, 2002, p. 419).

Hoje em dia, para se dizer respeitador da democracia, o Direito não deve mais se pautar por grupos, mesmo majoritários, mas por indivíduos. Ninguém pode ser esquecido, ou não dará ao Direito o devido respaldo. Aqueles que se sentirem ignorados pela lei a ignorarão, também. Mas, às vezes, o preço é alto demais.

Agir contrariamente ao Direito não faz com que a lei desobedecida desapareça. Uma mulher pode abortar, embora o Direito lhe diga que não<sup>190</sup>. Mas, se for pega, terá que pagar por isso. E quem fica em evidência, neste contexto, são as mulheres pobres, que não podem pagar por uma clínica bem preparada, e depois de abortar, vão parar nos hospitais públicos para tratar as complicações, onde seu crime ficará evidente. As ricas não correm esse risco, porque a clandestinidade a que recorrem é segura e discreta. Portanto, não há dúvidas de que a norma proibitiva do aborto atinge mulheres pobres e ricas de forma desproporcional, violando, com isso, o caro princípio da igualdade, que ocupa posição de destaque em nossa Constituição, no caput do seu denso artigo 5º, e compromete seriamente a dignidade das mais humildes, que precisam recorrer aos artifícios pelos quais podem pagar, colocando em significativo risco sua vida e saúde, já que não podem contar com o Sistema Único de Saúde neste contexto, pois estão cometendo um crime. Então, o direito a ignorar o Direito não é, e nem pode ser, o único direito a que essas mulheres fazem jus. Mesmo desobedecendo a lei, tendo isto reconhecido como um direito seu, elas vivem indigna e desigualmente. Elas têm direito a que o aborto seja legalizado. Só isso vai garantir a igualdade entre ricas e pobres e a dignidade das últimas. E encontramos, também, em Dworkin, o substrato para defender isso.

Primeiro, em *“Levando os direitos a sério”*, ele afirma que o Estado não deve e nem pode limitar a liberdade dos cidadãos com base na hipótese de que o entendimento de um cidadão particular ou um grupo de cidadãos sobre a forma de vida mais adequada seja mais importante do que a de outro cidadão ou outro grupo (DWORKIN, 2002, p. 419). E, nesse sentido, em *“Domínio da vida”* (DWORKIN, 2009), ele questiona se o Estado pode e deve interferir nas decisões particulares dos indivíduos, punindo certas práticas privadas, dentre as quais o aborto.

*“A preocupação fundamental de Dworkin [nesta obra] volta-se para os limites da decisão estatal, evitando a coerção governamental em questões como, por e-*

---

<sup>190</sup> No capítulo *“Levando direitos a sério”* da obra homônima, DWORKIN (2002) defende que qualquer norma injusta, ou seja, que promova a desigualdade e fira a dignidade da pessoa humana, pode e deve sofrer desobediência civil, e é o caso da norma criminalizadora do aborto no Brasil.

*xemplo, qual a melhor forma de respeitar a santidade da vida*” (BUNCHAFT, 2012, p. 177). Nela, ele explica que, na sociedade ocidental, justifica-se a proibição do aborto por dois modos de pensamento: o derivativo e o independente. Os partidários do pensamento derivativo entendem que o feto, desde a concepção, é um sujeito de direitos, e, dessa forma, seu direito à vida é, como o de qualquer cidadão, inviolável; o governo deve proteger seus interesses como protege os de qualquer indivíduo sujeito à sua autoridade, e, por isso, o Estado teria que defender seus interesses contra os da mãe (isso mesmo no caso de anencefalia, por exemplo, porque a viabilidade do feto não importa). Por qualquer modo ou período de tempo, o feto deve ter direito de gozar dos direitos que possui, dentre os quais o de permanecer vivo. Os adeptos do pensamento independente, por sua vez, acreditam que a vida tem um valor intrínseco que deve ser respeitado. “*A vida humana é uma dádiva divina sobre a qual homens e mulheres não possuem titularidade imediata, já que pertence a Deus, que a ofertou, e só Ele pode retirar*” (DOMINGUES In: MAIA, 2008, p. 79).

Dworkin esclarece que a maioria das pessoas contrárias à legalização do aborto pensa de forma “independente”, não “derivativa”. Significa dizer que a maioria não defende a criminalização por acreditar que o feto é sujeito de direitos, mas por acreditar que sua vida é sagrada<sup>191</sup>, mesmo que, muitas vezes, digam o contrário, já que o primeiro argumento é o único defensável no espaço público<sup>192</sup> (repetimos: defensável, não necessariamente passível de promover convencimento).

Para Dworkin, portanto, a discussão em torno do aborto gira em torno de sua moralidade, não dos direitos do feto. O juízo de valor envolvendo a santidade da vida, a forma de respeitar este caráter divino, de enfrentar o conflito entre esse e outros importantes valores tutelados constitucionalmente, como a intimidade e a autonomia, dentro do contexto do individualismo ético – que permeia o Estado Democrático de Direito –, é que, em última instância, pesam na decisão de uma pessoa sobre a condenação ou a anuência à prática abortiva. Assim, “*trata-se de uma questão*

---

<sup>191</sup> Nesta obra, ele trata também da eutanásia. E esclarece que só enxergar um valor divino na vida humana pode explicar por que certas legislações ainda proibam o descarte de um feto, mesmo se inviável ou não senciante, e o abreviamento da vida de alguém que só vive em razão do funcionamento de aparelhos ligados a seu corpo. Ou seja, se utilizem do Direito Penal para preservar vidas que ainda não começaram ou nunca vão começar, e vidas que já acabaram.

<sup>192</sup> John Rawls se debruça sobre isso quando trata de “argumentos de razão pública”, que seria um argumento igualmente válido para todos os interlocutores. Nada impede que a Igreja se manifeste enquanto organismo da sociedade civil, assim como pode se manifestar qualquer outro organismo desse tipo, mas desde que se utilizasse de argumentos igualmente válidos para quem não se filia a ela, a Igreja. E não é o que ela faz. Seu argumento são os mandamentos de Deus, que não são um argumento válido para quem não acredita nele.

*moral complexa, da qual o Estado deve se manter afastado*” (LAURIA, Tipicidade..., p. 6).

De todo modo, o próprio autor explica que ambas as justificativas para a criminalização do aborto, seja a independente, seja a derivativa, são inválidas (DWORKIN, 2009, pp. 12-19), já que o que pesa ao tornar ou não determinado tipo de aborto um crime não é propriamente a situação do feto, mas o grau de reprovabilidade da conduta da mãe (por isso é que, dificilmente, o aborto é crime em qualquer circunstância). Portanto, adotando-se, quer a linha de pensamento derivado, quer a linha de pensamento independente, que, ao contrário, só levam em conta o feto, não se poderia admitir excludentes da ilicitude do crime de aborto<sup>193</sup>. Demonstraremos o raciocínio do autor usando a legislação brasileira como referência.

Supondo que o argumento utilizado no Brasil para criminalizar o aborto fosse o do pensamento derivativo, ou seja, de que o feto é sujeito de direitos, não seria possível prever uma excludente da ilicitude no caso gravidez resultante de estupro, por exemplo<sup>194</sup>, como nosso Código Penal faz<sup>195</sup>, e, tampouco, a da gravidez de anencéfalo, autorizada pelo STF. No máximo, a excludente relativa ao aborto para salvar a vida da mãe – que também é sujeito de direitos e, assim como poderia matar um ser humano adulto qualquer para salvar a própria vida, amparada pela excludente do estado de necessidade, poderia matar o próprio feto –. Assim, pode-se dizer que nossa lei não se enquadra neste modo de pensamento, porque admitir que o direito da mãe de não levar até o fim uma gravidez resultante de estupro, ou de não levar até o fim uma gravidez cujo fruto é um feto anencéfalo – que, se vingar ao par-

<sup>193</sup> “Não é raro que os conservadores em matéria de aborto também admitam (...) exceções. Para alguns deles, o aborto é moralmente permissível não apenas para salvar a vida da mãe, mas também quando a gravidez é resultado de estupro ou incesto. Quanto mais se admitem tais exceções, mais claro se torna que a oposição conservadora ao aborto não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida [ou no valor sagrado da vida]. Seria contraditório insistir em que o feto tem um direito à vida que seja forte o bastante para justificar a proibição ao aborto mesmo quando o nascimento possa arruinar a vida da mãe ou da família, mas que deixa de existir quando a gravidez é resultado de um crime sexual do que o feto é, sem dúvida, totalmente inocente” (DWORKIN, 2009, pp. 43-44).

<sup>194</sup> “[O Código Penal], na verdade, (...) não prioriza a vida fetal, mas a capacidade procriadora da mulher, que deve atender às expectativas morais impostas pela sociedade, como é o caso dela apenas poder engravidar de seu companheiro formal ou cônjuge. Sendo que, no caso de estupro, o Estado permite a realização do aborto, isto é, a vida tutelada do feto se torna descartável, mesmo sendo ele inocente dos acontecimentos que precederam sua concepção” (MELLO, P., 2010, p. 41).

<sup>195</sup> Lembrando que nosso Código Penal também prevê o estupro de vulnerável (art. 217-A), em que a violência sexual é presumida. São os casos em que: 1) a vítima é menor de 14 anos; 2) por enfermidade ou deficiência mental, “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”; ou 3) por outra causa qualquer, não pode oferecer resistência. E, quando a gestante é incapaz, é seu representante legal quem autoriza o médico a provocar o aborto (art. 128, II, CP).

to, vai viver por poucas horas, no máximo dias –, é maior que o direito do feto à vida, para essa linha de pensamento, seria incabível<sup>196</sup>.

Por outro lado, admitindo que a lei brasileira proibitiva do aborto se pautasse no modo de pensamento independente, de que a vida humana tem um valor intrínseco que deve ser respeitado em qualquer circunstância, a vida do feto não poderia ser eliminada em nenhuma circunstância (certamente não em caso de estupro, e, quiçá, nem mesmo em caso de risco para a vida da mãe). E, embora o aborto, em regra, seja crime no Brasil, há, não só as duas excludentes de ilicitude legais<sup>197</sup> (a do feto proveniente de estupro<sup>198</sup> e a do feto que representa risco para a vida da mãe<sup>199</sup>), como uma judicial (a do feto anencéfalo<sup>200</sup>). Isso não seria possível, caso se adotasse, aqui, a linha de pensamento independente.

<sup>196</sup> No que toca ao feto proveniente de estupro, admitindo-se que nossa lei considerasse o feto um sujeito de direitos, “Qual seria a razão pela qual o feto, cuja ‘vida’ é tutelada pela legislação pátria, passa a ser preterido, seja em termos de importância ou valor, frente à honra e a integridade física ou mental da mãe em circunstâncias, ainda que eivada de gravidade pelo ato de violência, se nem mesmo figura como sujeito, ativo ou passivo, do delito praticado, que autorizaria legalmente o aborto? Em que medida o consentimento do ofendido, no caso a mulher, autorizaria a agressão a um bem jurídico tutelado pela norma penal, absolutamente alheio às circunstância em questão? Se de fato o legislador estava a se referir ao produto da concepção como pessoa humana, qual é o argumento moral que sustentaria a opção pela sua ‘morte’, sem a devida observância de todos os direitos que lhes seriam inerentes, em decorrência de um delito praticado por terceiros. Nesse sentido a permissão da interrupção da gravidez resultante de estupro revelar-se-ia uma discriminação atentatória aos Direitos Fundamentais que ofenderia, de uma só vez os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à democracia”.

<sup>197</sup> “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

<sup>198</sup> Não é demais dizer que, segundo Maria Berenice DIAS (2010, p. 1), doutrinadora de Direito Civil, esta excludente nasceu para resguardar, não a vítima do estupro, mas seu marido, que teria o filho do estuprador presumido seu em razão da lei civil e, assim, lhe deixaria seu patrimônio em herança, sem que pudesse fazer nada para evitar (ao menos não em 1940, quando não existia exame de DNA para instruir a negatória de paternidade). O objetivo, portanto, era impedir que o bastado se tornasse herdeiro do patrimônio do patriarca.

<sup>199</sup> Trata-se de hipótese de estado de necessidade, e “o estado de necessidade deve ser referido quando: 1) a mãe apresenta perigo de vida; 2) esse perigo esteja sob a dependência direta da gravidez; 3) a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo de vida para a mãe, 4) esse procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante (Segre M. Medicina Legal. 3. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1965, p. 337; Simonin C. Medicina Legal Judicial, 2. ed., Editora Jims, Barcelona, 1966, p. 1162; Vasconcelos G. Lições de Medicina Legal. 1. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro. 1970, p. 411; Vieira SI. Medicina Básica do Trabalho, 2. ed., Editora Gênese, Curitiba, 1995, p; 445), 5) sempre que possível a confirmação ou concordância de no mínimo, [dois] médi-

Se todos os conservadores “pró-vida” valorassem a “sacralidade” da vida humana com seriedade, jamais poderiam admitir abortos em caso de estupro<sup>201</sup> ou partos complicados que comprometem necessariamente ou a vida da mãe ou do feto. Nenhuma gravidez poderia ser interrompida mesmo com a vida da mãe correndo sérios riscos. Deveríamos, portanto, deixar a benevolência divina escolher entre a vida ou a morte da mãe. [grifo nosso] (MACIEL, 2011, pp. 36-37).

Além disso, vale a pena apontar que haveria, no caso de se adotar, aqui, esta linha de pensamento, uma clara violação ao direito fundamental à liberdade religiosa: como um Estado laico poderia proibir uma conduta por parte do cidadão com base num fundamento religioso, ou seja, permitir que uma religião imponha seus dogmas aos demais, sobretudo, por meio de uma criminalização? Voltaremos a este ponto.

Se a vida da futura criança será frustrada pela ausência de interesse de seus pais em criá-la; se se trata de uma vida cujo uma doença degenerativa será empecilho decisivo para se viver em plenitude; então, a intervenção do Estado impedindo um aborto é algo que atinge diretamente o valor intrínseco da vida humana, ponto reclamado por Dworkin. [grifo nosso] (MACIEL, 2011, p. 37)

Pelo dito, portanto, segundo o pensamento de Dworkin, portanto – ou, melhor dizendo, analisando-se a questão sob o ponto de vista proposto pelo autor –, é possível concluir que os dispositivos legais que proíbem o aborto no Brasil não têm justificativa plausível em nenhuma das linhas de pensamento mencionadas.

Ainda em “*Domínio da vida*”, o autor chama atenção para o fato de que a Constituição norte-americana (e, do mesmo modo, a Constituição brasileira) não atribui ao feto a condição de pessoa, logo a titularidade de direitos e deveres<sup>202</sup>. Isso tornou possível, lá (como torna possível, aqui), a descriminalização do aborto. E, para ele, além disso, seria temerário centrar a discussão a esse respeito na existência de direitos por parte do feto, porque só pode haver direitos onde há interesses, e só passa a haver interesses após o advento da vida mental do indivíduo, o que, no caso do nascituro, ocorre na 12ª semana de gravidez (DWORKIN, 2009, p. 24). Por-

---

cos, 6) finalmente se processe conforme preceitua o Código de Ética Médica” (AMBROS; RECCHIA; RECCHIA, 2008, p. 2).

<sup>200</sup> Ver BRASIL, 2012b.

<sup>201</sup> “A segunda hipótese levantada pela legislação penal brasileira para que o médico não seja punido quando praticar um aborto (ser a gravidez resultado de estupro) não decorre do conflito entre dois direitos à vida. Esse caso pode ser compreendido como envolvendo o direito à saúde psíquica da mãe ou um direito de segurança social. O argumento ético invocado é o que considera moralmente aceitável interromper a gravidez quando a mulher grávida não consentiu de nenhum modo em engravidar” (DALLARI, 2011, p. 2).

<sup>202</sup> No Brasil, era Projeto fazê-lo na Constituição de 1988, mas não passou.

tanto, ele – como nós – se exime de adentrar à discussão de quando começa a vida. Para ele, independente de se, neste momento (o da aquisição de consciência pelo feto), ou em outro, se inicia a vida humana, adquirindo capacidade de sentir, o embrião passa a ser sujeito de direitos. “A ideia de que um feto tenha interesses próprios antes que possa ter qualquer vida mental é uma autocontradição tão óbvia quanto a afirmação de que um círculo pode ser quadrado”, ele diz (apud MACIEL, 2011, p. 36). E a vida mental e consciência do produto da concepção se inicia após a 12ª semana de gestação, que é justamente o prazo que a imensa maioria das legislações adota como termo para a criminalização/descriminalização do aborto.

Não é demais dizer que este ponto de vista de Dworkin sobre a consciência como marco a partir do qual o feto passa a ser pessoa, logo sujeito de direitos, leva, inclusive, a uma conclusão que vai um pouco mais longe que a que ele chegou sobre isso. É que, admitindo-se que “o exercício de um direito fundamental por parte de uma pessoa constitucional somente pode ser limitado se tal relativização tiver por fundamento a preservação de outra pessoa constitucional, [sob pena de] arbitrariedade” (LAURIA, Tipicidade..., p. 3), e que o feto, até a 12ª semana de gravidez, não é pessoa, é defensável que, até este momento da gestação, o direito de escolha da gestante não pode ser limitado, já que não há outra pessoa cujos interesses defender contra os dela. Assim, o aborto, até este momento, seria fato atípico<sup>203</sup>. É o que defende Thiago Lauria em sua obra “*Tipicidade e moralidade do aborto*”<sup>204</sup>, e este é

<sup>203</sup> O autor fala em autoaborto, mas, seguindo-se o mesmo raciocínio, é possível acrescentar o aborto causado por terceiros com consentimento da gestante.

<sup>204</sup> “Ora, enquanto o feto não possui vida mental, o que, de acordo com a medicina, não ocorre até o terceiro mês de gestação, não existe qualquer interesse passível de ser defendido mediante a cominação de uma pena. Logo, inexistindo interesse, urge concluir pela ausência de bem jurídico tutelável pela norma penal, razão pela qual a conduta da gestante que pratica autoaborto não lesa ou ameaça qualquer bem jurídico. Por essa razão, e adotando o conceito de tipicidade penal, mais amplo que a simples tipicidade formal da teoria clássica do delito, conclui-se pela atipicidade da conduta da gestante que comete aborto, por mais que haja a sua previsão legal. (...) Segundo a moderna lição de Luiz Régis Prado, ‘a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna, o que importa que sua privação só pode ocorrer quando se tratar de ataques a bens de análoga dignidade; dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional’. Isso significa, em outras palavras, que sendo a liberdade do homem, que pode ser cerceada quando do cometimento de um crime, um direito constitucional, a sua relativização somente é justificável como forma de proteger outro bem ou direito de natureza igualmente constitucional. Bem jurídico seria, portanto, o bem ou direito constitucionalmente protegido. Ocorre que, conforme sustenta Dworkin, não existe uma proteção constitucional ao feto, que não é uma pessoa constitucional. Por essa razão, o aborto não violaria qualquer bem jurídico, sendo a conduta, por conseguinte, atípica. A partir desse entendimento, dissipa-se também a crítica referente à construção de uma teoria com base em uma concepção controversa (vida mental), pois o centro é deslocado para um conceito mais sólido (pessoa constitucional), afastando, da mesma forma, o inconveniente de se construir um posicionamento a partir de uma conclusão tida como de menor importância por Ronald Dworkin. Assim, a conclusão não se altera:

um argumento forte em favor da própria descriminalização, já que não fazia sentido manter uma lei que perpetua como crime um ato que não poderia ser.

Mas, de volta ao pensamento de Dworkin, outro conceito trabalhado por ele aplicável à nossa causa é o princípio da responsabilidade, tratado por Maria Eugênia Bunchaft em sua obra “*O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin*”. A autora pontua que, segundo a referida doutrina dworkiniana, o Estado não pode utilizar seu aparato repressivo para impor concepções morais hegemônicas sobre o valor intrínseco da vida, que violem a liberdade dos indivíduos, devendo estimular que os cidadãos reflitam sobre as decisões referentes ao valor intrínseco da vida como questões morais. Para Dworkin, a Constituição norte-americana (e, para nós, a brasileira, já que se declara pluralista e democrática), permite que se persiga o objetivo da responsabilidade, estimulando que os cidadãos decidam de forma responsável sobre o valor da vida, em vez de forçá-los a uma posição consensual (BUNCHAFT, 2012, pp. 158; 178).

*Um Estado pode pretender que seus cidadãos tratem as decisões relativas ao aborto como questões de importância moral; que reconheçam que os valores intrínsecos fundamentais estão em jogo nessas decisões e decidam reflexivamente, não por uma conveniência imediata, mas a partir de uma convicção ponderada e amadurecida. [...] Se pretendemos a responsabilidade, no final devemos deixar os cidadãos livres para decidir como lhes parecer melhor, pois é isso que implica a responsabilidade moral. Contudo, se nosso objetivo for a conformidade, exigiremos, ao contrário, que os cidadãos ajam de uma maneira que poderia ser contrária a suas próprias convicções morais; isso os desestimula, em vez de incentivá-los a desenvolver seu próprio senso de quando e por que a vida é sagrada. [grifo nosso] (DWORKIN, 2009, p. 210)*

Comentando a citada obra de Dworkin (“*Domínio da vida*”), James Fleming, citado por BUNCHAFT (2012)<sup>205</sup>, menciona que alguns críticos não esperariam uma

---

o *autoaborto* [e o aborto causado por terceiros com consentimento da gestante], na *situação proposta, é conduta atípica*” (LAURIA, Tipicidade..., pp. 12; 14-15). Há, também, outros caminhos possíveis para se defender a atipicidade do aborto, por exemplo, ao se pensar que, quando uma mãe aborta porque ter mais um filho comprometeria as chances de sobrevivência dos demais, em razão de sua precariedade econômica, é possível dizer que este aborto decorre de estado de necessidade. Pode-se defender, também, se tratar esta hipótese (só para citar um exemplo) de ato, mesmo que típico e ilícito, inculpável, por inexigibilidade de conduta diversa. Este apenas não é o caminho que decidimos por percorrer para defender a punição do ato como indevida. Não buscamos encontrar uma saída na lei, como é, para defender que o ato, mesmo típico, não deva ser punido; buscamos defender a legalização, já que, só se o ato se tornar atípico poderá ser praticado na rede pública de saúde, que é o único meio de possibilitar às mulheres pobres o exercício desse direito.

<sup>205</sup> Citação original: FLEMING, James. *Taking Responsibilities as well as rights seriously*. In: Boston University School of Law Symposium, Justice for Hedgehogs: a conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book, September, 2009. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/FLEMING.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

proposta de compatibilização entre liberdade pessoal e proteção governamental da esfera moral (BUNCHAFT, 2012, p. 178):

*Críticos e aliados frequentemente associam Dworkin com a noção de direitos como trunfos e, portanto, com a ideia de que levar os direitos a sério praticamente impossibilita reconciliar direitos ou balanceá-los com a preocupação governamental com a esfera moral. Realmente, alguns leitores podem ter esperado um livro de Dworkin sobre o direito à autonomia procriativa e o direito de morrer para defender esses direitos somente com base no argumento da liberdade pessoal. E eles podem ter esperado que Dworkin argumentasse que esses direitos se sobrepõem à própria preocupação relativa ao ambiente moral que ele aqui reconhece como parte de nossa herança política e do direito constitucional. [grifo nosso] (FLEMING, 2009, p. 841)*

Nesse contexto, Fleming analisa duas críticas que alguns autores costumam fazer ao autor. Em primeiro lugar, a compreensão de que levar os direitos a sério exclui tomar a responsabilidade a sério, impedindo a promoção governamental do ambiente moral. Em segundo lugar, a acusação de que “a sua concepção de direitos como trunfos, seja[m] direitos à privacidade ou à autonomia, exige que a realização dos direitos seja isolada do escrutínio, persuasão ou exortação moral pelo governo” (FLEMING, 2009, p. 844). Para o autor, essas críticas podem ser facilmente superadas, já que Dworkin insiste na distinção entre a pretensão do governo de encorajar a responsabilidade e seu ato de coagir em conformidade com a concepção majoritária sobre o valor intrínseco da vida. Para Fleming, “Dworkin, ao distinguir entre responsabilidade e coerção, está afirmando que o governo não está promovendo a responsabilidade, a menos que respeite o direito do indivíduo de decidir em última análise por si próprio” (FLEMING, 2009, p. 846). Trata-se, portanto, da responsabilidade como autonomia (BUNCHAFT, 2012, pp. 178-179).

Em suma, em “Justiça para ouriços”, o conceito de responsabilidade, que já havia sido objeto de análise de Dworkin em “Domínio da Vida”, é analisado de forma mais ampla, e torna-se um aspecto fundamental para a teoria da justificação. Ele reafirma a necessidade de levar os direitos a sério, tendo-os como trunfos, e continua a usar o discurso da responsabilidade quando diz que o governo deve respeitar a responsabilidade pessoal dos indivíduos por suas próprias vidas (BUNCHAFT, 2012, p. 179)<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> BUNCHAFT (2012, p. 180) esclarece que o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54 “revelou implicitamente a consagração da ideia dworkiniana da responsabilidade, mas infelizmente, foi rejeitada pelo Plenário. A postura do Ministro Gilmar Mendes, portanto, não pretendeu impor uma concepção majoritária sobre o valor intrínseco da vida e a dignidade do feto anencéfalo, mas buscou encorajar as gestantes de fetos anencéfalos a reflitam de forma responsável sobre a continuidade ou não da gravidez”.

Pelo explicitado, parece correto inferir que as legislações que legalizam o aborto colocando como condição à realização do ato a assistência médica e psicológica à gestante e o decurso do tempo para a confirmação de sua intenção adotam a teoria dworkiniana da responsabilidade. Isto porque o serviço de aconselhamento pode ser visto como um estímulo ao enfrentamento do problema como uma questão de fundo moral, com toda a sua complexidade, transferindo para a gestante a responsabilidade por sua escolha, que extrapola os aspectos físicos e psicológicos da gravidez, envolvendo sua percepção do sagrado, algo que o Estado não deve e nem pode lhe impor.

Não obstante, não é demais dizer que, tão convicto é o autor a respeito de se tratar de um assunto atinente exclusivamente à esfera moral da mulher, na qual o Estado não deve interferir, que ele critica mesmo esta mera “orientação” das mulheres com a exigência de que “reflitam” por determinado período de tempo como condição para a prática do aborto, que é tão comum nos países onde se trata de uma prática legalizada até certo ponto da gravidez. Para ele,

*“Existem métodos muito melhores para incentivar as mulheres a refletir sobre o aborto e compreender sua gravidade moral – por exemplo, ajudar financeiramente as mães sem recursos, de modo com que as grávidas possam optar entre o nascimento e o aborto por outros motivos além da carência financeira” (DWORKIN, 2009, p. 243)<sup>207</sup>. Outro ponto que pode ser considerado um empecilho coercitivo é justamente a negação de auxílio financeiro por parte do Estado para que as mulheres pratiquem o direito ao aborto em clínicas seguras e com métodos aprovados do ponto de vista médico-legal. Podemos justamente tratar dessa barreira financeira como uma coerção justamente porque muitas mulheres carecem de recursos materiais para terem sua autonomia procriadora efetivamente garantida. Grupos resis-*

<sup>207</sup> É no mesmo sentido o pensamento de FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 203-204): “Para poder identificar as ações que podem reduzir os abortos, temos que lembrar por que as mulheres têm gravidez não desejada (...). Vimos que o principal determinante da gravidez não desejada era a falta de poder das mulheres de controlar sua atividade sexual, falta de educação, incluindo conhecimento escasso e incorreto acerca dos métodos anticoncepcionais, difícil acesso à contracepção efetiva e a falta de proteção social para a mulher grávida e para seus filhos. Enquanto essas condições persistam, haverá um grande número de gravidezes não desejadas, e a maior parte delas terminará em aborto, apesar da proibição e condenação legal, moral ou religiosa. Essa é exatamente a situação em que vive a maior parte das mulheres na África e América Latina. O acesso a métodos anticoncepcionais melhorou só recentemente em alguns países, todavia as outras condições persistem. Fica muito claro que as altas taxas de aborto refletem que uma grande parte das gravidezes não são desejadas porque são resultado de um ato sexual imposto pelo homem, da falta de informação sobre anticoncepção ou das dificuldades que as mulheres têm ao acesso adequado a formas para regular sua fecundidade. Além disso, as mulheres grávidas frequentemente se veem abandonadas à sua própria sorte, frente a uma sociedade que só aparentemente pretende dar apoio econômico e social à maternidade. A posição de muitos líderes políticos e religiosos de países com leis restritivas é nada fazer ou se opor às intervenções que evitam a gravidez não desejada. A sua ação limita-se a forçar a mulher a continuar a gravidez e ter o filho não desejado, não oferecem apoio social para viver a maternidade e criar o filho com um mínimo de dignidade, protegida da fome, da doença e da falta de trabalho e moradia”.

*tentes ao aborto argumentam que a autorização da prática abortiva não deve garantir o incentivo financeiro estatal para a realização do procedimento médico. Dworkin discorda, observando justamente a carência de recursos de muitas mulheres, o que impediria diretamente a possibilidade de escolha: “Em uma época em que o governo está necessariamente envolvido no financiamento da assistência médica e em que muitas mulheres para as quais o aborto é de crucial importância não poderão fazer um aborto seguro sem auxílio financeiro, negar essa ajuda com o objetivo de induzir as mulheres a ‘atividades alternativas’ [métodos abortivos caseiros] é algo que se assemelha muito à coerção” (DWORKIN, 2009, p. 246). [grifos nossos] (MACIEL, 2011, pp. 41-42)*

O pluralismo de valores é uma das questões mais discutidas na filosofia política contemporânea, e, a respeito dessa premissa de que ao Estado não é dado instituir uma concepção moral a seus subordinados, se afinam à visão dworkiniana, pelo menos, as teorias de Hans Kelsen, Tércio Sampaio, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron.

Entrelaçando os pensamentos desses autores, obtém-se a mesma ideia de que questões morais dizem respeito à ética privada do indivíduo, um âmbito em que o Estado, mesmo querendo, não poderia adentrar – e não conviria que tentasse –; seu papel é garantir que cada um possa viver sua autonomia da vontade, contanto que suas escolhas não firam a personalidade de outro ou outros indivíduos. Tentando regular matérias dessa natureza, o Direito perde em grau de institucionalidade (Sampaio), logo perde império (Kelsen), e, por isso, não convém que o faça. Por isso, hoje, ele deve buscar a ética do discurso (Habermas), tratando somente de matérias sobre as quais não recaia desacordo moral razoável (Waldron), já que “O conceito objetivo de verdade apropriado para a Ciência não é adequado para domínios como a moralidade. (...) Somente entidades sobrenaturais poderiam impor deveres morais, mas estas não existem” (BUNCHAFT, 2012, pp. 163-164), ao menos para o Direito; “o domínio do valor – que inclui a moralidade, a ética e o direito – caracteriza-se por uma indeterminação” (BUNCHAFT, 2012, p. 166).

*Em suma, em [Justiça para ouriços], Dworkin (2011) sublinha que, na esfera do conhecimento, existem dois domínios que não se confundem: o da ciência e do valor. Uma vez que a moralidade, o Direito e a ética pertencem ao domínio do valor, é necessária uma metodologia diferenciada para a análise das respectivas esferas que se diferencie dos pressupostos da epistemologia científica. Nesse sentido, assume especial relevância a interpretação, por meio da qual integram-se os diversos valores. A metaética, por exemplo, discute o status lógico dos juízos de valor que as pessoas comuns emitem quando afirmam que a descriminalização da antecipação terapêutica de fetos anencéfalos é errada ou que a discriminação contra transexuais é iníqua. Nesse cenário, os filósofos metaéticos pressupõem uma perspectiva*

*descritiva e desengajada, não assumindo posição sobre a moralidade do aborto. [grifo nosso] (BUNCHAFT, 2012, p. 150)<sup>208</sup>*

Para Dworkin, a indeterminação dos valores pressupõe que as premissas da argumentação não podem ser consideradas, nem verdadeiras, nem falsas; e a incerteza, por sua vez, é a impossibilidade de estabelecer qual das argumentações é mais convincente, pois haveria que se nomear um critério. Trata-se, portanto, da posição padrão dos julgamentos de valor, admitindo a possibilidade de uma justificação normativa no domínio do valor. Mas a questão fundamental é: a unidade entre os valores pode ser alcançada? Mesmo em caso de conflito, é possível que se tenha que eleger um deles? (BUNCHAFT, 2012, p. 167) Bem, não numa sociedade de pluralismos. Como impor um valor a quem não compartilha dele? Além disso, como eleger que valor, dentre todos os que existem na sociedade, seria o correto a se adotar? Kelsen se fazia os mesmos questionamentos.

*Será que poderíamos dizer que uma condenação pública é suficiente, em si e por si mesma, para justificar a transformação de um ato em crime? Isto parece inconsistente com nossas tradições de liberdade individual e com nosso conhecimento de que os preceitos morais das multidões, mesmo as maiores, não podem ser afiançados como verdadeiros. Se a condenação pública não é suficiente, o que mais então é necessário? É necessário que haja uma demonstração de danos presentes, causados a pessoas diretamente afetadas pela prática em questão? Ou será suficiente indicar a existência de algum efeito sobre os costumes e as instituições sociais, que altera o ambiente social e, desse modo, afeta indiretamente todos os membros da sociedade? Neste último caso, também deve ser demonstrado que essas transformações sociais ameaçam a sociedade como algum dano de longo prazo de tipo padrão, como o aumento da criminalidade ou a queda na produtividade? Ou seria suficiente provar que um vasto segmento da comunidade deplora a mudança? Se for assim, a exigência de um dano acrescenta alguma coisa à mera exigência de condenação pública? (...) [Por exemplo], se aqueles que têm desejos homossexuais se entregassem a eles livremente, nosso ambiente social mudaria. (...) [No entanto], somente isso não dá à sociedade o direito de proibir as práticas homossexuais. Não podemos manter todos os costumes de nossa preferência encarcerando aqueles que não desejam preservá-los. (...) Suponhamos (...) [que], por razões morais, (...) muitos membros da comunidade desaprovem a homossexualidade [ou qualquer outro padrão de comportamento] (...). Preferem não apenas não se entregar a essas práticas, mas também que ninguém mais o faça, e acreditam que uma comunidade que permite tais atos, em vez de proibi-los, é intrinsecamente má. (...) Porém, se essas preferências externas forem valorizadas de modo que justifique uma restrição à liberdade, os que forem restringidos pela restrição sofrerão, não simplesmente porque suas preferên-*

<sup>208</sup> “Argumenta Dworkin [que] o simples fato da existência de um desacordo moral não significa que todas as convicções morais sejam equivocadas. A popularidade de uma convicção moral não representa uma evidência da sua verdade. A diversidade [...] é apenas uma questão de fato antropológico, ela não pode por si só demonstrar que todos os julgamentos morais positivos são falsos’. (...) E conclui: ‘[...] Contudo, pessoas, na sua diversidade, podem decidir o que é verdade, e isso é uma questão de justificação da convicção, não a melhor explicação sobre convergência ou divergência’ (DWORKIN, 2011, p. 48)” (BUNCHAFT, 2012, p. 165).

cias pessoais terão sido derrotadas pelas preferências pessoais de outros em uma competição por recursos escassos, mas precisamente porque suas concepções do que é uma forma de vida apropriada ou desejável terá sido desprezada pelos demais. [grifos nossos] (DWORKIN, 2010b, pp. 372; 381; 424)

O aborto é uma escolha moral a que mulheres devem ter direito, até certo ponto da gestação, e o Estado deve suportá-lo, mas não apenas isso. Como o Brasil garante constitucionalmente a seus cidadãos o direito à saúde, deve também dar às gestantes condições de exercer esse direito – que deriva do direito à autonomia, à liberdade de crença, ao planejamento familiar, todos de status constitucional – no sistema público de saúde, para que sua condição financeira não seja determinante sobre a possibilidade ou não de exercê-lo, promovendo a desigualdade entre ricos e pobres e violando a dignidade da pessoa humana das últimas.

Não questionamos o fato de que se trata de um ato moralmente reprovável. Mas não é papel do Estado impor uma moral aos seus subordinados, e “*crime é crime, pecado é pecado*” (GOMES, 2010). Muitos consideram se tratar o aborto de um ultraje contra as leis de Deus, mas nem todos concordam, sequer, sobre que Deus existe, quem dirá sobre que isso, de fato, vá contra os seus mandamentos<sup>209</sup>. Além disso, o Estado é laico. Claramente, recai sobre o aborto um desacordo moral razoável, logo não é dado ao Estado criminalizá-lo. Aprofundemo-nos neste universo.

A maioria não pode, por meio de seus representantes eleitos, “democraticamente” cercear os direitos das minorias. Mas, muitas vezes, faz (ou tenta). E, nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário, e não o Legislativo, que exerce o papel contramajoritário protetivo dos grupos minoritários cujos direitos foram violados, exatamente por não ter compromisso com as majorias votantes, apenas com a lei e a Constituição, visando à proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias ou das majorias (BRASIL, 2012a, p. 624)<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> Edir Macedo, fundador da Igreja Universal do Reino de Deus, por exemplo, declara-se favorável ao aborto em determinadas circunstâncias. Ver mais em: MACEDO, 2008.

<sup>210</sup> É no mesmo sentido a lição de Geraldo Ataliba, em artigo publicado há quase 30 anos: “*Na democracia, governam as majorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as majorias que o elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes políticos ou administrativos. Sua única proteção está no judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria, são a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e por ela não repelidos*” (ATALIBA, 1987, p. 190).

Pode-se dizer isso, sobretudo, quanto ao Supremo Tribunal Federal, nosso Tribunal Constitucional, que, muitas vezes, toma decisões judiciais politicamente (ou políticas judicialmente), e, desempenhando seu papel de interpretar e concretizar a Constituição, se permeabiliza aos valores políticos que correspondem aos ideais de razão pública<sup>211</sup> – ou seja, para Rawls<sup>212</sup>, valores que se pode esperar que “*todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem*” (SOUZA NETO, 2006, p. 121)<sup>213</sup> –.

Sobre o assunto, KUSKOSKI (2011, p. 14) cita Thomas Michael Scanlon<sup>214</sup> para dizer que “*o uso da razão pública serve como critério normativo para os tipos de argumentos que podem ser apresentados pelos cidadãos enquanto discutem questões constitucionais e de justiça política*”, ressaltando que “*as autoridades políticas (...) precisam usar a razão pública para tomar decisões*” (KUSKOSKI, 2011, p. 14).

*A ideia de razão pública afirma que as questões constitucionais essenciais e os elementos de justiça básica são afirmados a partir de valores políticos que podem ser endossados por todos os cidadãos na forma de um consenso sobreposto (overlapping consensus) entre doutrinas abrangentes. (...) A ideia de consenso sobreposto e razão pública parecem estar situadas em um horizonte de justificação pragmatista, pois procura realizar um consenso moral-político entre as diversas doutrinas abrangentes. (...) A estabilidade pretendida pela justiça como equidade será fundamentada em uma concepção política liberal, isto é, uma concepção que pretende ser aceitável por todos os cidadãos razoáveis e racionais, livres e iguais, voltada para a razão pública dos cidadãos. A razoabilidade da justiça como equidade está baseada na possibilidade da conquista do apoio dos cidadãos, a partir de um direcionamento à razão de cada cidadão, do modo como isso é concebido dentro de sua própria estrutura e, dessa maneira, ela é uma visão de legitimidade da autoridade política. (...) O objetivo fundamental do consenso*

<sup>211</sup> “O fato de uma crença moral ser racional, isto é, fundamentada, defendida e justificada por um grupo de pessoas e válida para uma determinada comunidade moral, não significa que seja razoável para a esfera pública de um Estado plural e laico. (...) Em matéria de aborto, grande parte dos valores que sustentam a imoralidade do aborto não respeita o princípio da laicidade do Estado ou do pluralismo moral razoável. (...) Compromisso com a razão pública é o compromisso com a razoabilidade argumentativa e com a neutralidade confessional do Estado. (...) O resultado deste acordo de argumentação moral é a segurança política de que, apesar de um juiz participar de uma determinada comunidade moral em sua vida privada, como representante da razão pública, seus julgamentos não se pautarão em suas crenças particulares” (DINIZ; VÉLEZ, 2007; DINIZ, VÉLEZ, 2008).

<sup>212</sup> Citação original: RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 287.

<sup>213</sup> “Rawls contrasta o seu conceito de razão pública com o de ‘razões não públicas’. Estas são as que caracterizam, segundo o autor, todos os tipos de associações – tais como as igrejas (...) –. As razões para agir que se aplicam a seus membros não podem ser aplicadas ao restante da sociedade: são públicas interiormente, para seus membros, e não-públicas, para o restante da sociedade [ou seja, têm máximo grau de institucionalização para aqueles e não tão grande para estes, segundo a teoria de Tércio Sampaio. Por isso mesmo,] (...) a razão pública deve prevalecer quando os cidadãos atuam ‘na argumentação política no fórum público’” (SOUZA NETO, 2006, pp. 112-113).

<sup>214</sup> Citação original: SCANLON, T. M. *Rawls on Justification*. In: S. FREEMAN (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 160.

sobreposto em uma concepção política de justiça como equidade é descobrir uma base comum para o que é considerado razoável em um sistema democrático de uma sociedade bem ordenada<sup>215</sup> (...) O horizonte do consenso sobreposto é a tentativa de completar e ampliar, em termos de justiça política, o movimento iluminista (do esclarecimento) que propôs: o princípio da tolerância, o Estado não-confessional e a liberdade de consciência, circunscrevendo sua atuação na escolha de princípios de justiça política para a aplicação na estrutura básica da sociedade. [grifos nossos] (SILVEIRA, 2007, pp. 13; 18; 20)

É no mesmo sentido o entendimento de Thadeu WEBER (2011, pp. 135-139):

A justiça como equidade é autossustentável. Vivendo em instituições justas, os cidadãos, dadas suas qualidades morais, adquirirão motivação suficiente para assegurar a estabilidade. A justiça como equidade precisa conquistar o apoio dos cidadãos com suas diferentes doutrinas abrangentes razoáveis<sup>216</sup>. A estabilidade decorre do fato da sociedade ser regulada por um senso público de justiça. Mas e os que não aceitam essa concepção política de justiça ou que defendem valores totalmente diferentes dos valores liberais? Isso não afeta a estabilidade? Certamente não é com sanções que se consegue o endosso. É que a concepção pública de justiça (a justiça como equidade) deve ser apresentada como independente das doutrinas abrangentes e razoáveis. O acordo em torno dela se dá no espaço público. Deve preocupar-se em assegurar direitos e liberdades realmente essenciais, retirando do debate as divergências mais profundas como, por exemplo, valores religiosos e morais. Assim, quando os cidadãos endossam a concepção de justiça a partir de suas doutrinas razoáveis e divergentes, ela, em virtude do acordo atingido, se sustenta por si mesma. As próprias ideias de bem consideradas, para Rawls, devem ser constituídas por valores políticos. A restrição a estes valores permite o acordo e este assegura a estabilidade. Portanto, culturas que professam valores diferentes das liberais podem endossar uma concepção política de justiça razoável. É preciso insistir que a concepção política de justiça deve ser autônoma, no que se refere aos valores que se aplicam às relações políticas. Não pode moldar-se às doutrinas abrangentes para conquistar seu apoio. Não se elabora uma concepção de justiça a partir dessas doutrinas de fato existentes. Isso contraria a equidade na posição original. Uma concepção política autônoma parte da ideia da “sociedade como sistema equitativo de cooperação” e daí infere os “bens primários” necessários para cidadãos livres e iguais e que afirmam diferentes concepções de bem. (...) Em síntese: considerando o pluralismo razoável das sociedades democráticas “é possível gerar um consenso ao que podem aderir os indivíduos razoáveis sem ver-se obrigados a abandonar suas concepções

<sup>215</sup> O autor, neste ponto, cita a obra “*Liberalismo político*”, de John Rawls. Citação original: RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996a, vol. IV, §4.2, p. 151.

<sup>216</sup> “A justiça como equidade não afirma e nem nega uma doutrina religiosa, moral ou filosófica. Se o fizesse as excluiria e não poderia contar com seu apoio. Por isso, em vez de afirmá-las como verdadeiras, as considera como razoáveis. Ela própria (a justiça como equidade) é uma concepção política de justiça razoável, a mais razoável entre as teorias concorrentes. (...) É fundamental salientar que a justiça como equidade não tem a pretensão de ser verdadeira, mas, sim, de ser a mais razoável. (...) [E] a concepção política de justiça pode ser considerada verdadeira ou razoável a partir das visões abrangentes desses cidadãos. Para uns, verdadeira, para outros, a mais razoável, a mais passível de acordo. É possível gerar um consenso por diferentes vias. Os cidadãos podem aderir à concepção política sem abandonar suas concepções filosóficas, religiosas e morais. Por exemplo, para que um cidadão possa professar livremente sua fé religiosa e os valores a ela inerentes concorda com o estabelecimento das liberdades de pensamento e consciência como direitos fundamentais e, assim, como um dos elementos constitucionais essenciais. É claro que os valores religiosos professados por aquele cidadão não constituem a concepção política de justiça, mas esta pode ser endossada por ele” (WEBER, 2011, pp. 138-139).

ções filosóficas, religiosas e morais<sup>217</sup>. Agora, que essa adesão efetivamente garanta a estabilidade de uma concepção política de justiça, é discutível. Por quê? Porque as doutrinas abrangentes fazem parte da “cultura de fundo” não-pública<sup>218</sup> e o consenso em torno de uma concepção política é um acordo que se constitui no espaço público, portanto, no nível da “razão pública”. Ou seja: que estabilidade pode dar uma “cultura de fundo” não-pública (igrejas, associações) a um consenso em torno de uma concepção de justiça que se situa no nível da “razão pública”? Como o não-político pode dar sustentabilidade ao político?<sup>219</sup> Poder-se-ia dizer que a estabilidade resulta dos valores políticos retiráveis das doutrinas abrangentes. Dessa coincidência se originaria o consenso. Mas isso pressupõe que haja alguma coincidência. Certamente existem sociedades e culturas que defendem valores distintos dos valores políticos liberais. Endossarão esses valores? Por que razões? Para garantir a possibilidade da realização também de seus interesses particulares? (...) Para que se possa ter alguma possibilidade de atingir um consenso, as “controvérsias religiosas e filosóficas” não devem entrar na agenda política. Não estão sujeitas à justificação pública, a não ser naquilo que coincidem com os valores políticos. [grifos nossos]

É justamente por, hoje, o Judiciário ser o único que se mostra capaz de tomar decisões jurídico-políticas com base em argumentos de razão pública, que o problema do aborto de anencéfalo acabou se desdobrando numa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (a ADPF 54)<sup>220</sup>, julgada pelo STF, em vez de num Projeto de Lei que criasse nova excludente da ilicitude relativa à hipótese, que seria “julgado” pelo Congresso<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> SILVEIRA, Pablo da. *La Teoría Rawlsiana de La Estabilidad: overlapping consensus, razón pública y discontinuidad*. In: *Justiça como Equidade: Fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)*. Florianópolis (UFSC): Editora Insular, 1998, p. 346.

<sup>218</sup> RAWLS, John. *Política Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 220.

<sup>219</sup> O autor cita, sobre o assunto, artigo de Manfredo A. de Oliveira, “O Debate acerca da Fundamentação de uma Teoria da Justiça: Rawls e Habermas”, In: *Justiça como Equidade*, pp. 94 e 95, e diz que o autor apresenta a crítica de Habermas a Rawls no que se refere a ideia de que “*uma concepção pública de justiça possa receber autoridade moral [...] de motivos não-públicos*” (WEBER, 2011, p. 151, nota 24).

<sup>220</sup> “Vários são os fundamentos argumentativos da razão pública a serem seguidos por um juiz da Suprema Corte ao julgar um caso. A razoabilidade de seus argumentos e o compromisso com o consenso sobreposto são alguns deles. Um argumento é razoável quando pode ser expresso em termos públicos, o que na Suprema Corte pode ser medido pelo cumprimento dos princípios e das normas constitucionais. O consenso sobreposto representa um conjunto de acordos firmados por diferentes comunidades morais de um Estado democrático e que, no caso específico do aborto em uma democracia laica, expressar-se-ia na garantia da neutralidade confessional dos argumentos. 12 Isso significa que um juiz da Suprema Corte não pode ocupar o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no País: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar. A Suprema Corte é o ícone da razão pública em um Estado democrático” (DINIZ; VÉLEZ, 2008).

<sup>221</sup> É no mesmo sentido a lição de Lênio Streck (apud BARROSO, 2008, p. 3), que defende que “a tensão no Estado Democrático se volta para o Poder Judiciário, amparado pela inércia do Poder Executivo e falta de atuação do Legislativo, surgindo, assim, a expectativa de que essas falhas possam ser supridas pelo Poder julgador, justamente mediante a utilização de mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito” (Citação original: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 38).

*Ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como regime de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. (...) Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicatorio resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. [grifo nosso] (BRASIL, 2012a, pp. 625; 628)*

O próprio Rawls<sup>222</sup> diz considerar o Judiciário “*um caso exemplar de razão pública*”, e ressalta que, aplicando a razão pública, a corte constitucional evita que “*a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem*” (SOUZA NETO, 2006, pp. 121-122).

Em sua obra “*Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*”, Luís Roberto BARROSO (2012a, pp. 6-8) trata deste fenômeno de judicialização da política, que define como o contexto em que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral são decididas, em caráter final pelo Poder Judiciário, ou seja, uma transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento das instâncias políticas tradicionais: o Legislativo e o Executivo. Este é um fato que não agrada a todos, mas parece inafastável nesse momento político do país.

*Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. [grifos nossos] (BARROSO, 2012a, pp. 7-8)*

Daí decorre que quase todas as questões de relevância política, social ou moral, sobretudo aquelas sobre as quais recaem significativos desacordos, no Brasil,

<sup>222</sup> Citação original: RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, pp. 265 e 284.

vêm sendo discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, dentre as quais a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510) e o aborto de anencéfalos (ADPF 54).

Isto é assim porque a democracia implica na instauração de “*um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais*”, sendo que o Judiciário é quem tem desempenhado um papel primordial na promoção desse contexto e na garantia desses direitos, com o que contribui para “*o aprimoramento das práticas democráticas*”. Só há que se lembrar que, ao fazê-lo, ele deve justificar suas decisões através de argumentos de razão pública, politicamente neutros, “*de modo a reafirmar, em face dos diversos grupos plurais, o compromisso com a cooperação democrática. Assim procedendo, não estará usurpando a soberania popular, mas contribuindo para a sua plena manifestação*” (SOUZA NETO, 2006, pp. 297; 302-303).

*A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial (BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16-23). [grifo nosso] (BARROSO, 2012a, p. 12, nota 30)*

Cumprе ressaltar que a jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Poder Judiciário têm recebido, cada vez mais, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Barroso cita como um dos principais expoentes dessa corrente Jeremy Waldron, cuja tese central é a de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja disfuncional, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo, não do processo judicial (BARROSO, 2012a, p. 12, nota 31).

Lamentavelmente, no entanto, este é um processo mais complexo e dificultoso do que parece. Se dependesse de o Legislativo criar uma nova excludente da ilicitude no crime do aborto no que diz respeito aos fetos anencéfalos, se é que fosse acontecer, certamente o tempo de espera seria ainda maior do que os oito longos anos que esperamos pelo julgamento da ADPF 54. Além disso, nesses casos extremos, em que os representantes do povo parecem estar contra a própria democra-

cia (ao menos em seu conceito contemporâneo, sobre a convivência das diferenças), ou seja, “*um ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes*”, o próprio Waldron<sup>223</sup> reconhece que a jurisdição constitucional pode ser necessária (BARROSO, 2012a, p. 15, nota 44).

Quanto ao aborto, trata-se, inquestionavelmente, de uma questão moral, e isso tem dois desdobramentos bastante claros. Em primeiro lugar, ele acaba se tornando um assunto amargo, de difícil lida, sobre que a maioria das pessoas não gosta de falar, e o pior é que isso, para o nosso mal, engloba, inclusive, os membros de nossa Corte, já que, como veremos, mesmo durante o julgamento da ADPF 54 – que pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de anencéfalo seria conduta tipificada nos arts. 124 e 126, CP<sup>224</sup> por meio da interpretação conforme dos dispositivos com a Constituição –, de modo geral, os Ministros se preocuparam em dizer que não se tratava de aborto, como que se eximindo da responsabilidade de tomar decisões sobre este assunto.

Desde a petição inicial<sup>225</sup>, evitou-se por todo modo a palavra “aborto”. A interrupção voluntária da gravidez do anencéfalo, na ação, deixou de se chamar aborto, que é o nome que o dicionário dá, para se chamar “antecipação terapêutica do parto”<sup>226</sup>. Simplesmente para afastar a carga valorativa da palavra.

<sup>223</sup> Citação original: WALDRON, Jeremy, *The core case against judicial review*, The Yale Law Journal 115:1346, p. 1359 ss.

<sup>224</sup> “A consideração da importância de valores intrínsecos que defendem que uma vida fadada a ser frustrada – do embrião anencéfalo – seria menos valiosa do que a vida que está em curso – a da mulher – foi a defesa moral dos autores da ADPF-54. Os sentidos de não-aborto, de valorização da vida da mulher e de não-vida do embrião constituíram o tripé argumentativo que sustentou a retórica da ação movida pela CNTS. A argumentação seguiu uma lógica de ponderação e balanceamento entre o valor sagrado da vida do feto e da vida da gestante. A vida do feto seria frustrada e, caso o feto nascesse com vida, teria um impacto catastrófico sobre a vida da gestante. A premissa moral, que sustenta que seria correto abortar porque o feto não tem consciência de si e por isso não satisfaz condição necessária para ser ‘pessoa’, foi o fundamento da organização retórica que construiu a inexistência de vida do feto” (RIBEIRO, F., 2008, p. 3).

<sup>225</sup> Em que se pediu a liberação da “antecipação terapêutica do parto” de anencéfalos tendo como base: A segurança do diagnóstico e a simplicidade do exame necessário, a certeza da letalidade em 100% dos casos, os riscos para a saúde da gestante, a impossibilidade de aproveitamento dos órgãos para transplante, a necessidade de legislação que garanta o exercício profissional e a não obrigatoriedade de interrupção da gravidez. Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do STF, mas então advogado autor da ação, em representação à Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, declarou: “Qualquer sofrimento inútil e evitável viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A ação não visa debater o aborto e sim saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação do filho que ela não vai ter e, portanto, se é possível o Estado causar este sofrimento involuntário” (JORNAL DA CNTS, 2008, p. 4).

<sup>226</sup> GONÇALVES, BEVILÁQUA e LAPA (2008, p. 6, nota 12), autoras do estudo “Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros – Análise dos dados referentes a casos de anencefalia e má formação fetal julgados pelos tribunais estaduais e superiores no período de 2001 a 2006”, consideram que es-

Vejamos trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação:

*Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que nos retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. [grifo nosso] (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, p. 33)*

Nesse sentido, o então deputado federal José Aristodemo Pinotti, membro da Academia Nacional de Medicina, afirmou: “*Não podemos cunhar o nome aborto, que é a interrupção da potencialidade de vida, e um feto anencéfalo não tem potencialidade de vida*” (JORNAL DA CNTS, 2008, p. 6)<sup>227</sup>. Pode ser. Mas, sem dúvidas, isso também foi uma estratégia para evitar ataques de grupos moralistas. Não sendo aborto, moralmente repudiado, a prática poderia ser autorizada sem maiores problemas, como foi. Por isso, os Ministros aderiram a essa tática do então advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, autora da ação, Luís Roberto Barroso – professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e, agora, o mais novo Ministro do Supremo Tribunal Federal –, chamando sempre atenção, ao se manifestarem sobre a causa, para o fato de que não estavam avaliando a possibilidade de permitir abortos, apenas antecipações terapêuticas de partos.

Muito provavelmente eles quisessem, com isso, evitar perder prestígio diante da população ao vir a possibilitar algo que ela, em tese, rejeita. Em tese, porque nenhuma pesquisa foi feita no sentido de confirmar esta ideia, e, aliás, há dados em sentido oposto<sup>228</sup>. Ademais, se o que se quer é viver uma democracia, não uma ditadura, não há que se permitir que a maioria tire sobre as minorias.

Assim, apenas por se tratar de um assunto espinhoso, como nalgum ponto do passado resolveu-se colocar o ato como crime, por este motivo, assim permanece.

---

te termo pode remeter, erroneamente, à hipotética conclusão de que, feita a intervenção cirúrgica, o feto terá chances de sobrevivência. Por isso, preferem dizer “interrupção da gestação”.

<sup>227</sup> “A doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética, membro da diretoria da Associação Internacional de Bioética, Débora Diniz, pesquisadora da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, parceiro da CNTS na ADPF 54, (...) com base nas pesquisas, [esclareceu que as mulheres também] nunca utilizam o conceito de aborto para essa escolha. ‘O diagnóstico de anencefalia lança uma situação ética inesperada. E elas querem descrevê-la em termos acolhedores para suas próprias vidas, e não em nome de dogmas religiosos ou verdades absolutas, distantes de suas realidades’. Isto porque, segundo ela, o conceito de ‘antecipação’ permite não apenas sigilo jurídico, ético e moral, mas conforta as mulheres em sua dor e seu luto” (JORNAL DA CNTS, 2008, p. 5).

<sup>228</sup> Ver mais em FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2006a.

Um direito cuja privação causa consequências tão gravosas limitado por um motivo tão fraco: o pudor.

O segundo desdobramento da moralidade do tema, em sentido oposto, é que, admitindo se tratar de uma questão pessoal (assim o são as questões morais), as mulheres acreditam que esta é uma escolha sua, e que ninguém, nem mesmo o Estado, com seu aparato repressor, pode obrigá-las a permanecerem grávidas, se não quiserem estar; por isso, abortam como e quando acham que devem, mesmo sendo um crime pelo qual elas podem ter que pagar.

Em manifestação em audiência para o julgamento da ADPF 54,

*Débora Diniz posicionou moralmente a premissa de defesa da vida da gestante e do seu direito de decidir pela interrupção da gestação. Ela argumentou em defesa da pluralidade moral, refutou as concepções morais que consideram a existência de vida humana a ser protegida desde a fecundação e evitou abordar questões metafísicas, como saber quando tem início a vida, qualificando-as como posição de fé, não as considerando relevantes para a questão.* [grifos nossos] (RIBEIRO, F., 2009, p. 4)

Isto se aplica igualmente à questão do aborto por escolha, desde que precoce, assim como (e por isso mesmo) o raciocínio de que, se não há vida em alguém cujo cérebro deixou de funcionar (Lei 9434/97), e não há vida em quem o cérebro não existe, logo jamais funcionará (ADPF 54), também não há vida em quem o cérebro ainda não se formou, ou seja, o feto até a 12ª semana de gravidez. Assim, se é possível doar órgãos de alguém cuja atividade cerebral cessou, e é possível “antecipar terapeuticamente o parto” de alguém que não terá atividade cerebral porque não terá cérebro, também deve ser possível o aborto de alguém cujo tronco cerebral ainda não desenvolveu.

Para Dworkin, a questão constitucional em jogo consiste em saber se um Estado pode impor a toda a coletividade uma interpretação oficial do valor inerente à vida. Se seria intolerável que o Estado, em qualquer circunstância, forçasse uma mulher a um aborto, o mesmo se aplica, e com a mesma força, na direção contrária, pois nega a uma mulher o direito de decidir por si mesma o que a sacralidade da vida exige que ela faça com a própria gravidez. O Estado insulta com igual violência a dignidade de uma mulher grávida quando a força a levar uma gravidez a cabo ou a interrompê-la. E “o fato de tal escolha ser aprovada por uma maioria não configura uma justificção melhor nem em um caso nem no outro” (DWORKIN, 2009, p. 223).

*“A questão envolve visões morais específicas que devem ser consideradas com igual respeito e proteção pelo Estado, carecendo este de legitimidade para co-*

*agir as cidadãs a adotar uma determinada opção*” (SOARES, 2006, p. 99). E, sobre isso, há dois pontos para os quais chamar atenção.

Primeiro: ainda que se escolha partir de um argumento utilitarista, ou seja, a necessidade de diminuir o número de eventos, não propriamente dar a mãe um direito que é seu, a conclusão ainda será que o aborto precisa ser legalizado. Como dissemos, pesquisas feitas em países que criminalizavam o aborto e deixaram de criminalizar observaram uma queda vertiginosa nos eventos.

E segundo: não que acreditemos que este seja o argumento decisivo, já que compartilhamos da ideia de que a democracia exige o respeito à liberdade dos indivíduos em questões morais a despeito da vontade da maioria, mas uma pesquisa recente realizada em 315 municípios, entre novembro de 2006 e janeiro de 2007, com brasileiros de ambos os sexos e todas as idades e classes sociais, pelo IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística –, mostrou que a maioria da população concorda com o fato de que é uma escolha da mulher, na qual o Estado não deve interferir (IBOPE, 2006/2007, pp. 19-24). Uma pesquisa da Fundação Perseu Abramo, também de 2006, apresentou resultado no mesmo sentido (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2006a), assim como nova pesquisa realizada pelo IBOPE no ano de 2010 (IBOPE, 2010) (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 139).

*É necessário que, ao reconhecer a legitimidade da diversidade, a orientação ética procure reconhecer igualmente a unicidade de cada vida. Equilíbrio difícil de ser encontrado, que nem por isso pode ser considerado impossível, uma vez que a História oferece exemplos desse momento, especialmente quando registra a fixação de regras jurídicas que protegem a liberdade individual num ambiente de pluralismo ideológico.* [grifos nossos] (DALLARI, 2011, p. 1)

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 diz que o Brasil é 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*”. Significa que, desde ali, restou reconhecido o pluralismo de nossa sociedade e garantido o não-preconceito às particularidades dos nossos cidadãos.

*Reconhecer o pluralismo é reconhecer a diferença. (...) Face ao pluralismo, não nos resta outra alternativa senão abdicar das respostas únicas, verdadeiras e definitivas (...) e admitir o caráter parcial, incompleto e conflitivo do consenso entre indivíduos. (...) Se a nossa identidade e, portanto, as nossas ações estão configuradas pelos valores da forma de vida que adotamos, isto, (...) não só não nos impede, como nos obriga a ser tolerantes.* [grifo nosso] (CITTADINO, 2004, pp. 87-88)

Mas, o “não-preconceito” do Estado não é o mesmo que o não-preconceito entre cidadãos. O Estado exerce o não-preconceito com o qual se comprometeu na Constituição sendo neutro quanto às diversidades de seus subordinados, não só não lhes impondo dogmas ou ideologias<sup>229</sup>, mas conferindo-lhes, cada vez mais, condições para que vivam conforme suas próprias convicções. “*O debate central na filosofia política contemporânea gira em torno da questão da neutralidade do Estado. o Estado deve ser neutro e apostar na autonomia da vontade do indivíduo para buscar a vida que deseja para si*” (SOUZA, 2012, p. 141).

Sobre isso, Dworkin defende o que chama de “tolerância liberal”, argumentando a favor da neutralidade do Estado em não promover uma concepção particular de bem. Para ele, “*é errado o governo recorrer a seu poder coercitivo para impor a homogeneidade ética*” (DWORKIN 2012, p. 291), e qualquer argumento que defenda uma homogeneidade moral em detrimento da tolerância liberal, isto é, qualquer argumento que defenda a comunidade como unidade mínima da moral, é fadado ao insucesso, já que toda comunidade é formada pelos indivíduos que a compõem, sendo eles, e não ela, a unidade da agência moral (SOUZA, 2012, pp. 143; 149)<sup>230</sup>.

<sup>229</sup> “*Imposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, como desrespeitados*” (Cf. Cass Sunstein. *The Republic of Reasons*. In: *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 17-39, apud SARMENTO, 2006, pp. 116-117).

<sup>230</sup> Ana Luiza da Gama e SOUZA (2012, pp. 143-144) explica que, no entanto, Dworkin admite como justificativa para a ação do Estado uma certa concepção compreensiva de bem estar humano (provavelmente a noção de dignidade da pessoa humana), visão contestada pela teoria do liberalismo político de John Rawls, que constrói seu conceito de pessoa como subtraída de todas as concepções particulares de bem. No liberalismo político, a neutralidade se apresenta em seu duplo aspecto: os arranjos políticos seriam neutros em sua justificativa e também na ação, ou seja, Rawls não admite que o Estado promova qualquer concepção particular de bem para nenhum fim. “*Neste sentido Dworkin argumenta que o liberalismo puramente político desconecta a ética da política, afastando todas as concepções particulares de bem da arena política, o que poderia provocar uma suspensão ou rompimento das visões de bem particulares, em nome de uma concepção pública de justiça, o que Dworkin chama de esquizofrenia moral* (DWORKIN, Ronald. *Foundations of Liberal Equality* in G. B. Petersen (ed.) *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. XI, Salt Lake City: Utah University Press, 1990)”. A autora contra-argumenta dizendo que o objetivo de Rawls não é afastar todas as concepções particulares de bem de todas as esferas da vida, mas restringi-las ao domínio público (RAWLS, John. *Political liberalism*. New York. Columbia University Press, 1983, p. 31). “*O que Rawls parece negar é que as concepções particulares de bem sejam apropriadas para uma proposta política, pois se assim o fosse, o poder coercitivo do Estado estaria a serviço de uma doutrina compreensiva particular que não seria publicamente justificável* (MULHALL, S. and SWIFT, A. *Liberals ans Communitarians*. Blackwell Publishers Oxford, 1992)” – coisa que, aliás, Dworkin também rejeita. Na teoria rawlsiana, uma sociedade possui valor moral quando seus arranjos políticos podem ser justificados por todos os cidadãos, dada a relevância da justificabilidade pública para a sua teoria da justiça, e essa justificação só ocorre a partir de concepções políticas públicas e de valores públicos compartilhados. Para tanto, ele se vale de uma concepção de pes-

O Estado democrático é laico, devendo legislar sobre princípios básicos que permitam tanto a convivência harmônica de todos, como as diferentes escolhas morais baseadas nas crenças de cada um. Se a legislação e sua interpretação forem determinadas por diretrizes religiosas emanadas da alta hierarquia eclesiástica, estamos de fato impedindo a liberdade de credo e utilizando o poder do Estado para garantir que todos os cidadãos sigam tais diretrizes. Os católicos têm direito de defender suas ideias, mas não de impô-las a todos por meio dos aparelhos de Estado. Portanto, um cristão no exercício de funções no Estado de direito deveria atuar em defesa da pluralidade moral e da liberdade de crenças, e não impor suas próprias crenças (...). Evidente, a pluralidade ideal ao debate moral sobre o tema não é simples de se encontrar. Existem forças sociais que, condicionando a organização social, modelam suas atitudes, algumas vezes, até mesmo, de forma incoerente com os valores assumidos, como nosso Estado “laico”. Tal constatação não deve, entretanto, descaracterizar a imprescindibilidade da procura de um ambiente pluralista para fundar a discussão ética. O reconhecimento da diversidade de posições morais não deve levar à arbitrariedade. Assim, é necessário que, ao reconhecer a legitimidade da diversidade, a orientação ética procure reconhecer igualmente a unicidade de cada vida. Equilíbrio difícil de ser encontrado, que nem por isso pode ser considerado impossível. [grifos nossos] (RIBEIRO, F., 2008, pp. 5-6)

Na sociedade contemporânea, não há um centro orientador da conduta humana, o homem se torna seu próprio centro. Assim, não é mais a identidade e a união que constituem a vida social, mas a diversidade; cada homem tem um projeto de vida que, não poucas vezes, será conflituoso com os projetos de outros homens. E, neste contexto, se o Estado quer imperar sobre todo o seu povo, deve se manter neutro, sobretudo sobre questões morais, que são as sobre as quais os homens provavelmente discordarão. A tolerância é o ponto de equilíbrio, tanto para o Estado quanto aos seus súditos, quanto aos “súditos” entre si, pois a intolerância atenta contra aquilo que confere humanidade aos indivíduos: sua identidade (BARROSO, 2008, p. 2).

Nas palavras de Gisele CITTADINO (2004, pp. 5-6), “A neutralidade estatal é uma exigência que decorre do próprio pluralismo. (...) Como o pluralismo significa diversidade de identidades sociais, não se pode esperar que o Estado trate igualmente cidadãos que possuem distintos valores sociais e culturais”. Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (apud BARROSO, 2008, p. 3)<sup>231</sup> esclarece que são características da sociedade pluralista, em primeiro lugar, a participação, ou seja, a intervenção de grupos, sobretudo os minoritários, no processo decisório; em segundo, a diversidade, a proeminência que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, em

---

soa como vinculada a uma cultura política pública, já que esta concepção endossa a maneira como se deve conceber a pessoa como cidadão.

<sup>231</sup> Citação original: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 1994, pp. 162-163.

terceiro, a tolerância, isto é, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação, sendo que “a filosofia da tolerância não só está associada à filosofia da liberdade humana, mas, igualmente, ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e ser diferente dos outros”. Pontua, ainda, Celso Campilongo (apud BARROSO, 2008, p. 3)<sup>232</sup>, que o direito que todos têm de participar no processo de tomada de decisões coletivas é um princípio democrático, e que o reconhecimento da legitimidade de múltiplos valores implica no respeito dos direitos da minoria.

Assim, não prospera mais o entendimento de que, se não há consenso, as normas jurídicas devem expressar as convicções das maiorias (SARMENTO, 2006, p. 116). Felizmente, os tempos de ditadura acabaram para nós (inclusive os da maioria sobre a minoria). Nas palavras de Daniel Sarmento,

*Afirma-se, hoje, que a democracia pressupõe a existência de um espaço público aberto, em que as pessoas e grupos possam discutir sobre os temas polêmicos, prontas ao diálogo, reconhecendo-se reciprocamente como seres livres e iguais. A democracia exige deliberação pública e o seu objetivo não é – ao menos não exclusivamente – o de solucionar divergências contando votos. Presume-se, pelo contrário, que no processo deliberativo as pessoas manifestem-se buscando o entendimento e não a derrota do adversário. Pretende-se que, no espaço público, os cidadãos orientem-se pela busca do bem comum, e não pela defesa incondicional dos seus interesses pessoais ou de grupo. Almeja-se, enfim, que no debate franco de ideias inerentes a este processo, as pessoas eventualmente revejam suas posições originais, convencidas pelas razões invocadas pelo outro. Em suma, a democracia deve ser mais diálogo do que disputa, mais comunicação do que embate.* [grifos nossos] (HABERMAS; NINO; ELSTER; NETO<sup>233</sup>, apud SARMENTO, 2006, p. 117)

É no mesmo sentido a lição de Cláudio Pereira de SOUZA NETO (2006, p. 10):

*O principal aspecto da [democracia deliberativa] repousa na compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes: assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada, como tem ocorrido em nossa história recente. Para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as ques-*

<sup>232</sup> Citação original: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 62.

<sup>233</sup> Citação original: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, v. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 09-56; NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; ELSTER, John. *La Democracia Deliberativa*. Trad. José María Lebron. Barcelona: Gedisa, 2001; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

tões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legítima a gestão da res pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, tal proposta pode ser considerada, pelo menos prima facie, legítima e racional. Mas, para que a deliberação leve a cabo as suas funções legitimadora e racionalizadora, ela deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário, i. e., em um contexto em que todos possam participar, em que tal participação se dê de forma livre de qualquer coerção física ou moral, e em que todos tenham, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir<sup>234</sup>.  
[grifos nossos]

Isto descrito pelos autores – sobre cidadãos livres, iguais e bem intencionados deliberando em busca do consenso, e não um vencedor e um vencido, ou seja, um debate franco em que as pessoas estejam dispostas a rever suas posições originais, se diante de um bom argumento para que se alcance o bem-comum, e não a prevalência dos interesses de algum dos grupos – este cenário é palco do referido conceito de “desacordo moral razoável”<sup>235</sup>.

Esta teoria diz que, se demonstrado naquelas circunstâncias de ampla deliberação, inviável o consenso, está provada que a razão do desacordo é moral, de modo que argumento algum convenceria aqueles indivíduos de opiniões diversas das que traziam consigo, e, por isso mesmo, não convenceu.

Assim também entende ENGELHARDT (citado por MORAIS, 2007, p. 5)<sup>236</sup>, que explica que os atores do embate sobre certas questões, dentre as quais o aborto, não compartilham de suficientes premissas morais que permitam que o debate ocorra por meio de argumentos racionais, pelos quais seria possível chegar a uma opinião universal, como pretende o espírito missionário das comunidades morais, pelo qual “*não basta expor sua opinião em um debate esclarecedor, mas sim convencer o outro da ‘sua’ certeza*”. Deve o Estado Democrático de Direito, nesses ca-

<sup>234</sup> O autor explica que “*a democracia procura resolver (...) o conflito entre a soberania popular e o Estado de Direito, apresentando este como condição, requisito ou pressuposto daquela. Se o estado de direito é condição para a democracia, não há verdadeira democracia sem respeito, p. ex., aos direitos fundamentais, razão pela qual, quando as cortes constitucionais os concretizam contra a vontade da maioria ou diante de sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização*” (SOUZA NETO, 2006, pp. 10-11).

<sup>235</sup> Em sua teoria sobre a razão comunicativa, Habermas parte de pressupostos similares. “*Habermas deriva a possibilidade de uma razão comunicativa da capacidade de o ser humano agir buscando se entender com o outro com quem dialoga. É o que o autor denomina ‘ação dirigida ao entendimento’. Esta se opõe à ‘ação instrumental ou estratégica’, a qual é voltada para a concretização de finalidades subjetivamente projetadas. (...) Para se entenderem, os sujeitos devem se reconhecer mutuamente como iguais e interagir suspendendo o ‘enfoque objetivador’ que norteia os agentes interessados ‘imediatamente no próprio sucesso’ (HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 1, p. 63)*” (SOUZA NETO, 2006, pp. 137-138).

<sup>236</sup> Citação original: ENGELHARDT, H. Tristram Jr. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 58.

sos, para exercer a real imparcialidade – que é no que consiste seu não-preconceito<sup>237</sup> – dar às pessoas o direito e a condição de agirem segundo suas próprias crenças.

Isto ocorre porque “o Estado, em uma sociedade democrática liberal, deve ser neutro em relação às diversas concepções individuais acerca do bem. É o desacordo razoável impede a interferência do Estado em relação às visões substantivas dos indivíduos” (CITTADINO, 2004, pp. 129-130).

As teorias a respeito do desacordo moral razoável e sobre a necessidade de que decisões políticas, legislativas e judiciais sejam tomadas com base em argumentos de razão pública podem ser, originariamente, creditadas a John Rawls.

*Rawls defende o liberalismo político como espaço político independente de uma concepção de bem, criando uma neutralidade acerca das concepções de bem. O que está em jogo é a concepção pública de justiça que estabelece os fundamentos constitucionais e as questões de justiça básica através de um consenso sobreposto, isto é, um consenso político além das concepções de bem, constituindo-se como uma concepção de justiça razoável. (...) A validade da concepção política não pretende abranger teorias éticas, concepções religiosas, filosóficas ou morais. Passa a depender do razoável, dos pressupostos de pretensão de validade universal. Não opera com critério de verdade sobre o bem ou a vida boa, estabelecendo condições para que as teorias compreensivas façam a incorporação em uma sociedade política de pessoas livres e iguais. A razoabilidade exige que toda norma que aspire validade universal deva ser submetida à prova da intersubjetividade, utilizando razões que todos podemos compartilhar como um mínimo político para a organização social em nível político. Esse posicionamento exige justificação das normas com pretensão de validade para poderes ser debatidas, compreendidas e aceitas pela comunidade. (...) Assim, o critério de objetividade é alcançado para a justificação dos juízos e princípios morais em uma sociedade caracterizada pela diversidade moral. [grifos nossos]* (SILVEIRA, 2007, pp. 27-28; 30)

Uma das principais características das sociedades modernas é a imposição da convivência em um mesmo espaço político de uma pluralidade de concepções de mundo e formas de vida (LUNA, 2013, p. 88), já que, num contexto de pluralismos, o relativismo axiológico é inerente. Por isso, com base no entendimento de Rawls, hoje, entende-se que, numa sociedade pluralista, toda norma deve buscar sua validade no consenso (o que implica numa legislação mínima, já que, diante do pluralismo moral, não se pode obter consensos facilmente). Esta é uma consequência prática da opção plural e democrática de nosso texto constitucional, e, para atender a esta

<sup>237</sup> Coisa que também decorre do fato de o Estado se tratar de uma entidade; abstrato que é, sem deliberação dos seus subordinados, acabaria por se tornar uma transcrição do pensamento e das escolhas dos sujeitos que o personificam.

proposição, deve haver ampla deliberação sobre as questões a serem normatizadas. No entanto, importa que esse debate siga certos pressupostos mínimos.

Em primeiro lugar, os debatedores devem ser bem-intencionados, ou seja, devem ir para o debate dispostos a abrir mão da sua posição inicial se se virem diante de um argumento racional mais razoável que o seu. Além disso, é preciso partir da máxima de que todo ser humano é igual e é livre. Caso contrário, facilmente se poderia desqualificar os argumentos daqueles tidos por inferiores, e todos os argumentos devem ser igualmente considerados.

*Rawls propôs um método razoável sobre o qual a validação e a invalidação das leis morais pudessem ser baseadas. Tal qual nas ciências, em ética seria necessário um método razoável em que a objetividade e a verdade fossem realçadas. Por este motivo, foi necessário definir a classe dos juízes morais: pessoas reconhecidas como razoáveis, que deveriam possuir certas características tais como inteligência, conhecimento e virtudes. [grifo nosso] (GONDIM; RODRIGUES, 2008, pp. 132-133)*

Partindo-se dessas premissas, as pessoas começam um processo de deliberação que visa a obtenção de um consenso que gere uma norma amplamente aceita pela sociedade, e o desacordo moral razoável acontece quando, respeitados todos os pressupostos do discurso, ainda assim não se chega a um consenso. Em tese, se não há consenso, há um desacordo moral; ele é razoável quando o consenso foi buscado por todos os meios, mas ainda assim não foi obtido.

Em suma: sempre que debatedores igualmente bem instruídos, igualmente inteligentes e, ainda, bem intencionados, discutirem à exaustão sobre uma questão e não chegarem a um consenso, significa que os argumentos que os levam às suas convicções não é racional, mas moral. Entre argumentos racionais, um venceria, e, estando bem intencionados os debatedores – o que é um pressuposto do debate – os “perdedores” sucumbiriam ao discurso do vencedor. Se isto não ocorreu, trata-se, portanto, de um desacordo moral razoável. Sendo a questão de cunho moral, os argumentos racionais não podem convencer os debatedores de algo diferente daquilo que pensavam quanto à questão debatida, porque a razão de pensarem o que pensavam não era racional<sup>238</sup>.

Sobre isso, Denis Coutinho SILVEIRA (2007, p. 21) ressalta que:

*O essencial em uma concepção de justiça que busca o consenso sobreposto de doutrinas abrangentes é elaborar a estrutura básica da sociedade de*

<sup>238</sup> Estudos neurológicos mostram que a área do cérebro relativa à crença é diferente da área responsável pelo convencimento.

maneira que se evitem os conflitos insolúveis, além de operar com princípios claros e simples que sejam publicamente entendidos. A questão levantada por Rawls<sup>239</sup> é como uma concepção de justiça política pode expressar valores políticos que superam outros valores que possam conflitar com eles. A resposta se encontra no argumento liberal da concepção política que protege os direitos fundamentais e lhes atribui uma prioridade especial e garante, também, aos cidadãos, meios materiais para o uso efetivo desses direitos fundamentais. Fica ressaltada a importância das virtudes de cooperação política como a tolerância, a disposição de fazer concessões mútuas, a razoabilidade e o senso de justiça, que se constituem como um grande bem público e parte do capital político da sociedade. [grifos nossos]

E GUARAGNI (2013, pp. 351-352) acrescenta:

A fundamentação de uma ética envolve uma teia de justificações que a tornam exigível perante todos. A fundamentação é justificação da universalidade de uma moral que responde à seguinte questão: “como e por que ela deve valer igualmente perante todos os membros de uma comunidade?”<sup>240</sup>. Segundo Arruda e Gonçalves, dois caminhos podem ser tomados na tentativa de alcançar a resposta pretendida: “A primeira delas tenta encontrar uma fundamentação absoluta para a moral, como a razão ou Deus. A segunda estratégia, que pretendemos seja a nossa, tenta investigar empiricamente quais estruturas psicossociais tornam possível o convívio regulado pela moral<sup>241</sup>. Esse abandono da fundamentação absoluta é chamada por E. Tugendhat de fundamentação fraca ou plausibilização da ética<sup>242</sup>, que seria um campo mínimo que possibilite a experiência comunitária: “O mínimo ético tenta traduzir as estruturas de possibilitação da moralidade, sem com isso postular a adesão de alguma constelação de valores própria de qualquer axiologia<sup>243</sup>. Nos autores mais modernos, é possível observar essa tentativa de resgate do que aqui chamamos de mínimo ético, o que fizeram a partir de releituras de teóricas clássicas sobre justificação moral. Tugendhat aponta, com sua teoria, a alguns conceitos kantianos, não equivalendo, porém, a fundamentação filosófica. Para ele, a moral é apenas precariamente possível, mas não necessária. E, nesse sentido: “O mínimo ético diz respeito às possibilidades de um indivíduo partilhar da mutualidade das expectativas sociais, erigindo-se em sujeito capaz de agir num contexto cooperativo. Todavia, para que isso ocorra, é necessário que se garantam a esse indivíduo certas condições de ingresso no pacto social no qual se desenrola o convívio moral e juridicamente regulado<sup>244</sup>. Olhar o Direito sob tal perspectiva, no intento de corresponder às angústias da sociedade pós-moderna, é vislumbrado como uma possibilidade de reconstrução ou remodelamento do sistema jurídico praticado ainda sob os pilares positivistas. A relação destas considerações com o assunto aqui tratado é simples: primeiro, admitir que as regras jurídicas dependem de um conteúdo de legitimação, resulta em análise da fundamentação filosófica da matéria por ela tratada. Segundo, determinar o conteúdo ético que pode ser atribuído a uma norma deve respeitar um limite, sob pena de deixarmos abertura para que qualquer conteúdo pudesse legitimá-la. Terceiro, o limite é regulado pelo que for necessário para garantir as capacidades conviviais, adotando-se como parâmetro os princípios constitucionais. [grifos nossos]

<sup>239</sup> Citação original: RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996a, vol. IV, §5.3, pp. 156-157.

<sup>240</sup> Citação original: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002, p. 101.

<sup>241</sup> Citação original: ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002, pp. 101-102.

<sup>242</sup> Citação original: TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

<sup>243</sup> Citação original: ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002, p. 102.

<sup>244</sup> Citação original: ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002, p. 103.

Quanto à postura que deve ser adotada, nesse contexto, pelo Estado e pelo Direito que pretende imperar sobre todos, Luís Roberto Barroso esclarece:

*Quando você tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada. [grifos nossos] (BARROSO, 2010)*

Isto ocorre porque não se convence alguém a uma moral diferente da que tem. E é desse problema que a teoria de Kelsen queria se ver livre: o de que o Direito acabasse tendo que escolher “um dos lados”, dentre todos os presentes na sociedade, porque isso geraria um caos que culminaria no comprometimento de seu império.

*Diferentemente das sociedades pré-modernas, a realidade pluralista das sociedades capitalistas contemporâneas não comporta uma análise por modelos teóricos pensados a partir da homogeneidade entre indivíduos que se reconhecem a partir de uma identidade coletiva. A diferença e o desacordo são seus traços fundamentais, de modo que qualquer tipo de solução para o problema de legitimidade deve levar em conta a necessidade de busca de um consenso em meio à heterogeneidade e ao conflito. A grande questão que se coloca àqueles que buscam conferir legitimidade aos ordenamentos jurídicos e ao poder do Estado, portanto, é como fazê-lo sem recorrer a critérios metafísicos de fundamentação – como a religião e a tradição – e nem a uma suposta ética universal iluminista, fundada nos ideais “racionais” de bem comum e totalmente desconectada da realidade. Dito de outro modo, trata-se de construir um conceito de legitimidade que mantenha relação com a realidade e supere concepções por demais abstratas – seja por sua excessiva idealização, seja por seu caráter formalista –, mas que, ao mesmo tempo, conserve, em si, um componente normativo, que torne possível a possibilidade de crítica e alteração dessa mesma realidade. [grifos nossos] (LENNERTZ, 2008, p. 51)*

Esta é a razão pela qual Kelsen considerava que, quanto às questões morais, o Direito deveria se abster, e isso não seria apenas o mais correto a se fazer, mas algo inafastável, se ele pretendia imperar por uma sociedade inteira, com todas as diversidades que ela pode abarcar. Não há, numa sociedade plural, uma única moral, mas muitas. E nenhuma moral é absoluta, é próprio da moral ser relativa<sup>245</sup>. Por

<sup>245</sup> É no mesmo sentido a lição de ENGELHARDT, em sua obra “Fundamentos da Bioética”, citada por MORAIS (2007, pp. 57-58; 60). Nela, “o autor reconhece a falácia da aspiração a uma moralidade única, comum a todos os indivíduos; seja uma moralidade baseada na fé e na crença de uma autoridade moral religiosa suprema, seja uma moralidade baseada na crença na razão, como processo humano argumentativo que revelaria o caráter da vida boa e dos cânones gerais da proibida moral fora de qualquer narrativa moral particular. (...) Explica o autor também que o fracasso dessa tentativa é difícil de aceitar porque frustra a ideia pós-iluminista que legou aos indivíduos uma grande expectativa em torno da Razão como forma de conhecimento; mas a verdade é que a tentativa de sustentar uma moral única e racional fragmentou-se em um politeísmo de perspectivas morais concorrentes, produzindo sociedades em que estranhos morais convivem entre si e devem

isso, o Direito, se quer imperar sobre a sociedade como um todo, não pode adotar uma moral, ou só irá imperar sobre aqueles que a adotam. Deve, assim, se abster de todas elas para que possa imperar sobre todos. “*Uma teoria relativista, como o é a teoria pura do direito, afirma que há muitas ordens morais – padrões de justiça – suscetíveis de adesão (...), [e] o relativismo implica – defende – autonomia moral*” (PORCIUNCULA, 2009, p. 83<sup>246</sup>).

A democracia depende da crença no relativismo dos valores e na validade de todas as visões. Acreditar em valores absolutos é antidemocrático<sup>247</sup>.

*A moral é, antes de tudo, algo individual e relativo, baseando-se na autonomia da consciência individual. Os ditames morais, sejam originados das diversas religiões, sejam originados da natureza humana, da razão ou da sociedade não podem ser impostos, não podem ser coercitivos como o são as normas jurídicas. Ao contrário, os ditames morais são objeto de livre adesão. [grifo nosso] (KARAM, 2009, p. 4)*

“Moralizar” o Direito – nas palavras de PONCIUNCULA (2009, p. 79), “*tornar absoluto o que é relativo*”<sup>248</sup> –, criaria problemas sob dois aspectos: O primeiro é que se estaria impondo a moral adotada àqueles que não compartilham dela, e isso não poderia prosperar, já que aqueles que não a traziam consigo, desde o princípio, jamais aceitariam seus mandamentos; uma pessoa pode até ser obrigada a agir segundo uma moral alheia, mais jamais a adotará como sua, e, por isso mesmo, jamais legitimará o Direito que lhe criou esta obrigação que ela não reconhece<sup>249</sup>. E o segundo aspecto é que não seria possível encontrar um critério razoável para esco-

---

*conseguir resolver pacificamente as controvérsias morais que afloram dessa própria convivência. É nesse contexto plural, de fracasso em descobrir uma moralidade única que está inserida a bioética hoje (ENGELHARDT, H. Tristram Jr. Fundamentos da bioética. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 34)”*.

<sup>246</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 206 e 382; KELSEN, Hans. *¿Una nueva ciencia de la política?* Réplica a Eric Voegelin. Trad. Isolda Rodríguez Villegas. Buenos Aires: Katz, 2000, pp. 48 e 49; e KELSEN, Hans. O problema da justiça. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 114 e 115.

<sup>247</sup> Esta ideia kelseniana tem que ser interpretada à luz de sua vida. Ele era judeu na Alemanha nazista. Claramente, para ele, era importante que as minorias fossem ouvidas, protegidas e respeitadas em suas diferenças.

<sup>248</sup> O autor cita Kelsen para dizer que “*tolerância, direitos das minorias, liberdade de expressão e liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos*” (KELSEN, Hans. *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2004, p. 206, apud PONCIUNCULA, 2009, p. 94).

<sup>249</sup> “*Não há respeito e consideração pelas pessoas quando se busca impedir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar*” (Cf. Cass Sunstein. *The Republic of Reasons*. In: *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 17-39, apud SARMENTO, 2006, p. 116).

lher qual seria a moral, dentre todas, mais adequada para se eleger, critério algum seria bom o bastante para promover esta eleição, pois eleger-se a moral de um em detrimento da de outros seria considerar o primeiro mais digno e consideração e respeito, ferindo o princípio da igualdade.

Pode-se dizer, então, que o Direito, para Kelsen, não poderia querer incorporar nenhuma moral por um motivo simples: As morais são relativas<sup>250</sup>, e o Direito deve se pretender uno e absoluto<sup>251</sup>, imperando sobre todos de forma indistinta. Eis a razão pela qual o autor defende a democracia e o relativismo no momento da criação da lei<sup>252</sup>:

---

<sup>250</sup> “Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular (...) e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais” (KELSEN, 2006, pp. 72-73).

<sup>251</sup> “A tese de que o Direito é, segundo sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitado pela Teoria Pura do Direito, (...) porque pressupõe uma moral absoluta” (KELSEN, 2006, p. 78).

<sup>252</sup> “A neutralidade axiológica defendida pelo modelo kelseniano (...) refere-se apenas e tão-somente ao jurista, e jamais ao operador, jamais àquele a quem cumpre participar da criação de normas, para o qual a pretensão de isenção política seria antes vedada. Se o juiz, espécie de operador que é, necessita posicionar-se perante o direito a aplicar e em função deste posicionamento escolher o sentido que emprestará à norma que vai instituir, a neutralidade axiológica imprescindível ao jurista torna-se, para ele, algo irrealizável. Se a instituição de normas implica o estabelecimento de valores a serem atualizados em sociedade – norma é valor –, não há falar em isenção subjetiva. Trata-se de um ato volitivo-institutivo. O juiz escolhe o sentido axiológico que dará à sentença estribado nas normas jurídicas superiores que lhe atribuem competência e nas que fixam o âmbito material de sua decisão, é certo, mas também em suas convicções político-ideológicas, em suas pautas morais, cumpre sempre lembrar. A estas ele terá que necessariamente recorrer para pronunciar sua decisão, e as normas pelas quais elas se manifestam podem conduzi-lo a decidir de modo contrário ao que a norma geral prescreve. Um exemplo simples: o aborto é prática proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvo quando a gestação resulta de estupro ou quando oferece risco de vida para a mãe do nascituro. A gestante que o praticar e que for levada a juízo poderá ser condenada à pena máxima – detenção de 3 anos - por um juiz católico seguidor de determinada corrente dentro de sua Igreja, ou à pena mínima – detenção de 1 ano - se julgada por por um magistrado mais flexível, ainda que também católico. Um terceiro juiz, porém, influenciado por suas convicções liberais e sensibilizado pela opção da gestante, já mãe de 5 filhos e sem grandes perspectivas econômicas de criar e educar com qualidade o inesperado sexto, pode simplesmente decidir-se pela absolvição. No cenário acima, o último magistrado instituiu uma norma individual que não estava dentro da moldura prevista pela norma superior. Esta previa expressamente que, com exceção daquelas duas hipóteses, a pena seria de detenção e com duração variável entre 1 e 3 anos. Levado por suas posições político-ideológicas, contudo, ele escolheu absolver a gestante

que realizou o aborto. E suponhamos que nos argumentos que apresentou para justificar sua decisão, o juiz tenha dado destaque ao desejo da gestante de interromper a gravidez diante da má condição econômica em que se encontrava, pois se via impedida de proporcionar ao seu filho aquilo que ela entendia serem as condições materiais imprescindíveis a uma vida digna. Alegando que o direito em vigor não prevê a hipótese em que a gestante escolhe impedir o nascimento de seu filho por estar certa de que não poderá criá-lo adequadamente, o juiz a mantém em liberdade. Seu principal argumento: o legislador não previu em 1940 - ano em que foi positivado o atual Código Penal brasileiro - que em 2009 viveríamos um outro tempo, tempo em que a vontade individual da mulher passaria a desfrutar de grande prestígio, inclusive e principalmente no que se refere ao controle sobre o próprio corpo e à administração de sua vida econômica. O juiz conclui dizendo que o legislador não poderia antever o futuro, e que neste caso haveria uma lacuna no direito em vigor que o impediria de encontrar uma resposta para a questão. É dizer, o silêncio do Código Penal quanto a um elemento que o juiz considerava essencial para a resolução do caso - a autonomia da vontade feminina - fez com que este diploma legal parecesse-lhe obsoleto, incapaz de fornecer-lhe qualquer resposta. Neste código, suponha o magistrado, nenhuma sentença plausível poderia ser fundamentada para o exemplo em tela. Esta circunstância - aliada ao dever jurídico de decidir quanto a uma controvérsia que lhe é submetida - terminaria por reclamar-lhe o preenchimento da suposta lacuna por meio de uma nova disposição normativa, uma disposição que agora contemple aquela questão fundamental presente na vida contemporânea. Hans Kelsen diria ser absolutamente falsa a compreensão acima delineada de que no Código Penal não há resposta para o exemplo aduzido. Tanto o é que os dois primeiros juízes pronunciaram suas respectivas sentenças sem qualquer inconveniente técnico. Tampouco é verdadeira - agora dizemos nós - a tese de que por ter sido instituído em 1940 este mesmo código teria ficado necessariamente indiferente às transformações culturais que de fato passaram a prestigiar a autonomia da mulher como jamais havia sido visto. Ora, o Código Penal em tela não integra a parcela juridicamente inalcançável do direito brasileiro em vigor. A norma que proíbe o aborto não figura entre as cláusulas pétreas de nossa Constituição, ela permanece acessível a qualquer tempo ao legislador atual que a mantém em vigor porque assim o deseja ou porque não vislumbra condições políticas adequadas para sua alteração. Deste modo, não é demasiado afirmar que em certa medida o Código Penal apresenta os termos que os dias atuais desejam, ou admitem, ver nele estabelecidos. E o legislador contemporâneo certamente está a par das mudanças culturais que ao longo dos anos repercutiram na condição feminina. Mas o que importa aqui ressaltar? O que verdadeiramente interessa é que, enquanto as doutrinas anteriores à teoria pura recorriam ao argumento da existência de lacunas como uma tentativa de afastar a possibilidade de uma decisão contrária à norma geral - afinal, não haveria norma geral a contrariar -, Kelsen recusa esta hipótese. Para ele, o direito sempre oferece uma possibilidade para a resolução de qualquer controvérsia levada aos tribunais. Com isto ele não quer dizer que o legislador possa tudo prever (cf. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit. op. cit. p. 146* e *Pure Theory of Law. op. cit. p. 243*) e sim que necessariamente alguma alternativa há de ser encontrada no direito em vigor como resposta para qualquer caso apresentado. É simples, não estando proibida determinada conduta, ela está permitida (sobre este ponto, consultar *Introduction to the problems of legal theory. op. cit. p. 85*; *General theory of law and State. op. cit. p. 271*; *Derecho y paz en las relaciones internacionales. op. cit. p. 197*; *La paz por medio del derecho. op. cit. pp. 57 e 109*; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit. op. cit. pp. 142 e 143*; *Pure Theory of Law. op. cit. p. 246* e *Théorie générale des normes. op. cit. p. 171*). Com efeito, e ao contrário da doutrina tradicional, a teoria pura rejeita a noção de lacuna, mas o faz não com o propósito de negar ao juiz o poder de decidir em oposição ao que prevê a norma geral a aplicar, e sim para situar conceitualmente esta decisão de modo apropriado. No exemplo dado, destacamos que há apenas duas hipóteses que autorizam o juiz a pronunciar-se pela absolvição: quando a gravidez: i. tiver sido provocada por estupro e quando; ii. ela oferecer risco de vida à gestante. E só. Eis a resposta do direito vigente. Esta circunstância normativa pode provocar repulsa em alguns magistrados liberais que ambicionam a vigência de um direito positivo mais atento às conquistas femininas? Sem dúvida que sim. E eles podem proceder como procedeu aquele que manteve a gestante em liberdade? Evidentemente. Mas, segundo Kelsen, este comportamento não pode ter como justificativa a inexistência de norma geral a disciplinar o caso. A possibilidade de que o juiz decida em sentido oposto ao da norma a aplicar precisa ser entendida como resultante da insatisfação que a decisão em conformidade com esta mesma norma a aplicar pode promover. Em outras palavras, há uma rejeição política ante os efeitos da sentença obediente à norma geral. Quanto ao exemplo em tela, a teoria pura considera que de acordo com a perspectiva ideológica que inspira o juiz liberal o direito positivo não realiza a justiça se aplicado, e que então este mesmo

---

juiz liberal prefere deixá-lo de lado – no que se refere ao aspecto material – e inovar juridicamente no momento de sua decisão. Se se quiser falar em lacunas, destarte, elas não podem significar senão a insatisfação axiológica percebida por quem a alega quando confrontado com a aplicação do direito em vigor. É dizer, a solução amparada no direito positivo – embora logicamente possível – é politicamente indesejada (para considerações sobre as 'lacunas' no direito, ver sobretudo *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 84-89; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 196 e 197; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 146-149; *Théorie pure du droit*. *Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 142-147; *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 245-250, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 171-173. Conferir também AMSELEK, Paul. *A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit*. In: *La pensée politique de Hans Kelsen*. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. nº 17, 1990). Sua resposta é a Cláusula Alternativa Tácita (acerca da Cláusula Alternativa Tácita, consultar *A jurisdição constitucional*. op. cit. p. 180; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 72, 73 e 74; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 155-162; *Théorie pure du droit*. *Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 129-134; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 103 e *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 267-276) uma tese aplicável à compreensão de todas as hipóteses em que a autoridade competente para positivizar normas jurídicas – inclusive o juiz – decide de modo contrário ao que vem expressamente previsto na norma superior. Qualquer que seja o motivo para tal insubordinação – como, v. g., a oposição política – , a Cláusula Alternativa Tácita é a resposta que a teoria pura oferece para sua compreensão. Em apertada síntese, dela podemos dizer o seguinte: desde que a generalidade dos ordenamentos jurídicos fixa limites à discussão em juízo, ou melhor, desde que nas ordens jurídicas há um ponto em que as partes litigantes devem resignar-se diante da decisão judicial por simplesmente inexistir possibilidade processual de sua revisão – coisa julgada, ou res judicata –, nada impede que sentenças sejam estabelecidas em sentido diverso do que estava prescrito na norma geral que lhes cumpria aplicar. E este ponto não está limitado à última instância, é dizer, ao tribunal a quem necessariamente cabe a última palavra a respeito de determinado tema. A res judicata pode decorrer de uma decisão judicial que conclui uma sucessão de pedidos de revisão ou mesmo de uma sentença que não foi contestada dentro do prazo estabelecido. Assim, ela pode resultar da atividade de um órgão colegiado que revê decisões anteriores e após o pronunciamento do qual o interessado não pode se dirigir a ninguém mais, ou também da atividade do juiz singular, aquele que, tendo sido o único a examinar a controvérsia que lhe foi submetida, não teve sua decisão impugnada judicialmente no prazo previsto. Se nos mantivermos no exemplo relativo ao aborto, a sentença que preservou a liberdade da gestante pode alcançar o status de res judicata se por algum motivo não for questionada judicialmente em certo lapso temporal ou se, o tendo sido, a última autoridade revisora prevista pelo direito decidir que ela deve permanecer válida. Em ambas as hipóteses teremos no ordenamento jurídico a presença agora inevitável de uma norma em franca oposição aos termos expressos na norma geral, pelos quais – lembre-se – apenas se a gravidez tiver sido provocada por estupro ou se houver risco de vida para a gestante é o aborto admitido, devendo a autoridade judicial sancionar com detenção de 1 a 3 anos a gestante que o realizar servindo-se de qualquer outro pretexto. Qual o motivo para que esta situação seja sempre uma possibilidade em quase todos – senão em todos – os ordenamentos em vigor? A resposta está na busca pela segurança jurídica. A convicção de que é preferível sujeitar-se ao inconveniente de se ter uma decisão contrária à norma superior a permitir que as controvérsias possam ser estendidas sem nenhuma limitação temporal. Argumenta-se que os litígios não podem se dar indefinidamente, e que a partir de determinado momento precisa-se ter certeza quanto à posição final das autoridades judiciais. Ora, diz-nos Kelsen: i. se as normas inferiores apenas são válidas – existentes – por estarem em conformidade com as normas superiores; e ii. se decisões como as que mantêm a gestante em liberdade podem vir a ter validade inquestionável – quando são res judicata –; iii. a norma superior precisa, a rigor, oferecer mais do que aquela disposição expressa que no exemplo trabalhado tolera apenas duas hipóteses para a prática do aborto. Kelsen defende que, além da cláusula expressa - que salvo nos casos mencionados determina à autoridade o dever de sancionar com pena de detenção a gestante que praticar aborto em si mesma –, a norma superior contém uma outra cláusula – desta vez não expressa, escrita, mas tácita – pela qual confere à autoridade a alternativa de instituir uma decisão com qualquer outro conteúdo. Sendo assim, quando o juiz prolatou sua sentença no sentido de manter a gestante em liberdade teria se servido desta cláusula alternativa tácita, pois somente por força dela pode sua decisão estar em conformidade com a norma superior – e então ser válida - nada obstante contrarie frontalmente a disposição expressa relativa ao aborto” (PORCIUNCULA, 2009, pp. 130-135).

*Conjunturas empíricas variáveis reclamam, para sua satisfação, novos arranjos, novas compreensões valorativas, o que implica um sempre renovado impulso à dinâmica política, uma dinâmica característica do panorama democrático e refratária ao imobilismo sugerido pelo pretense alcance dos termos absolutos da justiça<sup>253</sup>. Temos então o relevantíssimo aspecto democrático – estamos já tratando, portanto, da relação (...) verificada entre o indivíduo e a instituição do regime político – que segundo Kelsen tende a surgir uma vez admitida a perspectiva relativista<sup>254</sup>. Se a busca pelos valores a serem implementados em sociedade se dá pela positivação de normas – sobretudo, e no que aqui nos interessa, as jurídicas –, e se o conteúdo destas normas são sempre discutíveis – visto não haver resposta final sobre o valor a acolher –, há que se chegar a uma solução consensual. Se por não estarem excluídas a priori as mais diversas sugestões axiológicas têm oportunidade de manifestar-se e de pretender conquistar adeptos, a conclusão atinente a qual valor emprestar às normas que regulam a sociedade somente poderá advir de um ajuste político. (...) “Democracia é discussão”, assinala Kelsen<sup>255</sup>, para em seguida acrescentar ser o debate uma sugestão plausível somente se for acolhida a premissa de que não se pode responder em definitivo sobre o bem e o mal, de que não se pode decidir de modo absoluto sobre o justo e o injusto<sup>256</sup>. O regime democrático sustenta-se na tolerância, e os conflitos de interesses que em seu contexto emergem como algo legítimo são administrados por mecanismos instituídos para o alcance de um compromisso político. A coexistência de perspectivas divergentes – e existir aqui significa poder pronunciar-se e suscitar adesão – é seu requisito primeiro, é seu traço fundamental<sup>257</sup>. (...) É clara [a] preocupação*

<sup>253</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 188; 189.

<sup>254</sup> O autor cita algumas obras de Kelsen sobre a proximidade que entre a postura relativista axiológico e o regime democrático: *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, 2. ed. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Édition Dalioz, 2004, pp. 108-115; *Teoría general del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares, 2002, pp. 600-604; *O problema do parlamentarismo*, Trad. Vera Barkow. In: A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 134; *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933 e *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2004, ambos na íntegra, e *Fundamentos da Democracia*. In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 161-167, 180, 181, 182 e 195-203 (PORCIUNCULA, 2009, p. 98, nota 61).

<sup>255</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183; KELSEN, Hans. *Forma de Estado y filosofía*, In: Essencia y valor de la democracia. Trad. Rafael Tapia e Luis Legaz Lacambra. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 113-134; KELSEN, Hans. *General theory of law and State*, 6. ed. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 287 e 288; e KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. Trad. Henri Thévenaz. Neuchâtel: Baconnière, 1953, p. cit. p. 103.

<sup>256</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2004, pp. 206 e 207; e KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 203.

<sup>257</sup> O autor cita algumas obras de Kelsen sobre a tolerância como elemento próprio à circunstância democrática: *O problema do parlamentarismo*, Trad. Vera Barkow. In: A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 129 e 135; *Forma de Estado y filosofía*, In: Essencia y valor de la democracia. Trad. Rafael Tapia e Luis Legaz Lacambra. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 123; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2004, p. 206; e *Fundamentos da democracia*, In: KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 182-185 e 202. E, no que se refere ao compromisso: *O problema do parlamentarismo*, Trad. Vera Barkow. In: A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 129 e 134; *Teoría general del Estado*, Trad. Luis Legaz La-

ção [de Kelsen] com a busca por um contexto ideológico que não obstrua, antes privilegie, a manifestação das divergências políticas. É quando recorre mais uma vez à estrutura psíquica dos indivíduos em busca do perfil correspondente à alternativa democrática: “O sentido mais profundo do princípio democrático radica em que o sujeito não reclama liberdade somente para si, e sim também para os demais; o ‘eu’ quer que também o ‘tu’ seja livre, porque nele vê seu igual”<sup>258</sup>. (...) Quando Kelsen<sup>259</sup> fala em democracia fala em um aparato formal destinado a permitir que os indivíduos tenham relevo político-jurídico. Trata-se de um procedimento, um método através do qual o conteúdo do direito é fornecido não por entidades sobre-humanas, transcendentes, mas pelos mesmos indivíduos que a ele estarão submetidos<sup>260</sup>. É um regime aberto à participação daqueles que o jusnaturalismo racionalista – utilizado por nós como exemplo – exclui em favor de prescrições divinas que supõe presentes na razão prática. (...) [Portanto], o regime democrático prestigia a noção de (...) liberdade política diretamente vinculada à ideia de autonomia, de autodeterminação<sup>261</sup>. [grifos nossos] (PORCIUNCU-LA, 2009, pp. 98-101)

Discutindo a problemática do papel do Direito numa sociedade de desacordos morais, LENNERTZ (2008, pp. 52-53) pontua que o modelo teórico de Jürgen Ha-

---

cambra. Granada: Comares, 2002, pp. 432, 527, e 592; *A jurisdição constitucional*. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182; *Forma de Estado y filosofía*, In: *Essencia y valor de la democracia*. Trad. Rafael Tapia e Luis Legaz Lacambra. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 113; e *General theory of law and State*, 6. ed. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 288.

<sup>258</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Forma de Estado y filosofía*, In: *Essencia y valor de la democracia*. Trad. Rafael Tapia e Luis Legaz Lacambra. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 109.

<sup>259</sup> Citação original: KELSEN, Hans. *Forma de Estado y filosofía*, In: *Essencia y valor de la democracia*. Trad. Rafael Tapia e Luis Legaz Lacambra. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 109.

<sup>260</sup> O autor cita as seguintes obras de Kelsen com referências à democracia como método ou processo: *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, 2. ed. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Édition Dalioz, 2004, pp. 99, 105 e 108; *Teoría general del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares, 2002, pp. 600 e 601; *General theory of law and State*, 6. ed. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 284; *Fundamentos da democracia*, In: KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 142 e 145; e *Pure theory of law*, Trad. Max Knight. Berkeley: University of Califórnia Press, 2004, p. 279.

<sup>261</sup> John Rawls constrói sua teoria da justiça com base no mesmo pressuposto: “Uma sociedade pode ser considerada democrática somente quando, seguindo e operando os seus princípios de justiça, pode ser definida como ‘bem-ordenada’, ou seja, quando, no interior de uma cultura política efetivamente pública, subsiste uma compreensão de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas reconhecidamente livres e iguais. (...) Sendo assim, a concepção de ‘justiça como equidade’ pressupõe uma concepção política de pessoa como cidadão livre, igual. (...) A concepção de liberdade rawlsiana concebe o cidadão como razoável e racional, associada à ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e, portanto, político. Isto ocorre porque os cidadãos, autônomos, iguais e, conseqüentemente, livres, consideram-se no direito de fazer reivindicações às instituições, potencializando o alcance e o exercício das duas faculdades morais (‘concepção de bem’ e ‘senso de justiça’). (...) Por conseqüência, Rawls (1998, p. 210) afirma que o objetivo da justiça como equidade ‘não é nem metafísico nem epistemológico, mas prático (...) é um acordo político informado e totalmente voluntário entre cidadãos que são considerados como pessoas livres e iguais...’. (...) [E] o cidadão, concebido enquanto agente ativo na organização da sociedade, possui a efetiva possibilidade e os meios de cobrar do Estado quando este se desvia dos ‘princípios de justiça’ consensualmente estabelecidos. Neste sentido, o Estado não pode favorecer a nenhuma doutrina particular, mas deve zelar e fazer prevalecer a razão pública, que é a dos cidadãos nos foros públicos em torno dos princípios essenciais relativos às questões de justiça. Sendo assim, a sociedade deve ser considerada como um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, onde a Constituição deve assegurar a equidade entre os cidadãos” (GONDIM; RODRIGUES, 2008, pp. 134-136; 140-141).

bermas tem sido apontado como uma solução promissora, razão pela qual sua utilização no ambiente jurídico brasileiro vem ganhando cada vez mais adeptos.

Ele explica que Habermas tem como foco o problema teórico das condições de integração e reprodução, sobre bases racionais, das sociedades modernas contemporâneas, caracterizadas por um alto grau de complexidade e diferenciação funcional, e pela ruptura com a possibilidade de justificação referida a uma moral convencional<sup>262</sup> ou a critérios metafísicos<sup>263</sup>.

Propõe, então, como solução, sua “teoria da ação comunicativa”, que introduz um novo tipo de racionalidade, qual seja, a racionalidade comunicativa<sup>264</sup>, que existiria nas relações interpessoais na sociedade e seria reproduzida nas instituições jurídico-políticas do Estado de Direito moderno<sup>265</sup>.

Explica, ainda, que, segundo o autor (em sua obra “*Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*”), são necessárias condições bem específicas para que o procedimento deliberativo tenha maiores chances de produzir um consenso verdadeiro, quais sejam: (a) publicidade e inclusividade: significa que ninguém que possa fazer uma contribuição relevante com relação à pretensão de validade do objeto da controvérsia pode ser excluído; (b) iguais direitos de se engajar em comunicação: resultam em que todos devem ter a mesma oportunidade de falar sobre o assunto discutido; (c) exclusão de enganações e ilusões: ou seja, os participantes devem ser honestos no que dizem; e (d) ausência de coerção: isto é, a comunicação deve ser livre de restrições que impeçam o melhor argumento a ser levantado e que determinem o resultado da discussão. Essas condições representariam um padrão independente, uma “situação ideal de fala” em relação ao qual a deliberação poderia ser avaliada, garantindo, assim, a possibilidade de formação de um acordo racional (LENNERTZ, 2008, pp. 62-63)<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> Ver mais em: HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989 (LENNERTZ, 2008, p. 52, nota 5).

<sup>263</sup> Ver mais em: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pré-metafísico*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002. (LENNERTZ, 2009, p. 52, nota 6)

<sup>264</sup> “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 20, apud LENNERTZ, 2008, p. 63, nota 46).

<sup>265</sup> “Assim, Habermas faz uma aposta na ação comunicativa como mecanismo privilegiado para a solução do problema de coordenação das ações individuais em sociedade. Mais especificamente, o autor acredita na existência de um potencial de racionalidade contido nas ações comunicativas (ações voltadas para o entendimento mútuo), que pode ser verificado nas interações sociais linguisticamente mediadas” (LENNERTZ, 2008, p. 55).

<sup>266</sup> “Todavia, Habermas reconhece que seu modelo de integração social, fundado na força ilocucionária imanente ao agir comunicativo, é incompleto, pois, embora sua racionalidade garanta a validade

Pode-se dizer que a teoria de Waldron sobre o desacordo moral razoável – que, como dito, deriva do conceito de “consenso sobreposto” de John Rawls – parte da mesma premissa. Ela prega que, através do discurso, determinam-se os consensos e, assim, aquilo que se tornará lei (que, como dito, ele prefere a sentenças proferidas por Cortes Constitucionais, ainda que com base no mesmo princípio de proteção às minorias; sobre isso, temos a dizer que, de fato, é, inclusive, mais seguro ao detentor do direito que este seja reconhecido pelo Legislativo do que pelo Judiciário, mas o nosso Legislativo não parece preparado para tornar-se mínimo, como o nosso tipo de sociedade demanda, e daí o Judiciário tornar-se máximo para reinterpretar a lei que os legisladores não querem mudar<sup>267</sup>).

---

*dos resultados, ele carece de critérios externos capazes de gerar uma força motivacional que garanta a transformação dos consensos racionalmente alcançados em ação. Vale dizer: a demonstração de que, por exemplo, uma determinada norma é apta a produzir uma adesão livre, racionalmente motivada, não garante, por si só, seu cumprimento. (...) A solução proposta por Habermas para esse problema é o moderno Direito positivo, isto é, o sistema de direitos e as instituições do Estado de Direito criados pela modernidade. Desse modo, o Direito se apresenta como um médium necessário e apto a absorver as inseguranças decorrentes de uma orientação puramente moral do comportamento, tendo em vista que as expectativas recíprocas de comportamento, ao se institucionalizarem juridicamente, ganham força obrigatória e contam com potencial da sanção estatal. É na obra ‘Direito e Democracia entre facticidade e validade’ que Habermas desenvolve em detalhes esse ponto de seu pensamento” (LENNERTZ, 2008, pp. 67-68).*

<sup>267</sup> Entre a democracia deliberativa procedimental, de Habermas, e a substantiva, de Rawls, há uma diferença, no entanto. “A primeira entende que a deliberação deve estar aberta quanto aos resultados, se obrigando apenas a respeitá-los as suas ‘condições procedimentais’; a segunda, que a deliberação deve promover a aplicação de princípios justificados previamente através de um procedimento monológico de construção, estando, portanto, parcialmente fechada quanto aos resultados” (SOUZA NETO, 2006, p. 295). Portanto, a teoria de Rawls “concebe a deliberação como um processo de aplicação de princípios de justiça”, enquanto a de Habermas “compreende que a deliberação [tem], como únicas restrições defensáveis, as que dizem respeito a suas próprias condições procedimentais”. Assim, na proposta de democracia deliberativa procedimental de Habermas, “a maioria só está impedida de tomar decisões que impliquem a corrosão das condições procedimentais da própria democracia, as quais foram historicamente sintetizadas pelo Estado democrático de Direito” (SOUZA NETO, 2006, p. 128); já na substantiva, de Rawls, são ilegítimas quaisquer decisões da maioria que não se baseiem em argumentos de razão pública, endossáveis por todos os indivíduos. Pensar no modelo substantivo rawlsiano parece ser mais interessante no que toca aos direitos das minorias, que podem ter sua participação prejudicada nos debates públicos. Isto porque, com base nele, é possível mitigar quaisquer decisões da maioria não baseadas em argumentos institucionalizáveis. “O argumento contramajoritário se legitima, sob o prisma democrático, quando a restrição constitucional da vontade das maiorias ordinárias se der em benefício da própria manutenção ou promoção da democracia. (...) Ao restringir decisões majoritárias em favor, p. ex., da liberdade de expressão, o judiciário não está violando a soberania popular, mas garantindo que a democracia continue em vigor” (SOUZA NETO, 2006, p. 7). Assim mesmo, se a decisão da maioria é num sentido tal que as minorias tenham direitos fundamentais violados, ou se refere a assuntos sobre os quais recaia desacordo moral razoável, deve ser legítimo mitigar esta decisão em nome do princípio de que, numa democracia, todos devem ter seu direito à diferença respeitado. Pode-se dizer que, em suma, Habermas se preocupa em que todos tenham acesso à deliberação pública, de modo que qualquer resultado a que ela chegue seja válido em razão de seu procedimento, enquanto Rawls se preocupa em que a deliberação pública não resulte em injustiça contra os sujeitos que, ainda que consigam se fazer ouvir, não têm força para fazer sua posição prevalecer. “Assim como Rawls, também [Habermas] constata que as sociedades contemporâneas são plurais. Por isso, torna-se inviável justificar as normas jurídicas e as decisões estatais através de

*Não está em questão, portanto, que as escolhas políticas devem ser feitas, como regra geral, pelos órgãos eleitos, isto é, pelo Congresso e pelo Presidente. Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal. Dois autores contemporâneos utilizaram expressões que se tornaram emblemáticas para demarcar o papel das cortes constitucionais. Ronald Dworkin referiu-se a “fórum de princípios”. Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios – morais ou políticos – e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social<sup>268</sup>. Já John Rawls explorou a ideia de “razão pública”. Em uma democracia pluralista, a razão pública consiste na justificção das decisões políticas sobre questões constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, como os direitos fundamentais. Ela expressa os argumentos que pessoas com formação política e moral diversa podem*

---

*uma ética globalmente compartilhada (ou, em termos rawlsianos, através de determinada doutrina abrangente). Mas, diferentemente de Rawls, Habermas considera que, em situações de complexidade e pluralismo, como as que têm lugar nas sociedades contemporâneas, qualquer modo que dependa de uma concepção material de legitimidade (e não apenas aqueles que pressupõem uma ética comunitária) é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos mais diversos grupos plurais. Para Habermas, o contexto contemporâneo de complexidade e pluralismo faz com que ‘a fonte de toda legitimidade’ só possa repousar no ‘processo democrático de legiferação’ (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 2, p. 122), o qual garante condições equânimes de inclusão de deliberação pública. Tais condições procedimentais se enfeixam justamente no Estado de Direito, em especial no sistema de direitos fundamentais. O Estado de Direito pode, por essa razão, ser abrangido pelo que se denomina ‘consenso procedimental’ (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 2, pp. 9 ss.). Respeitado tal consenso, a deliberação concreta pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas, mantendo-se aberta quanto aos resultados (Os limites temporais que constroem as deliberações concretas as impedem de alcançar sempre a adesão de todos. Em tais situações, impõe-se à maioria a prerrogativa de decidir. Mas a maioria não pode decidir sem antes – e esse é um aspecto crucial da democracia deliberativa – justificar discursivamente suas decisões, de modo a serem aceitas, ao menos potencialmente, por todos os atingidos. Cf HABERMAS, Jürgen. *Further reflections on the public sphere*. In: CALHOUN, C. (org.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1992, pp. 449-450). A abrangência do ‘consenso procedimental’ habermasiano não é tão ampla quanto a do ‘consenso sobreposto’ de Rawls, embora ambos os autores persigam a formulação de normas a partir (...) de um ponto de vista imparcial em relação a qualquer ética substantiva” (SOUZA NETO, 2006, pp. 130-131). Portanto, Habermas dá à maioria a prerrogativa de tomar as decisões, contanto que as justifiquem. Já Rawls só permite que as decisões da maioria prevaleçam se corroborarem com a ideia que a sociedade como um fato faz do que seja justiça, o que inclui permitir que as minorias possam viver com suas particularidades. Não é que Habermas não se importe com a justiça na democracia deliberativa, mas, para ele, a justiça está no procedimento que permite a participação de todos na deliberação, enquanto, para Rawls, está no conteúdo que resulta dela. Diz-se que “A democracia deliberativa exige inclusão. Os excluídos não podem dar início à deliberação e não têm expectativas reais de afetar as decisões. Por essa razão, não têm por que cooperar” (SOUZA NETO, 2006, p. 172). No entanto, se as minorias têm voz (porque o procedimento lhes dá ensejo), mas não são ouvidos (porque, no fim, o resultado da deliberação lhes é ultrajantemente desfavorável), também não há razão para cooperação. Esta é a razão pela qual preferimos o ponto de vista rawlsiano.*

<sup>268</sup> “V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. ‘A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo’. Por exemplo: a igualdade racial, a igualdade de gênero, a orientação sexual, os direitos reprodutivos, o direito do acusado ao devido processo legal, dentre outras, são questões de princípio, e não de política” (BARROSO, 2012, p. 22, nota 63).

acatar, o que exclui, portanto, o emprego de doutrinas abrangentes, como as de caráter religioso ou ideológico<sup>269</sup>. Em suma: questões de princípio devem ser decididas, em última instância, por cortes constitucionais, bom base em argumentos de razão pública. [grifo nosso] (BARROSO, 2012a, p. 22)

O raciocínio de que o Direito não pode ser usado para impor um comportamento segundo determinado padrão moral, lamentavelmente, ainda não atingiu a instância legislativa, embora ela seja, em tese, mais democrática, já que é composta por representantes eleitos pela sociedade; ela apenas não atualizou o conceito de democracia, que não se confunde mais com majoritariedade, mas com liberdade. Quando isso acontecer, o Judiciário poderá minimizar sua atuação no sentido de tornar a lei mínima, tanto quanto possível, amoral, e, assim, mais democrática.

*Ferrajoli<sup>270</sup> aponta que a confusão entre direito e moral não só não faz bem ao Direito, conduzindo-o à intromissão totalitária, à prevaricação inquisitorial e ao arbítrio decisório, como tampouco serve à própria moral, pois esta é tanto mais autêntica – e assim o afirmam, em uníssono, Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham e Humboldt – quanto menos for vinculada a medidas coercitivas e quanto mais expressar escolhas autônomas e incondicionadas. O reconhecimento da dignidade e da liberdade inerentes a cada indivíduo garante-lhe a autonomia de escolher sua própria moral e impede que ele seja coagido a uma transformação moral e impede que ele seja coagido a uma transformação moral forçada ou a uma mudança de pensamentos, sentimentos, concepções ou opiniões sobre o que quer que seja. Por outro lado, esse mesmo reconhecimento da dignidade e da liberdade inerentes a cada indivíduo obriga o Estado a assegurar a liberdade de consciência, a autonomia e a relatividade da moral, obrigando-o a tolerar qualquer posicionamento ou qualquer comportamento individual não lesivo a terceiros, ainda que julgado imoral pela maioria das pessoas.* [grifo nosso] (KARAM, 2009, pp. 8-9)

É onde está, mais uma vez, a teoria do desacordo moral razoável, um fenômeno característico das sociedades democráticas pluralistas.

*Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controversas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas*

<sup>269</sup> “John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: ‘(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública’. Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, *Public reason and ‘justification’ in the courtroom*, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:108, 2007” (BARROSO, 2012a, p. 22, nota 64).

<sup>270</sup> Citação original: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma-Bari: Editori Laterza, 6. ed., 2000, p. 466.

*com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. [grifos nossos] (BARROSO, 2012a, p. 25)*

Assim como os casos de colisão entre princípios constitucionais<sup>271</sup>, pode-se dizer que também os casos desacordo moral razoável podem ser considerados “casos difíceis” (*hard cases*), que demandam muito mais do que mera subsunção da norma ao fato para encontrar o efeito jurídico devido a ele<sup>272</sup> – assunto tratado por Dworkin em “*Levando os direitos a sério*” (DWORKIN, 2002, pp. 127 a 204) –.

<sup>271</sup> “Diferentemente das regras, os princípios não são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, apresentando apenas uma dimensão de peso ou de importância (*the dimension of weight or importance*) (R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*, p. 26). Quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, afirma Dworkin, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios portanto, segundo Dworkin, resolve-se na dimensão de peso; já o conflito entre regras resolve-se no plano da validade (R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*, p. 27 ss)” (GUEDES, 2012). Foi com base nessa teoria que Robert Alexy criou o conceito de “mandados de otimização” para caracterizar os princípios. Com base nele, ele afirma que, num conflito de princípios, ambos devem ser realizados na maior medida possível. No entanto, nessa ponderação, um dos princípios há de ser concretizado em níveis mais altos que o outro com o qual entrou em rota de colisão. E esta, provavelmente, é a razão pela qual Dworkin diz, por sua vez, que, num conflito, um dos dois princípios irá prevalecer – ainda que sem, com isso, invalidar a existência ou a relevância do outro, “vencido” no caso concreto –. De todo modo, o efeito prático nos parece o mesmo. E, aplicando-se ao problema do aborto, parece correto supor que, estipulando-se um prazo no qual a mulher pode decidir se quer ou não levar a gravidez adiante, de preferência que coincida com o estágio de desenvolvimento do feto no qual ele ainda não adquiriu consciência, qual seja, o 3º mês ou 12ª semana, estar-se-á realizando o direito à vida do feto em grau máximo possível para não limitar de forma arbitrária a liberdade da mulher em reger a própria vida. Eis a perspectiva alexyana. Na perspectiva dworkiniana, poder-se-ia dizer que, até o marco no qual o feto adquire consciência, prevalece o direito de livre escolha da mãe e, após este marco, o direito à vida do feto.

<sup>272</sup> “Frequentemente, Dworkin emprega o termo princípio de forma genérica, para referir todos os tipos de standards que, conquanto normas, não são regras. Dworkin também estabelece clara distinção entre princípios e diretrizes. (...) Dizendo de maneira mais simples é o próprio autor quem resume: ‘Princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes (políticas) são proposições que descrevem objetivos’ (R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*, p.90). Por isso que, segundo Dworkin, em geral, os argumentos de princípios se dispõem à defesa de direitos do indivíduo, enquanto argumentos políticos se propõem à defesa de interesses da coletividade (R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*, p. 90)” (GUEDES, 2012). Na mesma linha, Dworkin considera que, em casos difíceis, o juiz deve argumentar principiologicamente, e não politicamente (DWORKIN, 2010b, p. 451). Ele explica, em outro ponto de sua obra (DWORKIN, 2010b, p. 422), que “os argumentos de política podem ser subdivididos da seguinte maneira. Os argumentos de política utilitarista argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque (...) um maior número de seus cidadãos terá, em geral, mais daquilo que deseja, ainda que alguns deles venham a ter menos”. E sabemos que, diante de direitos individuais, não se pode alegar conveniência para a coletividade, ou seja, não se pode argumentar ou decidir utilitariamente. É preciso levar os direitos a sério. “Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação, não porque um maior número de seus membros terá mais daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria”. E ele explica que “a concepção liberal de igualdade limita (...) os limites dentro dos quais os argumentos de política ideais podem ser usados para justificar qualquer restrição à liberdade. Tais argumentos não podem ser usados se a

No entanto, se, no caso da colisão entre princípios, a ponderação sobre o caso concreto pode levar a uma solução razoável para a causa, o mesmo não se pode dizer sobre os casos de desacordo moral razoável, já que, em se tratando de moral, deixar as soluções para esses casos nas mãos de um juiz traria para a sociedade uma instabilidade indesejável, vez que a moral de um indivíduo determinaria o comportamento de outro indivíduo, coisa que, se o Legislativo deve evitar, o Judiciário também. Daí a necessidade de afastar a lei desses assuntos, deixando a opção de comportamento a cargo da consciência do sujeito; assim, nem a maioria estaria impondo uma moral por meio da lei e nem um indivíduo o estaria fazendo a outro por meio de uma sentença judicial.

Sobre o desacordo, há, ainda, uma outra teoria que ajuda a entender este problema, de autoria de Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (2003, pp. 105-113). Ela diz que as normas podem ter maior ou menor “grau de institucionalização” com relação aos seus seguidores, conforme o respaldo que eles lhes reservam, ou seja, o cometimento que têm em relação a ela.

A título de exemplo, pensemos nas sociedades islâmicas. Nelas, as normas religiosas têm um grau de institucionalização máximo, muito maior que as de qualquer outra natureza. Significa que se as normas jurídicas quiserem ter tanto respaldo quanto elas, elas deverão, por assim dizer, repeti-las; caso contrário, serão, como diria Ferdinand Lassalle, nada mais que uma folha de papel, por não representarem os fatores reais de poder daquela sociedade (LASSALLE, 2010, pp. 17-18). É como dizia Georges Ripert: “*Quando o Direito ignora a sociedade, a sociedade se vingará, ignorando o Direito*”.

No entanto, parece possível dizer que uma sociedade islâmica comporta bem menos diversidades que uma sociedade como a brasileira. Em países como o nosso, a norma jurídica tem um papel muito mais delicado do que naqueles outros, onde basta que repitam aquelas normas que a sociedade já segue naturalmente, e continuará seguindo, independente de se tornarem pauta de normas jurídicas. Aqui, há inúmeras morais além de diversas religiões, e muito diferentes entre si. Por isso, o

---

*ideia em questão for controversa dentro da comunidade. As restrições não podem ser defendidas, por exemplo, a partir da ideia de que contribuem para a existência de uma comunidade culturalmente sofisticada, independentemente de se a comunidade deseja ou não essa sofisticação, pois esse argumento viola o cânone da concepção liberal de igualdade, que proíbe um governo de basear-se na alegação de que certas formas de vida são intrinsecamente mais valiosas que outras” (DWORKIN, 2010b, p. 422). Portanto, para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, levando seus direitos a sério, não se pode argumentar, em casos difíceis, com argumentos de política, somente com argumentos de princípio.*

Direito precisa regular verdadeiramente o mínimo, o que for comum a todos e não apenas aos membros de determinado grupo; só assim ele pode pretender-se com alto grau de institucionalização social, tendo, portanto, a legitimidade de que precisa para imperar.

Em verdade, o Direito sempre pode criar normas próprias ou repetir normas de qualquer natureza, conforme seu prévio grau de institucionalização na sociedade, só não convém que sejam as morais, sobretudo numa sociedade plural, já que sobre essas jamais haverá consenso, e o Direito não quer ser atacado ou questionado, o Direito quer ser obedecido.

*Isso já basta para levar às seguintes conclusões: 1) O Estado não pode impor uma determinada concepção moral, muito menos através do exercício do violento, danoso e doloroso poder punitivo. O dever do Estado é o de reconhecer e garantir a autonomia moral de cada indivíduo. A consequência óbvia é que a reação punitiva não pode incidir sobre ações ou omissões sem que sejam expressão de uma tal autonomia moral; 2) Uma conduta não pode ser criminalizada apenas porque seja tida como imoral ou reprovável pela maioria das pessoas. O dever do Estado, além de garantir a autonomia moral de cada indivíduo, é também o de reconhecer e garantir os pensamentos e expressões coletivas das minorias; 3) O Estado não tem o dever de impor ou reforçar a moral (ou melhor, uma determinada moral, pois, na realidade, não existe apenas uma moral). O Estado pode apenas intervir para evitar condutas que possam acarretar um dano efetivo a terceiros; 4) A criminalização de qualquer ação ou omissão há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, ou à sua exposição a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Esse é o conteúdo do princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida, que, além de se vincular ao postulado da proporcionalidade, extraído do aspecto material da cláusula do devido processo legal, também claramente se vincula ao princípio da legalidade, dada sua manifesta relação com o princípio das liberdades iguais. [grifos nossos] (KARAM, 2009, pp. 9-10)*

É no mesmo sentido o entendimento de Cláudio Pereira de SOUZA NETO (2006, pp. 41-44; 57-59):

*Segundo as distinções tradicionais entre ética e política, moral e direito, as primeiras ensejam um contexto de autonomia, já que só agimos de acordo com as normas morais às quais aderimos, ao passo que os segundos levam a uma situação de heteronomia, por sermos obrigados a agir de acordo com as normas impostas pelo Estado. Com a democracia, no entanto, também há autonomia quando o povo está submetido ao domínio do direito e do Estado. Se o povo é governado pelo Estado, e a vontade estatal não é senão a vontade popular, o povo é governado por sua própria vontade. (...) No âmbito jurídico, esse núcleo da teoria democrática é condenado pelo princípio da soberania popular (ou princípio democrático), reconhecido expressamente em nosso Texto Constitucional através da fórmula: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Como o Texto sugere, o princípio da soberania popular implica compreender a democracia simultaneamente como forma de Estado (“todo poder emana do povo”) e de governo (“que o exerce...”), de modo que tanto a organização do poder, quanto seu exercício efetivo possam ser reconduzidos à vontade popular. (...) No entanto, para que o princípio da soberania*

popular se torne efetivo, a democracia como “forma de Estado” e de “governo” pressupõe ainda a democracia como “forma de sociedade”. Para além do Estado, o princípio democrático se projeta também para a esfera pública não estatal; implica a formação de um espaço público autônomo em que o povo possa livremente dar vazão às expectativas normativas que surgem na dinâmica social. É essa participação livre e igualitária no espaço público que permite ao povo influenciar permanentemente, e não apenas no período eleitoral, o processo de tomada de decisões que tem lugar nos fóruns oficiais. (...) Registre-se, além disso, que a realização prática da liberdade e da igualdade, requeridas pelo princípio democrático, depende da presença de determinados pressupostos sociais. Em especial, se não há igualdade material razoável e igual reconhecimento das diferenças culturais, não há, tampouco, liberdade e igualdade política. (...) Se os cidadãos não têm sua autonomia privada respeitada, não têm por que cooperar. Observe-se, todavia, que o Estado de Direito não é considerado um limite, mas uma condição necessária, um elemento constitutivo da democracia. O que o princípio do Estado de Direito pode fazer é, em alguns casos, limitar as decisões majoritária. Mas essa limitação em benefício do Estado de Direito não é entendida pela democracia deliberativa como contrária à soberania popular, mas também a seu favor. Por outro lado, a democracia exerce também uma função de proteção do Estado de Direito. (...) A democracia deliberativa não restringe o princípio democrático à possibilidade de o povo eleger representantes durante os períodos eleitorais; ela se exerce também pela via do debate sobre as questões de interesse público. (...) A democracia deliberativa se engaja na identificação de um campo comum, que pode ser objeto de consenso. Tal campo consensual é ocupado precisamente pelo Estado democrático de Direito, por conjugar a prerrogativa de o povo decidir sobre o conteúdo de sua ordem jurídica com mecanismos que permitem a cada um realizar o seu projeto pessoal de vida. Não há aqui uma mera relação de compatibilidade, mas de complementaridade necessária, de dependência recíproca: se inexistente, por conta do pluralismo, uma doutrina abrangente capaz de gozar de um amplo consenso, a ponto de “naturalizar” determinado conjunto de valores, a legitimação das decisões públicas só pode se dar através da autolegislação, e o Estado de Direito é o pressuposto fundamental para que tal prerrogativa continue a ser exercida em um contexto de pluralismo. [grifos nossos]

Se, hoje, liberdade não é deixar de se submeter a leis, mas participar de sua criação, há que se pensar que, num contexto de pluralismo, o Direito deve ser mínimo, já que ele busca sua validade no consenso, sobretudo considerando a dificuldade das minorias em se expressar tanto na sociedade de modo geral quanto no Congresso, que é seu microcosmo representativo. Portanto, quanto mais diversidades houver, mais minimalista o Direito deve ser, tanto para o bem da democracia quanto para o da própria lei, se quer imperar sobre uma sociedade plural, ou seja, sobre a qual recaem profundos desacordos morais<sup>273</sup>.

<sup>273</sup> Quando se deu conta da repercussão do “fato do pluralismo” sobre a dinâmica das sociedades contemporâneas, Rawls tornou o objetivo de sua teoria da justiça “compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis (RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Ver. Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 25)”. Assim, passou a defender que os princípios de justiça – “considerados válidos não só porque foram construídos de acordo com um procedimento racional de justificação (posição original), mas também, e fundamentalmente, porque podem contar com a aprovação generalizada

*A vontade popular (...) não pode ser aferida apenas quando há consenso sobre qual é a melhor decisão a ser tomada. De fato, o consenso raramente é alcançado, e, nada obstante, as questões de interesse público devem ser decididas para que a vida comunitária possa seguir adiante. Não resta, destarte, outra alternativa senão atribuir à maioria tal prerrogativa. A afirmação do princípio majoritário não se confunde, entretanto, com a defesa de uma concepção meramente quantitativa ou agregativa da democracia. A vontade popular deve ser entendida como um agregado de vontades particulares, mas como uma vontade comunitária qualificada pelo interesse público. Essa diferença também é formulada classicamente por Rousseau, quando o autor contrasta os conceitos de “vontade geral” e “vontade de todos”: esta se traduz como a soma das “vontades particulares”; aquela, por outro lado, como a vontade popular orientada à realização do bem comum. A soberania do povo deve se manifestar através da “vontade geral”. É ela que deve determinar o conteúdo das leis. Ao contrário do que pensava Rousseau, no entanto, a aferição dessa vontade comunitária através das decisões da maioria se torna possível quando estas são precedidas por um amplo diálogo público: os argumentos que foram aceitos pela maioria são os que ostentam maior potencial legitimador, já que foram os mais capazes de superar a crítica pública, dirigida, p. ex., contra as pretensões de poder e os interesses particulares ilegítimos que eventualmente se omitem por detrás das propostas levadas à apreciação popular. Todavia, o princípio majoritário não é, ainda assim, ilimitado. A democracia não pode ser confundida com um “absolutismo” da maioria. Não são raros na história exemplos de decisões majoritárias que tendem à própria degeneração da maioria, ao erodir as bases sociais e institucionais que permitem ao povo continuar decidindo. É o que ocorre quando a maioria resolve entregar seu poder de decidir a um ditador, ou quando decide calar, reprimir ou eliminar a minoria. Esta também é parte do povo, tem o direito de ser igualmente reconhecida como tal e, quando estão em pauta questões que dizem respeito a toda comunidade de participar do processo decisório público alentando razoavelmente a expectativa de se converter em maioria. Por isso, diversas restrições ao princípio majoritário podem ser justificadas sob o prisma democrático. (...) Tais restrições podem ser condensadas no princípio do Estado de Direito, o qual passa a ser entendido, por essa razão, não só como compatível com o princípio democrático, mas também como um de seus elementos constitutivos: o Estado de Direito, ao garantir a liberdade de indivíduos e minorias contra violações de maiorias eventuais, garante também a integridade da soberania popular. [grifos nossos] (SOUZA NETO, 2006, pp. 46-48)*

É no mesmo sentido a lição de CAVALCANTE e BUGLIONE (In: MAIA, 2008, p. 112), que lembram que os Estados democráticos laicos implicam no respeito à liberdade de crença e de pensamento, com o reconhecimento da pluralidade de sujeitos morais, que devem ser tidos por igualmente livres e dignos. Assim, qualquer lei que inviabilize o exercício dessas liberdades contém um vício de legitimidade (“no sentido de um status necessário para que as prescrições se sustentem como algo a

---

das doutrinas abrangentes razoáveis que convivem nas sociedades democráticas da atualidade (consenso sobreposto)” – “são capazes de atribuir um fundamento razoável para a cooperação entre [essas] inúmeras doutrinas (...), pois se situam, em relação a elas, em uma posição de ‘imparcialidade’ (Id. Reply do Habermas. *The Journal of Philosophy*, v. 42, n. 3, mar., 1995, p. 133). Qualquer forma de se organizar a vida política que opte por uma doutrina abrangente, em detrimento das demais, não pode realizar as expectativas de justiça e estabilidade das relações sociais” (SOUZA NETO, 2006, pp. 111; 110).

*ser observado por todos, uma espécie de respaldo de fundamentação necessário para leis e ordenamentos”* (nota 6), ou seja, as leis que cerceiam as liberdades de crença e pensamento dos indivíduos não gozam de considerável grau de institucionalização). Somente considerando os sujeitos iguais em suas diferenças, dando-lhes a prerrogativa de viver conforme suas crenças, é que se pode dizer respeitar de fato a liberdade a que fazem jus.

Por todo o dito se tem que, somente se o mínimo moral da sociedade como um todo repudia determinada conduta, ela deverá ser proibida pelo Direito (KELSEN, 2006, pp. 68-70). Punir uma conduta que um grupo repudia, mas outros admitem, não pode prosperar. Haverá a punição, mas ela não será capaz de mudar a realidade em que aquela conduta é tida por razoável e, por isso mesmo, é praticada. Portanto, se uma conduta se torna verdadeiramente comum – e em todos os setores da sociedade –, não obstante ser proibida, não é sinal que se deve repensar as razões de se a ter proibido, para avaliar se é mesmo prudente que se a continue proibindo, e isto se aplica ao aborto.

*A proibição do aborto com o consentimento da gestante, através da criminalização da conduta da própria gestante e de quem, a seu pedido, realize a ação causadora da interrupção da gravidez ou para esta contribuir, ainda subsiste não só no Brasil, como em quase todo o resto da América Latina e na maior parte dos Estados africanos. Essa subsistência revela as muitas afinidades do proibicionismo com o sistema penal como um todo. Aliás, quase sempre, o proibicionismo e o sistema penal acabam por se fundir, pois as proibições, na maioria dos casos, se materializam na criminalização de condutas através da edição de leis penais. [grifos nossos] (KARAM, 2009, p. 29)*<sup>274</sup>

No Brasil, no caso do aborto, o fato de se tratar de fato típico, ilícito e culpável, logo crime, não tem coibido sua prática, apenas impedido que as gestantes os pratiquem na rede pública de saúde, o que, como dito, faz com que a norma acabe por atingir de forma desproporcional mulheres ricas e pobres.

*A demonstrada irrelevância da proibição na determinação da quantidade de abortos com o consentimento da gestante e, assim, o demonstrado fracasso do proibicionismo, revelado pela demonstrada inutilidade da proibição para impedir ou mesmo apenas reduzir a realização de abortos, já deveria ser razão suficiente para que dele nos libertássemos, abraçando a posição des-*

<sup>274</sup> “[O proibicionismo é] um posicionamento ideológico, de fundo moral, traduzido em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito da liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros” (KARAM, 2009, pp. 29-30).

*criminalizadora. (...) [Mas] a razão maior que deve conduzir ao afastamento da proibição criminalizadora surge de outra constatação: a de que, como acontece em outros campos, o pior da proibição está nos dados que ela própria causa. No caso do aborto, às não evitadas mortes de embriões ou fetos somam-se as mortes e lesões sofridas por milhares de mulheres em decorrência da precariedade das condições de sua realização clandestina. [grifos nossos] (KARAM, 2009, p. 37)*

Sendo a igualdade um direito fundamental garantido pela Constituição (além da liberdade de ato e de pensamento, da saúde e do planejamento familiar), este se mostra um motivo mais que suficiente para reconhecer a necessidade de rever os artigos 124 e 126 do Código Penal<sup>275</sup>. Nas palavras de Manoel Bernardino da SILVA FILHO (2010, p. 955):

*A religião, os valores da família, a moral e outros mecanismos de adaptação social estão, obviamente alimentando o debate a partir das normas que lhes são características. Não se pode concluir, no entanto, que o Direito deva ter as mesmas respostas. A abstração e a generalidade de suas normas e dos seus preceitos devem se despir dos “pré-conceitos” na tentativa de se conformar com a realidade, para que suas ficções sirvam ao ser humano e a sua emancipação. [grifo nosso]*

São vários os países que já se deram conta da inviabilidade social da criminalização do aborto. Cada um justificou com um quê de sua própria realidade: uns lidando com ele como um problema de saúde pública, para não ter de enfrentar a sociedade moralista; outros, por contarem com nacionais mais liberais, se deram ao luxo de legalizá-lo alegando o direito da mulher ao corpo ou à privacidade<sup>276</sup>. Mas o Brasil, infelizmente, ainda trata o assunto como tabu<sup>277</sup>.

<sup>275</sup> Esses dispositivos criminalizam o autoaborto e o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante.

<sup>276</sup> Foi o caso da maioria dos países europeus e dos Estados Unidos, respectivamente. Sobre o caso americano, examinando o caso “Roe vs. Wade”, que descriminalizou o aborto no país, Dworkin esclarece que “uma vez que a mulher grávida tem direito constitucional à privacidade, os Estados não podem proibir o aborto a menos que tenham não uma simples razão, mas sim uma razão inexorável para fazê-lo” (apud MACIEL, 2011, p. 34).

<sup>277</sup> “O que causa espanto, no caso brasileiro, é como a defesa do direito ao aborto está ausente nas esferas políticas. O tímido apoio à descriminalização pelo então ministro da Saúde, José Gomes Temporão, causou um enorme escândalo. Não é que não haja quem a defenda – são poucos, mas há, nos três poderes –, é que aqueles que defendem o direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez nunca, ou quase nunca, colocam essa defesa entre suas prioridades. (...) Os defensores da descriminalização (...) têm dificuldade para fazer da questão do aborto uma prioridade política. Basta observar que, no Brasil hoje, em 513 deputados federais, não há um único que faça da legalização do aborto um ponto central de sua atuação parlamentar ou que lute para ser identificado amplamente com essa bandeira. Do outro lado, pelo contrário, existem muitos deputados que fazem da negação do direito ao aborto seu cavalo de batalha. A Frente Parlamentar em Defesa da Vida (sic) – Contra o Aborto congrega hoje mais de 200 parlamentares, isto é, um terço do Congresso Nacional. Mas, entre as 62 frentes parlamentares registradas na Câmara dos Deputados na atual legislatura, não há nenhuma que se proponha a defender os direitos das mulheres. A Frente Parlamentar contra o Aborto usa como ameaça a divulgação dos nomes daqueles favoráveis à ampliação dos casos de aborto legal. ‘Se um deputado não votar contra o aborto por convicção,

Como dito anteriormente, houve, aqui, na década de 90, dois Projetos de Lei no sentido de abolir a proibição legal do aborto por escolha, um indistintamente o outro até a 12ª semana de gravidez (o PL 1.135/91 e o PL 176/95, respectivamente), mas foram arquivados<sup>278</sup>. No Projeto original de Novo Código Penal (PLS 236/2012), também chegou a constar um dispositivo que descriminalizava o aborto praticado até a 12ª semana<sup>279</sup> – caso um médico ou psicólogo atestasse que a mulher não tem condições psíquicas de lidar com a gravidez –, mas foi apresentado substitutivo su-

---

*então que vote por medo [de figurar nas listas]’, como disse o deputado Salvador Zimbaldi, do PSB paulista. Trata-se, portanto, de um debate que não ocorre, já que um dos lados aceita se colocar na posição de intimidado. (...) Não se trata, evidentemente, de culpar os (poucos) parlamentares que defendem a legalização do aborto por sua precaução excessiva. Afinal, ninguém é suicida no jogo político. O que ocorre é que os defensores do direito ao aborto permanecerão na defensiva enquanto o aborto continuar a ser uma questão moral maiúscula e uma questão política minúscula”* (MIGUEL, 2012, pp. 664-665; 668).

<sup>278</sup> Em 1991, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.135, de autoria dos deputados Sandra Starling e Eduardo Jorge, ambos do Partido dos Trabalhadores, que pretendia a legalização do aborto pela supressão do art. 124 do Código Penal – o que deixaria para trás uma injustiça, já que, embora livrando a mulher da punição em caso de autoaborto ou consentimento para que um médico lho provocasse, deixaria sem proteção o médico que praticou nela o aborto a seu pedido –. Em 1995, foi apensado a ele outro PL, nº 176/95, este criado pelo Deputado José Genoíno, que veio estipular um prazo para que a mulher pudesse realizar o aborto voluntário. De acordo o PL 176/95, o aborto era livre até o terceiro mês de gestação, ficando obrigado o Estado a realizar o procedimento. Assim se vê que seu principal objetivo era adequar o projeto anterior à problemática da saúde pública, além de reparar o erro quanto ao médico autor do aborto consentido. No ano de 2008, após vários anos parado na Câmara, os PLs foram enviados para apreciação na CCSF (Comissão de Seguridade Social e Família), tendo sido programadas quatro audiências públicas para discuti-lo. No entanto, após realizadas três dessas audiências, mesmo sendo o tema complexo e necessitando de nova audiência pra debates e esclarecimentos antes da decisão, o presidente da CSSF, deputado Jofran Frejat, sem nem mesmo ouvir o Ministro da Saúde, enviou o PL para pauta de julgamento em dois de maio do mesmo ano. No dia sete de maio de 2008, a CSSF suspendeu o debate, e o PL seguiu direto para a votação, causando indignação em alguns deputados, que se retiraram do plenário como protesto pela falta de diálogo mediante um tema tão complicado. Na porta da Comissão havia várias frentes feministas e mulheres em protesto. Mas os PLs, enfim, acabaram rejeitados nesta etapa. A CCJC (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) foi a próxima a apreciar os PLs. Após os PLs terem seu mérito da questão fajutamente apreciado pela CSSF, à CCJC cabia avaliar sua constitucionalidade. O relator dos PLs na CCJC designou audiência pública, ocasião para que convidou o Ministro da Saúde e oito representantes do setor religioso e, percebe-se, nenhum especialista no tema, o que só veio a ocorrer posteriormente, após negociações e indicações do Ministro da Saúde. Contudo, o relator do PL na CCJC se antecipou ao debate, e, desconsiderando as opiniões dos especialistas na área, emitiu parecer pela inconstitucionalidade dos referidos PLs. O projeto foi rejeitado pelo CCJC no dia nove de julho de 2008. Hoje o projeto ainda poderia ser apreciado pelo plenário da Câmara mediante recurso. Todavia, seria preciso que se obtivessem as assinaturas de 1/10 dos deputados, o que não parece provável que se vá buscar. Percebe-se que as rejeições aos PLs, em ambas as comissões, foram sempre motivadas pelas frentes religiosas da Câmara que, sem uma análise técnica do tema, ou seja, sem se preocupar em saber ou considerar as consequências que a punição do aborto tem trazido para a sociedade e para a saúde pública, e sem nem mesmo ouvir as razões que levam as pessoas contra a criminalização do aborto a se posicionarem desta maneira, continuam optando por criminalizar o ato, em vez de deixar a escolha a cargo da consciência moral e religiosa de cada mulher.

<sup>279</sup> Ver mais sobre o assunto em: BRITO, 2012.

primindo o referido dispositivo<sup>280</sup>, porque, segundo o deputado Pedro Taques, do PDT do Mato Grosso, relator do Projeto, “*A possibilidade de exclusão do aborto como crime seria inconstitucional*” (JORNAL DO SENADO, 2013; GUERREIRO, 2013)<sup>281</sup>.

Além disso, tramita na Câmara um Projeto de Lei (PL 5069/2013), do deputado Eduardo Cunha, do PMDB do Rio de Janeiro, e outros, que tipifica como crime contra a vida o mero anúncio de substância, processo ou objeto destinado a provocar aborto. E, pela proposta, passa a ser crime, também, instruir ou orientar a gestante sobre como praticar aborto ou prestar qualquer auxílio a ela na prática, “*ainda que sob o pretexto de redução de danos*”; hoje, o anúncio de meio abortivo é mera

<sup>280</sup> “*O relatório preliminar da reforma do Código Penal, que segue lentamente, retira o aumento de permissivos para o aborto e mantém apenas o que já era garantido por lei - apesar do Conselho Federal de Medicina ter se pronunciado a favor da autonomia de decisão pela mulher até a 12ª semana de gravidez. Após a derrota na Câmara, em 2008, do PL 1.135/91, que tentou descriminalizar o aborto, a maioria dos projetos que tramitam hoje no Senado e na Câmara visa a aumentar as penas para o aborto clandestino e restringir ainda mais o abortamento legal - como o PLS 287/2012, de autoria da senadora Maria do Carmo Alves (DEM-SE), que pede que o aborto em caso de anencefalia volte a ser crime. No mesmo sentido, o projeto que ganhou mais destaque é o Estatuto do Nascituro (PL 478/2007), que tem sido rechaçado por médicos e militantes dos direitos humanos - e provocado protestos em todo o País - por tentar estabelecer que o nascituro ‘é ser humano concebido, mas ainda não nascido’, prevendo o pagamento de um salário mínimo aos filhos de estupro e o direito de ter o nome do ‘pai’ na certidão de nascimento*” (DIP, 2013).

<sup>281</sup> Houve um burburinho em torno de um projeto de lei, que tramitava há 14 anos, e que, apesar do apelo das frentes religiosas (ÉBOLI, 2013; BRUM, 2013), foi recentemente aprovado pelas duas Mesas do Congresso e sancionado pela presidente Dilma. A Lei (12845/2013) garante atendimento especial e obrigatório em hospitais públicos da rede do Sistema Único de Saúde a vítimas de violência sexual, deixando a cargo do médico a “profilaxia da gravidez”. Profilaxia, no jargão médico, significa aplicar procedimentos ou medicamentos a fim de evitar uma doença; neste caso, a gravidez. Como o texto não detalha o tratamento a ser dado, há quem diga que abre brecha para o aborto, de modo geral. Isto porque, embora direcionado a vítimas de estupro, as mulheres sempre poderão alegar terem sido vítimas de abuso para recorrerem ao aborto via hospital público (MAZZINI, 2013). O detalhe é que “*esses mesmos pontos da lei já constam de norma técnica do Ministério da Saúde, atualizada em 2012, e de protocolos dos hospitais que atendem às mulheres vítimas de violência sexual*”. Mesmo assim, há um novo projeto de lei em trâmite visando alterar o termo “profilaxia da gravidez” por “*medicação com eficiência precoce para prevenir gravidez resultante de estupro*”. Não que isso vá mudar alguma coisa quanto ao direito da vítima de violência sexual ao aborto, que é uma excludente prevista no próprio artigo do Código Penal que criminaliza o ato e que, na lei, não é tratado somente onde se fala em “profilaxia da gravidez”, mas também onde se garante à vítima “informações sobre os direitos previstos nesses casos”. Ora, o aborto legal é um direito da vítima de estupro (NUBLAT; NALON, 2013). A título de informação: o projeto aprovado foi o PL 60/99; no entanto, outro projeto de 1999, que não passou, estabelecia a obrigatoriedade dos funcionários das delegacias de polícia informarem às vítimas de estupro sobre o direito do aborto legal (PL 605/1999), e outro, de 1991, dispunha sobre a obrigatoriedade de atendimento no SUS nos casos de aborto previstos no Código Penal, dentre os quais o do feto proveniente de estupro (PL 20/91) (VIEIRA, 2001). O mais curioso é que, embora repetitiva, esta lei nada mais é que uma regulamentação ao permissivo que já constava no Código Penal de 1940. Mesmo assim, “*houve protestos por parte dos deputados da bancada religiosa, que se apressaram em apresentar vários projetos para derrubar a nova lei, focando principalmente na distribuição da pílula do dia seguinte, que, contra todas as evidências médicas e científicas, é por eles considerado ‘uma espécie de aborto’*” (DIP, 2013).

contravenção<sup>282</sup>, e a lei não prevê penas específicas para quem induz a gestante ao aborto, mesmo que se trate de menor de idade, “lacunas” essas que o projeto procura sanar (HAJE, 2013).

Ainda, a Câmara cogita instalar uma Comissão Parlamentar de Inquérito “*para investigar a existência de interesses e financiamentos internacionais para promover a legalização do aborto no Brasil*” e, de modo geral, a prática do aborto clandestino. No requerimento que pede a instalação da CPI, os deputados João Campos, do PSDB de Goiás, e Salvador Zimbaldi, do PDT de São Paulo, alegam que “*o número de abortos tem diminuído 12% ao ano, assim como os índices de mortalidade materna*”, e que a rejeição a tornar o aborto legal é cada vez maior (a explicação é que estivessem se referindo à rejeição por eles mesmos); alegam, ainda, que algumas ações do Ministério da Saúde indicam que “*o próprio governo brasileiro está financiando a ida de servidores do ministério ao Uruguai e a outras localidades para aprender práticas e conhecer programas que implicam a indução da sociedade à prática do aborto*” (TÔRRES, 2013).

Em resposta à criação desta CPI, a bancada feminista da Câmara se pronunciou, através das deputadas Rita Camata (PMDB-ES) e Maria do Rosário (PT-RS), que afirmaram que “*o tema não deveria ser tratado no âmbito de uma CPI, mas como uma questão de saúde*” (PORTO, 2009, p. 76). Integrantes da Frente Parlamentar Evangélica, os deputados idealizadores da CPI esclarecem também que “*outras medidas*” estão sendo tomadas pela frente para impedir a legalização do aborto, como o investimento para a aprovação do famigerado Estatuto do Nascituro, de que já tratamos e trataremos novamente adiante (TÔRRES, 2013). Aparentemente, estamos andando para trás, e a passos largos.

*Durante a campanha para a Presidência em 2010, diante de uma ameaça de boicote por parte das igrejas evangélicas e católicas, Dilma teria se comprometido a não apresentar nenhum projeto para a descriminalização do aborto. Com as bancadas religiosas e autodenominadas “pró-vida”, a repressão tende a aumentar, explica Dulce Xavier: “Nós retrocedemos muito nesta questão nos últimos anos. Se em 2008 nós discutíamos a descriminalização destas mulheres, em 2013 estamos tomando as ruas para pedir que não se aprove uma lei absurda como é o Estatuto do Nascituro, e tudo por pura pressão religiosa sobre um Estado laico”. [Jefferson] Drezett vai além: “o Estatuto do Nascituro trata a mulher como um detalhe. Deveria substituir*

<sup>282</sup> Ao contrário do que ocorria no Código Penal do império, em que era crime. “Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas – de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr cometido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas – dobradas” (BRASIL, 1830).

a palavra 'mulher' por 'receptáculo de esperma humano'. Se for aprovado, o Brasil será o país mais atrasado, conservador e limitado no mundo em direitos reprodutivos. A pergunta não deveria ser 'quem é contra o aborto', mas se a mulher que provoca o aborto nestas condições de total abandono social deveria ser presa. Ninguém é a favor do aborto. Eu não sou e tenho certeza que nenhuma destas mulheres é. Acontece que faltam contrapartidas e as minhas convicções morais e religiosas sobre a concepção da vida são diferentes das suas e sobre isso nunca haverá consenso. Enquanto isso, a lei pode te fazer dormir tranquilo com sua moral, mas nem a minha, nem a sua opinião e nem mesmo a própria lei têm impedido um milhão de mulheres de colocar suas vidas em risco todos os anos". [grifos nossos] (DIP, 2013)

Na contramão do regresso, e, coerentemente com a postura adotada enquanto *amicus curiae* na ADPF 54 – em que adotou a teoria neurológica sobre o início da vida humana<sup>283</sup>, considerando natimortos os fetos anencéfalos<sup>284</sup> – o Conselho Federal de Medicina, em março de 2013, posicionou-se a favor da descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gravidez, enquanto ainda não há atividade cerebral no embrião (CFM, 2013a e 2013b; AGÊNCIA BRASIL, 2013b e 2013c)<sup>285</sup>. E, em julho, o Conselho Federal de Psicologia emitiu comunicado também a favor da legalização do aborto até este marco temporal (CFP, 2013), reiterando posicionamento sustentado desde junho de 2012 (CFP, 2012)<sup>286</sup> e declarando considerar que a posição do CFM em defesa da liberação do aborto em gestações de até 12 semanas<sup>287</sup> demonstra um grande avanço. Na ocasião, juntamente com a Sociedade Brasileira de Progresso da Ciência, enviou carta à Câmara dos Deputados solicitando audiência,

<sup>283</sup> “Por outro lado, para defender a mesma teoria, um outro argumento, mais simpático àqueles que pretendem um discurso mais sensível e moralmente aceitável é defendido, entre outros, pelo filósofo Peter Singer em sua obra ‘Ética Prática’, pelo qual um organismo já constituído com atividade cerebral tem a capacidade de sentir dor, e isso seria crucial para a aceitabilidade de um aborto. (SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 137)” (MORAIS, 2007, p. 35).

<sup>284</sup> “O ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, afirmou: (...) ‘75% dos fetos anencefálicos morrem dentro do útero. Dos 25% que chegam a nascer, todos têm sobrevivência vegetativa que cessa na maioria dos casos dentro de 24 horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevivência. O feto anencéfalo é um natimorto cerebral” (JORNAL DA CNTS, 2008, p. 5).

<sup>285</sup> As feministas consideraram um avanço (AGÊNCIA BRASIL, 2013d). No entanto, a CNBB declarou que defesa ao aborto cria mentalidade de violência, sobretudo nas crianças, que terão a impressão de que pessoas incômodas sempre poderão ser eliminadas (AGÊNCIA BRASIL, 2013a).

<sup>286</sup> “Reconhecendo tanto a complexidade do tema, quanto os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e entendendo a situação de sofrimento decorrente da criminalização e da falta de acesso aos serviços de saúde, os/as delegado(s)/as do VII Congresso Nacional de Psicologia vêm manifestar seu apoio à legalização da prática do aborto no Brasil, independente de a gravidez ser decorrente de violência ou haver risco de morte para a mulher” (CFP, 2012).

<sup>287</sup> “Somos favoráveis à descriminalização, aos direitos das mulheres e à soberania destas sobre o próprio corpo. Defendemos, sobretudo, o acolhimento e escuta para as mulheres em situação de aborto, de modo a auxiliá-las na tomada da própria decisão à medida que assim desejarem” (CFP, 2013).

Para que possam apresentar, com maiores detalhes e com maior profundidade, todos os dados e informações técnicas e científicas hábeis para comprovar a necessidade de garantir às mulheres a prática do aborto não criminoso, legal e seguro, bem como, com a devida vênia, para demonstrar o descabimento e a inconveniência da instalação de uma CPI sobre o aborto, a qual, além de não contribuir com a busca da garantia dos direitos humanos, sexuais e reprodutivos das mulheres, poderá acarretar imensos prejuízos para a sua efetivação e eficácia. [grifo nosso] (MORENO, 2013b)

Em resposta à declaração do CFM, o Deputado presidente da Frente de Defesa da Vida Contra o Aborto, Salvador Zimbaldi, do PDT de São Paulo, ressaltou que médicos defensores do direito ao aborto têm atitude criminosa e contrária ao juramento feito por eles na ocasião de sua formatura no curso de Medicina, em que se comprometeram a defender a vida (AGÊNCIA BRASIL, 2013e), e o relator do Projeto de Novo Código Penal, o senador Pedro Taques, alegou que a opinião do CFM deve ser recebida com respeito, mas a decisão sobre aprovar ou não o Projeto de Novo Código, inclusive no que toca à descriminalização do aborto até a 12ª semana, cabe somente ao Congresso Nacional (AGÊNCIA BRASIL, 2013f).

Não obstante, torçamos para que o parecer não seja ignorado, já que se baseia numa premissa científica, e só a Ciência pode ser parâmetro, aqui. Como dito, numa sociedade democrática pluralista dos nossos dias, não faz sentido usar a lei para tentar impor uma moral – qualquer que seja ela, mas, sobretudo, uma moral religiosa –, a quem dela não compartilha, fazendo dela uma política pública. O poder emana do povo, e é o povo, em toda sua diversidade, quem deve dizer a lei a que vai se submeter; e, para que todo ele se submeta à mesma lei, no contexto do pluralismo, é preciso que ela regule o mínimo, já que deve se basear no consenso.

Por fim, mas não menos importante, pode-se citar como ultrajado pela criminalização do aborto o direito à liberdade de crença, corolário da liberdade de pensamento. Isto porque não só a lei adotou uma moral, o que já não seria adequado, como adotou uma moral religiosa, ferindo o princípio da laicidade do Estado.

É bem verdade que a questão da laicidade do Estado nunca esteve completamente resolvida no Brasil. A invocação a Deus no preâmbulo da Constituição, a presença de crucifixos em prédios públicos, a existência de feriados religiosos no calendário oficial e a inscrição “Deus seja louvado” que o presidente José Sarney incluiu nas cédulas do cruzado e que lá permanecem, apesar das inúmeras reformas monetárias, são demonstrações disso. Mas são concessões simbólicas, por mais que possam parecer ofensivas e discriminatórias em relação aos não crentes. Muito mais grave é que as decisões relativas à legislação e às políticas públicas estejam submetidas aos

dogmas desta ou daquela seita religiosa. [grifos nossos] (MIGUEL, 2012, p. 661)<sup>288</sup>

Para a Ciência, só há evidência de vida no feto após a 12<sup>a</sup> semana, quando se forma seu sistema nervoso central. Não há prova científica de que haja vida humana nos embriões, antes disso; este é um argumento religioso<sup>289</sup>. A ciência adota a teoria neurológica sobre o início e o fim da vida; tanto é verdade que o Conselho Federal de Medicina, como *amicus curiae* na ADPF 54, que tratava do aborto de anencéfalo, deu parecer no sentido de que esses fetos deveriam ser considerados nati-mortos, já que nunca terão atividade cerebral<sup>290</sup> (o que já havia sido consignado na Resolução 1752/2004 do próprio Conselho).

No entanto, o mais importante é que, tendo esta tese sido acatada no julgamento da ação – na medida em que lhe foi dado provimento, fazendo-se interpretação conforme dos dispositivos do Código Penal criminalizadores do aborto para admitir o aborto de anencéfalos com base no argumento de que o produto da concepção neste caso não se trata de ser vivo, logo sua eliminação não configuraria aborto –, é possível concluir que esta é a visão, hoje, do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido não se pode esquecer, também, de que foi julgada improcedente pelo mesmo Tribunal a ADI 3510, que questionava dispositivos da Lei de Biossegurança, permitindo as pesquisas com células-tronco no país – o que, se não

<sup>288</sup> “Em um primeiro momento pode-se afirmar que o estado brasileiro é laico, assim sendo estaria desvinculado da igreja ou de qualquer religião. Mas, segundo Santos (2007) a Constituição Federal do Brasil segue um modelo de laicidade mais flexível que favorece os aspectos religiosos e, no particular, ainda é mais aberto para a incursão da religião no espaço público. O princípio da separação estado e religião dependem das particularidades históricas de cada país que o adotou afirma Santos (2007) [quando questionado] se de fato a laicidade se cumpre no Estado brasileiro, se há de fato separação entre Estado e Igreja. Percebe-se então que entre os dois modelos básicos de laicidade estatal: um mais aberto e outro mais fechado, existe no Brasil um modelo mais aberto à incursão do fenômeno religioso no espaço público” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, p. 148).

<sup>289</sup> “As fronteiras entre o ‘certo’ e ‘errado’, em questões que tratam da conduta humana diante da vida e da morte, têm se tornado menos definidas a cada nova descoberta científica ou mesmo a cada nova justificação social ou moral surgida do próprio movimento da história e vida em sociedade. No caso do aborto, por exemplo, questões como quando se inicia a vida humana; ou quais são as exatas fases e características pelas quais passam o desenvolvimento do feto; a partir de que período o feto pode sentir dor; ou quando se pode identificar com precisão o momento exato em que a vida extrauterina se torna viável, podem ser questões científicas decisivas na formação de opinião. E, embora a grande maioria dos estudiosos e profissionais da área médica procure realizar suas pesquisas afastadas das polêmicas, como é o caso do aborto, as novas descobertas fragilizam as concepções seculares de vida e morte, na medida em que as multiplica, tornando-se, muitas vezes, bases argumentativas para sustentar questões morais que a princípio não podem ser reduzidas à esfera científica, fora de um contexto social, econômico, cultural e, por que não, emocional” (MORAIS, 2007, p. 20).

<sup>290</sup> E, com base no mesmo argumento, enviaram ao Congresso parecer favorável à descriminalização do aborto até a 12<sup>a</sup> semana de gravidez, como mencionado.

prova a adoção das teorias natalista ou neurológica sobre o início da vida, prova a não adoção da teoria concepcionista –.

No julgamento da ação, seu relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, na leitura de seu voto, afirmou que “*a vida tem três realidades que não se confundem: o embrião, o feto e o ser humano. ‘Não há uma pessoa humana embrionária, mas sim um embrião de pessoa humana’*” (VALERI; FREITAS, 2008), o que também aproveita à causa do aborto precoce.

*Se fica possibilitado o uso de embriões em tais ocasiões, por que não viabilizar a prática do aborto? O que é levado em consideração para demarcar a tênue linha permissiva existente entre os embriões (leia-se: vidas) utilizados para a prática de clonagens e pesquisas (que matam futuros seres humanos), e os que são destruídos por meio do aborto? Em ambos os casos estamos diante do bem “vida humana”, e tais condutas poderiam ser consideradas como típicas, afetando bens jurídicos tutelados. Porém, só uma delas é penalizada, o que demonstra uma incoerência dentro do ordenamento jurídico-penal. Uma vez que se encontra permissão para o descarte de futuras vidas humanas para pesquisas, é extremamente incoerente, desconexo, ilógico não permitir que seja efetuado o aborto.* [grifos nossos] (GARCIA, 2009, p. 132)

Além disso, tendo sido o momento da morte definido na Lei de Transplantes como o da falência das atividades cerebrais (na medida em que autoriza a doação de órgãos a partir daí), restou demonstrado que, no Brasil, não só o Judiciário, mas também o Legislativo adota a teoria neurológica sobre o início e fim da vida. Assim sendo, não há óbice à legalização do aborto até o momento da formação do sistema nervoso central do feto, o que ocorre na 12<sup>a</sup> semana de gravidez.

Quanto ao argumento religioso de que há vida desde a concepção, cumpre ressaltar que, como demonstrado por Dworkin, em sua obra “*Domínio da Vida*”, ao longo da história, nem sempre foi esse o argumento utilizado pelos católicos para justificar seu repúdio ao aborto; ou seja, por vezes, nem eles mesmos pareciam acreditar nisso (DWORKIN, 2009, p. 54).

A condenação do aborto pela Igreja, ao longo dos séculos, não se baseava na afirmação de que o feto é uma pessoa que tem o direito de não ser morta, mas na concepção de que o aborto é um erro por ser um insulto ao dom divino de criar a vida<sup>291</sup>; só se passou a utilizar o argumento de que o embrião é um ser humano vivo quando se deu conta de que se tratava de um argumento mais facilmente aceito no espaço público, ou seja, nada mais foi que uma escolha política.

<sup>291</sup> Conforme Leonardo Boff, doutor em Teologia e Filosofia pela Universidade de Munique, em entrevista à ONG “Católicas pelo Direito de Decidir”, “*O aborto é um ato que interrompe, não uma vida, mas o processo o qual daria origem a uma vida*” (BOFF In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 20).

Se a razão principal pela qual uma lei criminaliza o aborto é o fato de que o produto da concepção é um ser vivo e que, por isso, não pode ser eliminado, então este é um forte argumento no qual a Igreja pode se apoiar para defender a não descriminalização (como se apoia, até hoje). Dworkin explica isso em minúcias em “*Domínio da vida*” (2003), e também James Rachel, em “*Moral, aborto e religião*”:

*No debate sobre o aborto, as questões religiosas nunca estão longe do centro da discussão. Os conservadores religiosos defendem que o feto é um ser humano desde o momento da concepção, e por isso afirmam que matá-lo é na realidade uma forma de homicídio<sup>292</sup>. Não pensam que deva ser a mãe a escolher se quer fazer um aborto, porque isso seria como dizer que ela é livre de cometer um homicídio. A premissa fundamental do argumento conservador é que o feto é um ser humano desde o momento da concepção. O ovo fertilizado não é apenas um ser humano potencial mas um ser humano de fato, com direito pleno à vida. Os liberais, é claro, negam isto; afirmam que, pelo menos durante as primeiras semanas de gravidez, o embrião é menos que um ser humano completo. O debate sobre a humanidade do feto é muito complicado, mas aqui interessa-nos apenas uma pequena parte do problema. Os cristãos conservadores afirmam por vezes que, independentemente da forma como o pensamento secular encara o feto, a*

<sup>292</sup> Em referência ao julgamento do caso Roe vs. Wade, MORAIS (2007, p. 22; 23-24) diz que: “Das convicções morais ou religiosas antepostas ao direito defendido pela decisão da Suprema Corte, parte o argumento de defesa ao direito fundamental à vida, incluindo a vida intrauterina. Os defensores mais severos dessa posição tendem a reconhecer na discriminação do aborto a legalização de um homicídio (MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 31)”. E acrescenta: “Essa posição, aparentemente defendida com maior vigor por religiosos cristãos, não se limita a essas pessoas. De religiosos a laicos, incluindo médicos, cientistas, advogados e pessoas das mais diversas ocupações e ideologias, há uma parte da sociedade que compartilha dessa opinião. Disso é exemplo Norberto Bobbio, que era filósofo político, historiador do pensamento político e foi senador vitalício italiano e que em seus livros testemunha um espírito firmemente laico, mas, em entrevista que deu ao *Corriere della Sera* em 1981, às vésperas do referendo sobre o aborto na Itália, em defesa de um argumento Pro-Life, manifestou-se no sentido de que é ‘direito fundamental do concebido, a aquele direito a nascer sobre o qual, no meu entender, não se pode transigir’. E continuou, para afirmar sua condição de cidadão laico, ‘gostava de perguntar que surpresa pode haver no fato de um laico considerar como válido em sentido absoluto, como um imperativo categórico, o não matarás. Pelo meu lado, fico estupefato que os laicos deixem aos crentes o privilégio e a honra de afirmar que não se deve matar’. Para os médicos, o dilema moral, às vezes, pode parecer insolúvel se não se apegam a uma convicção religiosa pessoal ou, como destacou Bobbio, a um imperativo moral categórico universal que os oriente em suas decisões. É que o médico se forma com um ideal evidente de salvar a vida humana, sem contextualizá-la, sem considerar outras, que não as circunstâncias médico-científicas que estão sob seu controle. É o que preceitua o Juramento de Hipócrates, ao qual prestam compromisso antes de exercer a profissão. (...) Além do Juramento de Hipócrates, no Código Internacional de Ética Médica está disposto, na parte que trata dos deveres do médico com o paciente, ‘O médico deve guardar sempre a obrigação de respeitar a vida humana’. (...) O Código de Ética Médica Brasileiro ainda mais se aproxima do Juramento de Hipócrates, quando verificado o conteúdo de seu art. 6º: ‘O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade’. Por isso, é bastante comum que, a princípio, a comunidade médica rejeite naturalmente a ideia do aborto e, comumente, sua primeira reação seja de condenar a mulher que o pratica, segundo preceitos que consideram princípios éticos ao exercício da profissão. Mas, se começam a perceber a mulher gestante como a paciente a quem não devem infligir mal algum, mesmo que psicológico, vêm-se em uma posição delicada em que somente o apego às convicções religiosas ou imperativos morais podem determinar sua conduta”.

*perspectiva cristã é que o feto é um ser humano desde o seu início. Mas será esta perspectiva obrigatória para os cristãos? Que provas podem ser fornecidas para demonstrar isto? (...) A passagem das escrituras que se aproxima mais de um juízo específico sobre o estatuto moral dos fetos ocorre no capítulo 21 do Êxodo. Este capítulo faz parte de uma descrição detalhada da lei dos antigos israelitas. Aqui diz-se que a pena para punir o homicídio é a morte; mas diz-se igualmente, no entanto, que se for causado um aborto a uma mulher grávida a pena é apenas uma multa, a ser paga ao seu marido. O assassinato não era uma categoria que incluísse fetos. A Lei de Israel encarava aparentemente os fetos como menos do que um ser humano pleno. [grifos nossos] (RACHELS, 2004)*

É bastante claro que, mesmo sem uma base concreta nas escrituras que justifique, a Igreja Católica, hoje (como sempre), é fortemente contrária ao aborto. No entanto, a ideia de que o feto é um ser humano desde a concepção é, como dito, uma ideia relativamente nova, mesmo dentro da Igreja. São Tomás de Aquino, por exemplo, “*na esteira da tradição antiga do cristianismo, [considerava] o aborto um mal moralmente condenável, mas não necessariamente um homicídio*” (ROSADO-NUNES, 2012, p. 26); ele defendia que um embrião não tem alma até semanas depois do começo da gravidez, baseando-se no ponto de vista aristotélico de que a alma é a “forma substancial” do ser humano, ou seja, não há alma humana até que o corpo tenha forma humana. Assim, sabendo que o embrião não adquiria forma humana até determinado momento de seu desenvolvimento, ele concluiu que, até este ponto, não havia alma, também.

Cumprе ressaltar que essa teoria diferenciava homens e mulheres. Aristóteles dizia – e São Tomás concordava –, que, nos homens, a alma era infundida no quadragésimo dia após o desenvolvimento inicial da matéria e, nas mulheres, no octogésimo dia. E este ponto de vista foi oficialmente aceito pela Igreja no Concílio de Viena, em 1312, e, inclusive, até hoje, não foi oficialmente repudiado (RACHELS, 2004; LUIZ In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 101).

Ocorre que, no século XVII, observando óvulos fertilizados através de microscópios primitivos, alguns cientistas pensaram ter visto pequeninas pessoas perfeitamente formadas, dando ao ser o nome de “homúnculo”. Com isso, aplicando-se a teoria de Aristóteles, adotada por São Tomás, de que a alma habita o corpo tão logo adquira forma humana, a Igreja passou a considerar que, como o embrião tinha forma humana desde a concepção, logo tinha alma desde então. E, sendo um ser humano, era errado matá-lo independentemente do tempo de gestação, já que a alma estava lá desde o princípio (RACHELS, 2004).

No entanto, a Biologia progrediu, e os cientistas perceberam que não havia homúnculo algum. Agora, sabemos que o pensamento original de São Tomás estava correto (exceto pela parte que diferenciava homens e mulheres, é claro): os embriões começam sendo um aglomerado de células, e a forma humana só aparece mais tarde. Mas, quando o erro biológico foi corrigido, o ponto de vista moral da Igreja não voltou atrás (RACHELS, 2004).

É curioso, porque, como, tradicionalmente, a Igreja não encarava o aborto mau ou errado, a lei ocidental, desenvolvida sob sua influência, tradicionalmente, também não tratava do aborto como crime. Na lei inglesa, o aborto era tolerado mesmo quando a gravidez estivesse em estágio avançado. Nos EUA, não havia leis proibindo o aborto até meados do século XIX; então, quando a Suprema Corte, em 1973, declarou a inconstitucionalidade das leis “*que proibisse[m] o aborto antes do quarto mês de gravidez e também daquelas que o fizessem antes do sétimo mês, a não ser nos raros casos em que o próprio procedimento do aborto colocasse em risco a saúde da mãe*” (MORAIS, 2007, pp. 1; 47), não estava subvertendo uma longa tradição legal e moral, estava apenas restaurando uma situação legal que havia existido até muito recentemente (RACHELS, 2004).

*A tradição da Igreja, bem como as escrituras, é reinterpretada por cada geração para apoiar os seus pontos de vista morais. O aborto é apenas um exemplo disso. Poderíamos igualmente ter usado como exemplo as mudanças nas perspectivas morais e religiosas sobre a escravidão, o estatuto das mulheres ou a pena de morte. Em cada caso, as convicções morais das pessoas não são tanto derivadas da sua religião como sobrepostas a ela. (...) Não se deve definir o correto e errado em termos da vontade de Deus; a moralidade é uma questão de razão e consciência, e não de fé religiosa; e, em qualquer dos casos, as considerações religiosas não fornecem soluções definitivas para os problemas morais específicos com os quais nos defrontamos. Numa palavra, moralidade e religião são diferentes. [grifos nossos] (RACHELS, 2004)*

Então, em verdade, a Igreja reprime o aborto pelo mesmo motivo que reprime a contracepção<sup>293</sup>: porque reputa que o papel da mulher é dar filhos ao marido, cumprindo o mandamento divino que diz “*Crescei e multiplicai-vos*”. Nada a ver com o embrião ser uma pessoa ou um ser vivo<sup>294</sup>. Como dito,

<sup>293</sup> “Para a Igreja, a prática abortiva é inadmissível em qualquer hipótese. Não se admite qualquer exceção. Nem mesmo nos casos em que a continuação da gestação possa apresentar risco à vida da mulher, tampouco se a gravidez foi resultado de estupro ou por motivo de o feto apresentar graves anomalias. Esta posição também se caracteriza por não aceitar nem o aborto nem os métodos contraceptivos” (MORAIS, 2007, p. 25).

<sup>294</sup> “Mori destaca também que, embora muitos teólogos católicos sustentem que o embrião é uma nova vida desde a concepção, o magistério eclesial não afirma absolutamente que o feto é

*Hoje, a igreja católica entende que a alma se incorpora ao ser no momento da fecundação e que, desde aí, existe uma pessoa humana. Isso me faz perguntar, no caso de gêmeos univitelinos, quando o zigoto se divide em dois para gerar dois seres distintos, aproximadamente 72 horas após a fecundação, qual a matemática da alma: a alma que se instalou na hora da fecundação fica para um dos gêmeos e o outro fica sem nenhuma? Ou fica meia alma para cada um? O que vemos é que as considerações a respeito do aborto são construídas com bases em valores religiosos, morais, culturais, entre outros. É um tema altamente controverso, onde grande parte da discussão banaliza-se na polêmica “proteger o direito do feto/ proteger o direito da mulher” ou na polêmica “sou contra/ sou a favor”, sendo que nenhum dos dois sentidos da discussão ajuda a elucidar o problema. [grifo nosso] (LUIZ In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 101)*

Além disso, mesmo que, pelo menos, os católicos nunca tivessem questionado o próprio ponto de vista, é correto basear-se nele, num Estado que se declara laico? Aliás, onde está a laicidade do Estado, se, não obstante declarar-se laico, convida representantes da Igreja<sup>295</sup> a integrarem os *amici curiae* e darem seu parecer em ações como a ADPF 54, que tratava do aborto de anencéfalo, e a ADI 3510, que tratava das pesquisas com células-tronco? Qual o propósito disso, se argumentos religiosos não podem ser levados em conta ao editar leis, declará-las constitucionais ou inconstitucionais ou interpretá-las, num Estado laico? Se o argumento dela não pode e não deve ser levado em conta, qual a razão de admitir ou estimular sua presença?<sup>296</sup>

O *amicus curiae* existe para que fornecer informações técnicas que auxiliem o STF no julgamento da causa. Pode-se citar como exemplo o Conselho Nacional de Medicina, chamado a se manifestar em audiência pública na ADPF 54, tendo declarado aos Ministros que os anencéfalos, para a Medicina, são natimortos, já que não têm capacidade de viver mais do que algumas horas, fora do útero. Ora, esta é uma

---

*peessoa, ‘mas deve ser tratado como pessoa’.* (MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 30) (MORAIS, 2007, p. 25).

<sup>295</sup> Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; a Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; Associação Médico-Espírita do Brasil.

<sup>296</sup> O Ministro Gilmar Mendes considera que o instituto permite a participação plural da sociedade com a manifestação de diversas organizações sociais, dentre as quais as religiosas, em audiências públicas, discordando que a Igreja como *amicus curiae* fira o princípio da laicidade do Estado. Para ele, a o Estado laico previsto na Constituição não impede a manifestação de entidades religiosas no debate público, já que seus argumentos podem ser considerados pelo Estado, se manifestados sob a forma de razões públicas, e não de razões religiosas. Para ele, esta possibilidade concretiza a comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tendo em vista que a participação de diversos grupos cumpre uma função de integração no Estado de Direito, com novas possibilidades de legitimação das decisões (BUNCHAFT, 2012, p. 20). De fato, se as comunidades religiosas se manifestassem com argumentos de razão pública, nada as diferenciaria das diversas outras organizações sociais que se manifestam legitimamente no espaço público. No entanto, não é o que se vê. Nem argumentos institucionalizados e nem o condicionamento de que utilizem argumentos dessa natureza ao se manifestarem sobre leis ou políticas públicas.

informação técnica que colaborou com o julgamento da ação, já que, se não há vida no anencéfalo, a interrupção da gravidez, nesse caso, não é aborto. Não há por onde supor que a Igreja tinha alguma informação técnica para acrescentar<sup>297</sup>.

Nesse ponto, vale citar o voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, que:

*Enfatizou que o Estado seria simplesmente neutro — não seria religioso, tampouco ateu. Ademais, a laicidade estatal revelar-se-ia princípio que atuaria de modo dúplice: a um só tempo, salvaguardaria as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva estatal nas respectivas questões internas e protegeria o Estado de influências indevidas provenientes de dogmas, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático e qualquer doutrina de fé, inclusive majoritária. Ressaltou que as garantias do Estado secular e da liberdade de culto representariam que as religiões não guiariam o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como os direitos à autodeterminação, à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e à liberdade no campo da reprodução. Nesse tocante, dessumiu que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, apesar de a oitiva de entidades ligadas a profissão de fé não ter sido em vão. Isso porque, em uma democracia, não seria legítimo excluir qualquer ator do âmbito de definição do sentido da Constituição. Entendeu que, todavia, para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente “traduzidos” em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrelevou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mulheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do direito penal. [grifo nosso] (BRASIL, 2012d)*

Ora, não se viu, por parte dos líderes religiosos, qualquer argumento de razão pública. Se fosse essa, ao menos, a intenção, não teriam eles, sequer, se apresentariam ou deveriam se apresentar como vinculados a uma ou outra instituição religiosa. Claramente, o intuito sempre foi o de defender preceitos não públicos e tampouco publicizáveis. Discordamos, portanto, sobre que essas entidades deveriam ter o direito de se pronunciar, se não têm argumentos defensáveis no espaço público, com aval científico.

*M[uma] sociedade [democrática], pode-se gerar um consenso que obtenha a adesão dos indivíduos razoáveis sem que estes tenham que abrir mão de suas concepções morais e religiosas. No entanto, uma doutrina abrangente não poderá ser objeto de consenso. Ela professa valores que não se situam*

<sup>297</sup> Há quem discorde da premissa de que a Igreja não pode ou deve participar desse tipo de debate. É o caso de GONÇALVES, BEVILÁQUA e LAPA (2008, p. 53), para quem: “*Em uma sociedade democrática não se pode negar a todos os atores sociais a possibilidade de participação nas esferas públicas de debate*”. No entanto, mesmo elas concordam que “*É preocupante esta atuação quando as partes, ligadas a movimentos religiosos, alteram decisões judiciais e interferem na vida cotidiana das pessoas. A utilização de preceitos jurídicos para fundamentar suas convicções religiosas, como se a religião fosse a lente pela qual se lê a Lei, não deve ser acatada por instituições estatais em um Estado Laico*”.

no nível do “razão pública”. Logo, o problema da estabilidade só pode ser colocado em relação aquilo que é objeto de consenso, o consenso sobreposto. Por quê? Porque a estabilidade exige a adesão dos cidadãos à concepção de justiça por suas próprias razões ou a partir de suas concepções abrangentes e razoáveis. Isso significa que a estabilidade implica na compatibilização da concepção política de justiça com o pluralismo razoável, sem que, no entanto, aquela dependa de uma concepção abrangente razoável que constitui esse pluralismo. Uma concepção política de justiça não pode moldar-se às doutrinas abrangentes razoáveis com o intuito de obter seu apoio. Ela perderia sua autonomia. “Uma concepção de justiça só poderá ser estável (isto é, só poderá gerar a adesão dos indivíduos ao longo do tempo) se contar com algum tipo de justificação pública...”<sup>298</sup>. Ora, esse tipo de justificação envolve valores eminentes objetivos ou objetiváveis. [grifo nosso] (WEBER, 2011, p. 134)

Para corroborar nossa tese de que, mesmo ao “institucionalizar” o argumento, a intenção dos grupos religiosos é estampar na lei seus dogmas, citamos Naara Luna, que, tratando da presença da Igreja (representantes de diversas religiões) nas audiências públicas da ADI 3510 e da ADPF 54, pontua:

Aspecto interessante na descrição dessa sequência de eventos é a ocultação do vínculo religioso, em particular no exemplo dos peritos convocados para a audiência pública de instrução da ADI 3510, mas também na audiência da ADPF 54. Em ambos os casos a presente pesquisa localizou esse tipo de pertencimento. A estratégia parece ser usada para se obter credibilidade no debate público, conforme se constata no depoimento à imprensa do jurista autor da ADI 3510: “fiz tudo à luz do direito”, e na ênfase de vários especialistas em demonstrar que sua argumentação é científica e não religiosa. Trata-se de um exemplo do que afirma Montero quanto às estratégias para produção de visibilidade e legitimidade, “quando os agentes religiosos têm que agir publicamente, eles se veem obrigados a aprender, em cada situação específica, a gramática e a semântica relacionada ao modo de organização de cada cultura pública em particular” (Montero 2012:176). No contexto pesquisado, o comportamento de ocultação do vínculo confessional ou de afirmar o caráter científico de suas colocações denota a restrição ao discurso religioso como emissor de verdades em um Estado laico por um lado. Por outro lado, a argumentação religiosa se traveste de científica ou jurídica, mas não deixa de existir no núcleo de valores que fundamenta o debate. Para análise dessa disputa de sentidos, segue-se a sugestão de Montero (2009: 204): “É analiticamente mais produtivo trazer para o centro do problema o modo pelo qual as diferentes visões de mundo entram em comunicação e disputam os sentidos a respeito do mundo social e subjetivo. Uma etnografia dos processos de flexibilidade e disputa sobre as diferenças permitiria compreender os consensos provisórios que dão certa estabilidade a distinções particulares produzidas em determinados contextos, entre o nós e o eles”. [grifos nossos] (LUNA, 2013, pp. 89-90)

A autora esclarece, inclusive, que houve integrantes do campo científico, do segmento da biomedicina, com “claros vínculos a instituições religiosas e seus apoiadores”, como foi o caso da Associação Médico-Espírita, além de vários outros indicados pela CNBB, que negavam as premissas científicas do Conselho Federal de

<sup>298</sup> Citação original: SILVEIRA, Pablo da. *La Teoría Rawlsiana de La Estabilidad: overlapping consensus, razón pública y discontinuidad*. In: *Justiça como equidade*, p. 348.

Medicina para dizer que havia, sim, vida desde a concepção, o que “*revela o diálogo entre as definições transcendentais oriundas do campo religioso e a linguagem imanente, materializada na biologia, do discurso científico*” (LUNA, 2013, p. 91). E completamos: isso mostra como se reveste os dogmas de cientificidade sem, sequer, disfarçar.

Neste ponto, a autora cita a obra “*Jürgen Habermas: religião, diversidade cultural e publicidade*”, de Paula Montero, em que se discute religião e esfera pública, “*esse diálogo de linguagens de origem distinta e seus diferenciais de poder*”:

*Entre a “vida selvagem” da esfera pública e os procedimentos formais dos corpos políticos há, para o autor [Habermas], uma demarcação institucional, “filtros das vozes de Babel no fluxo da comunicação pública que só deixam passar contribuições seculares”. Ainda assim, a força das falas religiosas continuará a exercer seu direito de linguagem persuasiva na esfera pública enquanto outras linguagens mais convincentes para expressar um certo tipo de experiência não forem convencionadas* (Montero 2009:212). [grifos nossos] (LUNA, 2013, p. 92)

Significa que, enquanto lidarmos como o fato da religiosidade como uma peculiaridade social do Brasil, como se isso implicasse em dar voz à Igreja em nosso espaço público, não seremos capazes de pôr fim a esta dinâmica, que fere nossa democracia, porque, ouvindo a voz desse grupo, em qualquer medida, assumindo-se o risco de fazer prevalecer sua vontade, não se trata os demais grupos com o mesmo respeito e consideração, o que é um imperativo democrático.

Nesse sentido, a autora conclui seu estudo dizendo:

*Verificou-se na análise dos eventos a força das falas religiosas e seu deslizeamento ou tradução ora para a linguagem jurídica ora para a linguagem científica. Lévi-Strauss afirmou: “É nos conceitos biológicos que residem os últimos vestígios de transcendência de que dispõe o pensamento moderno” (1982:52). Nas situações aqui analisadas, constatou-se o debate sobre o valor sagrado da vida como bem ou como dom, a defesa do direito à vida de entes embrionários e fetais, a mescla entre argumentação de caráter jurídico e biológico inspirada em valores religiosos. Nesse sentido, os vestígios de transcendência presentes nos conceitos biológicos revelam valores religiosos que o discurso da laicidade e o modelo da secularização tentam expulsar como anacronismos ou sobrevivências de períodos ultrapassados.* [grifo nosso] (LUNA, 2013, p. 92)<sup>299</sup>

<sup>299</sup> Neste ponto, vale mencionar o debate “as bases pré-políticas do Estado democrático”, travado entre Habermas e Joseph Ratzinger, o ex Papa Bento XVI, em que se questionou qual o lugar da religião, em especial do catolicismo, nos atuais estados democráticos, trabalhado na obra “*A fé de Habermas e a descrença de Ratzinger: ciências naturais entre conservadorismo e modernização*”, de Fernando Gregianin TESTA (2008). Nele, o autor cita José de Souza Martins, colunista do Jornal Estado de São Paulo, que resumiu da seguinte forma o pensamento do pontífice e do doutrinador: “*Para Habermas, é democrático o Estado que possibilita ou estimula a expressão dos diversos grupos políticos ou religiosos, mediante a livre pactuação na ação comunicativa, no diálogo. A divergência parcial de Ratzinger diz respeito a que, para ele, o fundamento ético da ação comunica-*

Isso de permitir a participação da Igreja nos debates públicos porque “a religiosidade faz parte do Brasil” é muito clara. Na ADI 3510 – que foi, aliás, a primeira causa levada ao STF que ensejou audiência pública, e em que, como dito, a CNBB também se manifestou –, esclareceu-se que o que se buscava com a oitiva dos *amici curiae* era dar legitimidade à decisão a ser proferida na ação, que gerou acaloradas discussões entre vários movimentos científicos, religiosos e populares, que defendiam, cada qual, seus pontos de vista. “O tema foi considerado tão complexo e polêmico que pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal realizou-se

---

*tiva é externo a ela, enquanto para Habermas surge nela”* (TESTA, 2008, p. 8). Então, para Habermas, os grupos religiosos podem fazer parte da dinâmica da ação comunicativa, tanto quanto qualquer outro grupo de sociedade civil, e, conforme seus argumentos, pode, inclusive, conseguir que seus dogmas venham a guiar a vida em sociedade. Ratzinger, por outro lado, considera que o Direito não pode ser fruto da decisão da maioria, porque ela pode errar, mas, tampouco, da ciência, porque ela não pode fornecer critérios éticos a serem abarcados pela lei na conformação dos comportamentos. Para ele, o Direito, então, deve se fundar no ser humano, e Testa considera que este Direito perseguido por Ratzinger seria o direito natural, refletido, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem. “*Mais interessante, porém, é sua sugestão de que um direito mínimo poderia nascer da interculturalidade – que certamente não é o relativismo religioso – na qual as diferentes tradições podem encontrar no interior de seu próprio ethos tradicional aqueles conteúdos que permitiriam acordar sobre este direito mínimo. Ratzinger afirma: ‘Para mim a interculturalidade compõe hoje uma dimensão indispensável para a discussão acerca dos fundamentos do ato de ser humano, que não pode ser conduzida nem unicamente dentro do universo cristão nem totalmente dentro de uma tradição racional ocidental’* (RATZINGER, 2004). A sugestão do pontífice é a de encontrar: ‘*Uma necessária correlação entre razão e fé, entre razão e religião, as quais são convocadas para uma purificação e salvação recíproca, que se carecem mutuamente e que precisam reconhecer isso’* (idem)” (TESTA, 2008, p. 8). Consideramos, sim, que o ponto de partida do Direito deve ser o direito natural, uma lei fundada em si mesma e centrada no ser humano. Mas, o que é um ser humano? Onde se inicia sua personalidade? Talvez seja este justamente o ponto no qual a religião purifica-se ou evolui pela razão, como o próprio Ratzinger previu. E o próprio cardeal ressaltou: “*A tarefa de colocar o poder sob a medida do direito remete (...) à pergunta seguinte: como se forma o direito e como o direito deve ser constituído a fim de que seja veículo da justiça, e não como um privilégio daqueles que têm o poder de estabelecer o direito? A questão de que o direito não deve ser um instrumento de poder de poucos, mas a expressão do interesse comum a todos, parece resolvido, pelo menos pelos instrumentos de formação democrática da vontade. Apesar disso, me parece, permanece ainda uma pergunta. Já que dificilmente há unanimidade entre os homens, somente às vezes permanece a delegação como instrumento imprescindível da formação democrática da vontade, outras vezes, a decisão da maioria, com o que, segundo a importância da pergunta, ordens de grandeza distintas podem ser empregadas para a maioria mas também as maiorias podem ser cegas ou injustas. A história o mostra de maneira claríssima. Quando uma maioria, por maior que seja, reprime, com leis opressoras, uma minoria, por exemplo, religiosa ou racial, pode-se, nesse caso, ainda falar de justiça, de direito de modo geral? Assim, o princípio da maioria continua a deixar em aberto a pergunta acerca dos princípios éticos do direito, portanto, daquilo que, em si, sempre permanece injusto ou também, de maneira inversa, aquilo que, de acordo com sua natureza, é um direito imutável, que antecede qualquer decisão pela maioria e que deve ser respeitado por ela. Os tempos modernos formularam um acervo de tais elementos normativos em diversas declarações de direitos humanos e os retiraram do jogo das maiorias. Agora, com a consciência presente, podemos nos dar por satisfeitos com a evidência interna desses valores. Há em vigor, portanto, valores em si, os quais decorrem da essência do ser humano e por isso são intocáveis por todos os portadores dessa essência”* (RATZINGER, 2005). Pois bem. Tal qual não podemos nos subjugar aos palpites da maioria, não podemos deixar essas respostas a cargo da metafísica, com base em dogmas não compartilhados por nossa sociedade, dado o fato do pluralismo. Resta-nos recorrer à ciência.

*uma audiência pública para discutir a matéria com os mais renomados especialistas das mais diversas áreas do conhecimento*". Então, representantes de todos os setores – inclusive religiosos – puderam se manifestar.

Contudo, o Ministro Carlos Britto, relator da causa, com uma fala de seu voto, deu a entender quais posições deveriam, de fato, ser levadas em conta na decisão: as posições dos membros da comunidade científica. “[Uma] *decisão colegiada [é] tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira no tema*”, ele diz (MARTINOTTO, 2010, p. 245). Por que permitir que os religiosos se manifestem neste ambiente, então? Aonde se quer chegar com isso?

Levar ou não levar suas opiniões em conta, no fim, quase irreleva: o ato de chamar a Instituição à manifestação, para nós, já atenta contra a laicidade do Estado<sup>300</sup>. É como disse o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF 54, por ocasião da audiência pública da ação: “*Vivemos sob a égide não do direito canônico, mas do direito em si, elaborado pelo Congresso Nacional*” (GALLUCCI, 2008)<sup>301</sup>. Isso precisa ser assimilado, de uma vez por todas.

<sup>300</sup> Além disso, curiosamente, as opiniões dos dirigentes das diferentes religiões, ao darem seu parecer sobre a questão, discordaram sobre a solução adequada. Sentido amplo, a Igreja Católica é contra o aborto em qualquer caso, mesmo quando necessário para salvar a vida da mãe (SCHOR; ALVARENGA, apud LEIRIA, 1999, p. 7). Assim, como não podia deixar de ser, pediram a não liberação do aborto de anencéfalos (ESTADO DE SÃO PAULO 2008). Em contrapartida, as Igrejas protestantes (batista, luterana, metodista, presbiteriana) são um pouco menos rígidas, admitindo o aborto terapêutico, embora se preocupem em esclarecer rejeitar que ele seja encarado como mais um método de planejamento familiar (SCHOR; ALVARENGA, apud LEIRIA, 1999, p. 7). Assim, na audiência pública em razão da ADPF 54, os representantes dos grupos cristãos pentecostais se disseram a favor da liberação. “*O bispo Carlos Macedo de Oliveira, da Igreja Universal do Reino de Deus, foi mais enfático e disse que deveria ser liberada a realização de abortos. Depois de afirmar que a sociedade é tradicionalmente machista, o bispo defendeu que as mulheres têm o direito de decidir se querem ou não abortar*” (ESTADO DE SÃO PAULO, 2008). Ou seja, assim como dentro da Igreja Católica há quem se mostre contra a descriminalização do aborto por escolha (CNBB) e quem se mostre a favor (Católicas pelo Direito de Decidir), também há dissensos com relação às igrejas evangélicas. Basta pensar em que, mesmo desconsiderando a postura do pastor da Igreja Universal do Reino de Deus, a favor da legalização do aborto por escolha, as igrejas pentecostais se mostraram a favor da liberação do aborto de anencéfalos. E, agora, a frente evangélica encabeça o grupo que luta pela aprovação do Estatuto do Nascituro, que inviabiliza não só o aborto de anencéfalo, como os abortos necessário e sentimental, autorizados pelo nosso Código Penal.

<sup>301</sup> Não obstante, GONÇALVES, BEVILÁQUA e LAPA (2008, pp. 41; 45; 52), em sua pesquisa sobre a jurisprudência atinente a interrupções de gestações de anencéfalos, apontam que, embora nos Tribunais Superiores, mesmo havendo interferência de grupos religiosos, não foram utilizadas nos argumentos dos acórdãos menções diretas a doutrinas religiosas; diferentemente, nos Tribunais estaduais: “*A interferência de argumentação religiosa interfere nos resultados dos acórdãos, tendendo a fazer com que os pedidos de autorização para a interrupção da gestação em caso de anencefalia e má formação sejam negados. Em alguns acórdãos havia manifestação explícita de que a autorização para a interrupção não deveria ser concedida, pois ‘a vida é divina’, pois ‘o feto possui espírito’, reivindicando em algumas situações, explicitamente a doutrina cristã. Em outros, menos explícitos, mas também adotando-se uma conduta a partir de valores morais específicos e*

A partir do momento em que a Igreja Católica e outros grupos religiosos, através de seus poderes históricos, mobilizam-se e contam com o apoio de parlamentares religiosos e conservadores, e conseguem impedir avanços legislativos no sentido de garantir os direitos humanos e as liberdades democráticas, o princípio do Estado laico resta violado [porque os seus argumentos não estão pautados em razões públicas e na racionalidade que o Direito contemporâneo exige]. Tal fato é mais relevante ainda, na medida em que, em relação aos direitos sexuais e direitos reprodutivos, há uma grande dificuldade de avanços legislativos e de implementação de políticas públicas, uma vez que o tema esbarra em valores morais e princípios religiosos como fundamento, em detrimento do Direito e da Ciência. [grifos nossos] (EMMERICK, 2008, pp. 121-122)

Por que razão um Estado laico, ao decidir sobre uma questão qualquer – quem dirá uma questão de forte apelo moral – poderia querer saber a posição da Igreja sobre a matéria? Se esta opinião, pela Constituição Federal, não pode ser levada em conta, por que se a levantar? “O rompimento com a lógica do Estado Laico faz ruir o edifício da democracia e da liberdade, fundado na pluralidade de atores, cuja convivência se torna possível a partir do debate de posições divergentes, minimamente inteligíveis” (DOMINGUES, 2011, p. 4).

O pior é que, não bastasse isso, a Proposta de Emenda à Constituição 99, de 2011<sup>302</sup>, de autoria do Deputado João Campos, do PSDB de Goiás, líder da Bancada Evangélica na Câmara, pleiteia acrescentar ao art. 103 da Constituição Federal um décimo inciso, que dá capacidade postulatória às Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos perante a Constituição<sup>303</sup>. E a Comissão de Constituição e

---

*sem nenhuma previsão em lei, havia a defesa de que o sofrimento é próprio da condição humana, devendo ser suportado por quem gesta fetos com má formação; minimizando e considerando de pouca importância o sofrimento das mulheres nestes casos”. E, também com base em argumento religioso, em quase ¾ das decisões, a vida era considerada um direito absoluto ou, ao menos, mais importante hierarquicamente que qualquer direito da mulher. E concluem as autoras que “Este posicionamento de considerar a vida como bem absoluto, imponderável mesmo que em conflito com demais direitos, além de não considerar a legislação vigente e as regras de interpretação sistemática do ordenamento, demonstra descaso pela característica de Laicidade do Estado Brasileiro. (...) Quando o direito à vida do feto é defendido em absoluto, isso leva, na maioria das vezes, à não consideração dos direitos da gestante que busca o judiciário na tentativa de abreviar o seu sofrimento. Vale dizer, os direitos fundamentais não são absolutos e em casos de conflito, devem ser sopesados os direitos que estão em um lado e do outro do conflito. Assim, é contestável a existência de um ‘direito absoluto’ do feto, sem que se pondere a existência de outros direitos fundamentais, como no caso os direitos da mãe, especialmente à sua integridade física e mental”.*

302

Disponível

em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>>. Último acesso em: 28/02/2014.

303

“Entre as entidades que poderiam apresentar ações no STF estão a Convenção Geral das Assembleias de Deus no Brasil (CGADB), a Convenção Nacional das Assembleias de Deus no Brasil Ministério Madureira (CONAMAD), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil” (COELHO, 2013).

Justiça, que é quem poderia e deveria barrar a PEC, já a aprovou (POMPEU, 2013; PRAGMATISMO POLÍTICO, 2013; SOUZA, 2013).

Ou seja, se, até então, essas entidades podiam opinar no julgamento dessas ações como *amicus curiae*, agora podem ajuizá-las elas mesmas. Isso ultraja ainda mais o nosso já precário Estado laico (PRADO, 2013); “esses acontecimentos deixaram um sentimento generalizado de indignação e revolta em todos nós que defendemos e lutamos pela democracia, pelos direitos humanos e pelo estado laico” (COSTA, 2013). O papel da CCJ é avaliar se as Propostas de Emendas à Constituição estão ou não conforme a Constituição. Mas, como esta emenda, ferindo a laicidade do Estado, poderia estar conforme a Constituição? (SOUZA, 2013).

O argumento defendido a favor da PEC é que somente assuntos estritamente atinentes às entidades poderiam suscitar ADIs ou ADCs ajuizadas por elas, como a imunidade tributária que a Constituição lhes confere, a liberdade de culto ou o ensino religioso nas escolas públicas. Mas, diante do parecer do relator da proposta na CCJ, o deputado Bonifácio de Andrada, do PSDB de Minas Gerais, claramente se trata de um instrumento para outros fins: “*Há temas e questões que somente as lideranças religiosas podem focalizar tendo em vista as sensibilidades das mesmas para determinados assuntos que informam de maneira básica a prática do direito entre nós*” (NÉRI, 2013). Ora, não é preciso sensibilidade para falar de imunidade tributária, liberdade de culto ou as regras do ensino religioso escolar.

A emenda sofreu resistência entre deputados do Partido dos Trabalhadores em razão da violação ao princípio da laicidade; eles, inclusive, chegaram a obstruir a votação do projeto na CCJ. Nos bastidores (e com razão), os petistas argumentaram que a emenda nada mais é que uma estratégia de grupos evangélicos de ocupar espaços e garantir maior poder dentro da esfera do Judiciário. Isto porque recentes decisões do Supremo, como a permissão da união civil entre homossexuais, a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos e, ainda, a admissão das pesquisas com células-tronco, têm incomodado a alta cúpula da Igreja (BRAGA; ÉBOLI, 2013).

*Desde o início do governo Dilma, a presença dos religiosos no cenário político conquistou compromisso do governo pela descontinuidade do debate sobre aborto e das ações incluídas nas políticas públicas que no governo Lula tinham avançado significativamente. É preciso lembrar que o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, alertou a sociedade sobre a necessidade de legalizar o aborto como estratégia de saúde pública, pelo fato da clandestinidade levar as mulheres ao adoecimento e à morte. O próprio presidente Lula declarou ser necessário acabar com a hipocrisia acerca do aborto. A ex-ministra Nilcéia Freire, da Secretaria para Mulheres, à época,*

colocou como prioridade de sua gestão os direitos sexuais e reprodutivos. Hoje, dolorosamente, o que assistimos é uma censura ao debate sobre os temas dos direitos sexuais e reprodutivos agravada pela omissão dos poderes executivo e legislativo sobre questões centrais para a cidadania feminina, incluindo mudanças de abordagens nas suas políticas e programas. Este retrocesso que compromete a laicidade constitucional tem gerado grande indignação na sociedade, culminando com a recente aprovação do Estatuto do Nascituro. O atraso começa pela referência ao termo nascituro, absolutamente inadequado por referir-se àquele conjunto de células pré-embriônicas que têm possibilidade de se transformar em ser humano e pessoa, se houver o desenvolvimento intra-uterino e a ocorrência do nascimento com vida. Uma pessoa é uma entidade que tem certas capacidades ou atributos associados à personalidade, incluindo autoconsciência, a capacidade de realizar uma ação moral e ajuizar sobre ela. Longe de ser universal, o conceito de “pessoa” na filosofia está associado a variabilidade histórica e cultural envolvendo controvérsias de acordo a cada linha filosófica. Tomando a capacidade da autonomia como referência para a condição de pessoa, o estatuto em questão cria sérios desvios éticos e jurídicos ao atribuir direitos civis e obrigações do Estado às células humanas pré-embriônicas, anulando o poder de escolha da pessoa-mulher e, por extensão, das demais pessoas de sua família. O direito das mulheres passa a ser precedido pelo direito do nascituro, ou seja, o direito de células que um dia poderão ser transformadas em um corpo de uma pessoa cassa os direitos das mulheres. Não parece um contrassenso, uma mutilação dos direitos das mulheres? No meio de outras aberrações igualmente graves, o Estatuto do Nascituro propõe instituir a “bolsa estupro”, uma violência contra mulheres e crianças como solução para a violência sexual que a mulher é vítima. É como se a mulher se tornasse culpada pela violência sexual sofrida. Desta forma, será punida e obrigada a carregar pelo resto de sua vida as consequências dessa dolorosa situação. E as consequências para esta criança? Não há como desconsiderar. É possível prever a dimensão e gravidade dos problemas que esse Estatuto produzirá para a saúde e a cidadania das mulheres. Caso seja aprovado, a história política do país, que pela primeira vez é conduzido por uma mulher, irá registrar o retorno das mulheres à tutela sufocante das moralidades misóginas religiosas que não as respeitam e que anula a luta e os direitos que vem sendo conquistados. [grifo nosso] (COSTA, 2013)

A verdade é que, se, um dia, pareceu que dar status constitucional à laicidade do Estado e à liberdade religiosa era a solução para frear a interferência dos grupos religiosos na política, hoje, o que se vê é que eles se adaptaram ao jogo, e se infiltram, inclusive, no processo eleitoral para fazer prevalecer seus dogmas pela “força”, o que é bastante difícil de evitar. Dar a eles a possibilidade de se manifestar em mais esse núcleo é, de fato, impossibilitar seu distanciamento da coisa e do discurso público.

É certo que laicidade não se confunde com laicismo ou ateísmo, mas, será que está sendo dado às pessoas o direito de viver conforme sua própria fé (que é no que ela, a laicidade, consiste)?

É certo que, em números absolutos, o Brasil é o maior país católico do mundo, porque é um país com 200 milhões de habitantes, em sua maioria católicos, mas o que é a maioria diante da democracia?

Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiniana, é “tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um outsider ou integrante de um grupo minoritário que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença. Como afirmou Boaventura de Souza Santos – autor que não pertence à mesma escola intelectual de Dworkin, mas que parece em sintonia com ele neste ponto – “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. Aliás, poder-se-ia talvez emendar o grande sociólogo português, afirmando que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma importante faceta sua. [grifos nossos] (SARMENTO In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 161)

No Brasil, não obstante a separação entre Estado e Religião ser uma garantia constitucional<sup>304</sup> – sendo, tanto a laicidade do Estado, quanto o direito à liberdade de crença, contemplados no texto da nossa Carta, em seus arts. 5º, VI, VII e VIII<sup>305</sup>, e 19, I<sup>306</sup> – logo em seu preâmbulo, se assevera:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a se-

<sup>304</sup> Embora a Igreja católica tenha privilégios com os quais nem os fiéis concordam. Sobre o tema, ver IBOPE, 2009. No mesmo sentido é a lição de Roberto LOREA (2006, pp. 188-189): “Tão significativa quanto a divergência de posições entre os fiéis e a hierarquia católica, é a compreensão de 85% dos católicos de que o presidente da República deve governar segundo a diversidade de opiniões existentes no país e não com base nos ensinamentos da igreja católica. Nessa mesma linha, 86% da população católica entrevistada acredita que legisladores e juizes devem tomar suas decisões baseados na diversidade de opiniões existentes e não com base nos ensinamentos da Igreja católica. Partindo-se desses dados, pode-se melhor examinar a questão da falta de legitimidade do discurso de uma hierarquia religiosa que pretende atuar no plano político como se estivesse representando a população católica que vive no Brasil. Seja porque a hierarquia católica sustenta posições que não refletem sequer a maioria da população católica, seja porque não tem qualquer papel representativo no plano político, uma vez que os católicos brasileiros se fazem representar através do exercício de seus direitos políticos, elegendo seus representantes por ocasião das eleições, percebe-se o equívoco de um discurso ainda alimentado por alguns setores conservadores da Igreja”.

<sup>305</sup> “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988).

<sup>306</sup> “Art. 19: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse” (BRASIL, 1988).

quinta Constituição da República Federativa do Brasil. [grifos nossos]. (BRASIL, 1988)

Muito já se criticou e discutiu sobre a incoerência e estranheza que gera ter-se citado Deus numa Constituição que se declarou e pretendeu plural e respeitadora das diferenças, mas, hoje em dia, esta já é uma questão superada. Senão por outros motivos, pelo de já haver problemas muito mais sérios relacionados à não-laicidade do Estado brasileiro do que este sinal breve e chinfrim<sup>307</sup>.

*Parlamentares ainda expressam sem constrangimento que trabalham seguindo as leis divinas. É importante assinalar que um ou uma parlamentar, como qualquer cidadão, tem todo o direito, em sua vida pessoal, de escolher e seguir a religião que bem lhe aprouver, mas não poderia jamais se pautar por isso no momento de legislar, de realizar o trabalho que é pago com o dinheiro de impostos de cidadãos e cidadãs de todas as religiões - e de quem não tem religião também. Impor a crença religiosa de uma parte da sociedade ao conjunto da população coloca em risco a própria democracia.* [grifo nosso] (CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR, 2008)

O princípio da laicidade estatal impõe que o Estado: (i) não se confunda com nenhuma instituição religiosa; (ii) não institua nenhuma religião oficial; (iii) trate igualmente as diversas crenças e descrenças; e, especialmente, (iv) não aceite fundamentações religiosas para definir os rumos políticos e jurídicos da nação (VECCHIATTI, 2008). Não obstante, são inúmeros os casos, no Brasil, em que a Religião interfere pesadamente, tanto no momento da criação e aprovação das leis, como

<sup>307</sup> “O Brasil, Estado laico desde 1891 com a Proclamação da República, tem o dever, diante de sua condição factual, de garantir que haja autonomia do Estado político frente ao religioso. Conforme nos lembra Roberto Blancarte (2008), esta ‘é a única maneira de se conseguir que um grupo não interfira no conjunto das leis e das políticas públicas’, não havendo, dessa forma, ‘qualquer tipo de discriminação’. Segundo o pesquisador, ‘o Estado não pode ser o defensor de uma só doutrina, porque, no momento em que o Estado se converte no braço armado de uma doutrina e a impõe através da legislação ou de outras políticas públicas, obviamente os outros grupos ficam desfavorecidos’. Para Blancarte, o Estado laico alude a uma série de valores como a democracia, as liberdades, a tolerância e o respeito aos direitos humanos e ao pluralismo: ‘O Estado tem que ser imparcial com todo mundo e a única maneira de sê-lo é manter sua autonomia diante de qualquer doutrina religiosa ou filosófica específica, porque o Estado tem que garantir o interesse público, de todos. Para fazer uma lei laica se requer uma verdadeira autonomia, mas na América Latina muitas vezes vemos que, mesmo onde há separação formal entre os Estados e as igrejas, não há, no entanto, autonomia em relação a estas instituições religiosas... Por isso digo que o Estado laico é mais do que essa separação, é a autonomia real do político frente ao religioso ou filosófico particular’. De acordo com o sociólogo, os Direitos Sexuais e Reprodutivos fazem parte, do mesmo modo, ‘dos direitos’, ainda que isso não favoreça particularmente a todos, ‘pois o Estado laico tem a seu serviço funcionários públicos que não estão aqui para impor suas crenças pessoais ou para servir a interesses de um grupo ou das maiorias, mas para servir aos interesses de todos’. Segundo o pesquisador, nenhuma crença pessoal poderia ser imposta ao público. ‘Todos têm direito a ter suas crenças, mas não podem as impor e utilizar sua função pública para isto’. Para Blancarte, o espaço público, do mesmo modo, deve ser ‘secular’, pois as leis e as decisões não devem depender de pontos de vista religiosos ou filosóficos específicos” (PORTO, 2009, p. 86).

nas discussões e decisões do Judiciário<sup>308</sup> (sem falar nas questões de política). A título de exemplo, podem-se citar questões como a doação de órgãos, do casamento homossexual, da pesquisa com células-tronco e, claro, o que se aborda no presente trabalho: o aborto.

José Antônio Dias Toffoli, ex-advogado geral da união, e, hoje, Ministro do STF, quando ainda tinha seu nome sondado para o cargo atual, era frequentemente indagado em entrevistas quanto a questões polêmicas – assim como se costuma fazer com candidatos à presidência (já falamos sobre isso) –. Sobre certas questões, a curiosidade era maior pelo fato de ser do conhecimento geral que ele era, como é até hoje, fervorosamente católico. E, questionado sobre a problemática do aborto, ele declarou que, embora seja contrário à prática, é favorável à legalização<sup>309</sup>.

*O SENHOR É CATÓLICO PRATICANTE, E A IGREJA DEFENDE A MANUTENÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO. NÃO HÁ AÍ UMA CONTRADIÇÃO?*

*Respondo com tranquilidade: sou contra o aborto. E duvido que exista sobre a Terra algum ser humano favorável ao aborto. Mas o problema tem de ser encarado de outro ponto de vista: qual é a melhor forma de combatê-lo? Qual é a melhor maneira de diminuir o número de casos de aborto? A criminalização não é a resposta. Ela pode até ser importante do ponto de vista moral para dizer que é algo errado, incorreto, mas não resolve o problema. Não adianta alimentar uma polêmica de religião versus Estado ou de feminismo versus Igreja. É necessário que as pessoas pensem na melhor forma de combater o aborto. Resumindo: sou contra o aborto e contra sua criminalização.*

*COM A PROIBIÇÃO, COMO O SENHOR DIZ, OS ABORTOS OCORREM DE MANEIRA CLANDESTINA. SEM ELA, A PRÁTICA NÃO TENDERIA A SE DISSEMINAR MAIS AINDA?*

<sup>308</sup> “Há duas maneiras de a laicidade se expressar na sociedade democrática: ou pela pluriconfessionalidade ou pela neutralidade confessional. O Brasil tem uma afirmação, no meu entender equivocada, de que laicidade se dá pela pluriconfessionalidade, ou seja: nós temos partidos democratas cristãos, frentes evangélicas, etc. A religião é uma das expressões das formas de estar no mundo. Mas ela não tem anterioridade ao fato democrático. Ela não tem anterioridade à laicidade. Somente com a compreensão de que a laicidade se daria pela neutralidade confessional é que nós conseguiríamos ter um debate legislativo. Se o país é laico, as suas instituições, como o SUS, são laicas. Assim, objeção de consciência no SUS é igual a omissão de socorro, é desobediência civil, não é direito médico. Cresce no país essa ideia de objeção de consciência como instrumento dos médicos para negar o acesso ao aborto pela compreensão equivocada da pluriconfessionalidade” (DINIZ In: ESTADO DE SÃO PAULO, 2008). “Tem-se observado uma expressiva participação de líderes religiosos na política partidária, chegando-se a constituir bancadas religiosas no Congresso Nacional. Qual o objetivo dessa filiação político-religiosa? Impor a todos uma determinada convicção religiosa. Isso não é bom para a democracia, pois coloca em risco as liberdades laicas. A Constituição Federal (art. 5º, VI) estabelece como direito fundamental a inviolabilidade de consciência e de crença, assegurando que os brasileiros não sofram coação estatal em matéria religiosa. Isso significa que o Estado não pode impor convicções religiosas através de lei. No Brasil, as pessoas são livres para aderir a uma determinada crença religiosa. Também são livres para abandoná-la” (Roberto LOREA In: ROSCOE; ZAIDAN, 2008).

<sup>309</sup> No julgamento da ADPF 54, ele se absteve da votação, por ter apreciado o tema enquanto Advogado-Geral da União.

*Defendo a ideia de que o Estado ofereça uma política de saúde pública que procure evitar o aborto, mas que também dê condições dignas e seguras às mulheres que decidam abortar. O Estado precisa incentivar a contracepção e o sexo seguro. Esse tipo de informação é fundamental. Quando a mulher engravida, é necessário que se dê a ela acesso a programas médicos, sociais, psicológicos, religiosos e até auxílio econômico, se for o caso, para que mantenha essa gravidez. É preciso fornecer meios para dissuadi-la da possibilidade de fazer um aborto. Mas depois disso, se não houver outra opção, é melhor que ela o faça de maneira segura. (...) Considero que o aborto tem de ser visto como uma questão de saúde pública, não como um problema criminal. Isso é muito diferente da visão da Secretaria da Mulher, que aceita o aborto como uma forma de contracepção. Pragmaticamente, a descriminalização é a melhor forma de reduzir o número de abortos. [grifos nossos] (CABRAL, O., 2009)*

Toffoli, então, passou a ser duramente criticado por, mesmo declaradamente católico e declaradamente contra o aborto, defender a sua legalização. No entanto, em verdade, isso não é algo a se criticar, mas a se aplaudir. É perfeitamente coerente defender-se a ideia de que o aborto é uma conduta reprovável e, ainda assim, acreditar que a decisão deve ficar a cargo da gestante, que é quem terá que arcar com as consequências decorrentes dessa decisão. Dworkin corrobora esta visão:

*Essa combinação de pontos de vista não é apenas coerente; na verdade, mostra-se igualmente de conformidade com uma grande tradição de liberdade de consciência das modernas democracias pluralistas. É bastante comum pensar que não compete ao governo ditar aquilo que seus cidadãos devem pensar sobre valores éticos e espirituais, em especial sobre valores religiosos. (...) Se as grandes batalhas sobre aborto e eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força brutal das leis penais. [grifo nosso] (DWORKIN, 2009, pp. 18-19)*

Cada religião pode criar as próprias regras, mas isso não é razão para que essas normas, se não compõem a moral mínima da sociedade, virem lei. Um país com católicos, protestantes (batistas, metodistas, adventistas, testemunhas de Jeová, etc.), espíritas, umbandistas, candomblecistas, muçulmanos, judeus e ateus, e que se declara laico, não pode adotar a lei de nenhum desses grupos como lei para todos, ou essa lei só terá respaldo com relação ao grupo que a inspirou, perdendo domínio sobre todos os outros<sup>310</sup>. Por isso, não se pode confundir Direito com Religião<sup>311</sup>, sobretudo num país com tantas religiões, como o Brasil<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> No Mandado de Segurança 905037.3/8-0000-000 TJSP/2006, citado por GONÇALVES, BEVILÁCQUA e LAPA (2008, p. 67), sobre um pedido de ordem autorizadora de aborto de anencéfalo, diz o relator: “Cabe à mulher, na qualidade de pleno sujeito de direitos, a partir de suas próprias

O reconhecimento da liberdade de crença religiosa, como direito liberal, e a necessidade da laicidade do Estado, como imperativo democrático, convergem para uma separação estrita entre religião e política que possui uma consequência prática particularmente relevante. Ela implica o abandono, por parte da religião, de qualquer pretensão de se impor coercitivamente. A adequação às normas de comportamento determinadas pela religião deve ser voluntária, motivada apenas pelo proselitismo. Isso significa que os próprios religiosos devem se abster de tentar instrumentalizar o Estado em favor de suas crenças particulares. O uso do mecanismo eleitoral como forma de chantagem que obriga a decisão política a se curvar a preceitos religiosos fere, assim, princípios basilares tanto do liberalismo político quanto da democracia. [grifo nosso] (MIGUEL, 2012, pp. 661-662)

Se nossa lei permitisse o aborto por escolha, não se estaria, com isso, obrigando as mulheres que, por religião ou qualquer outro motivo, não admitem o abor-

---

*convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado, de sorte a assegurar-lhe o direito fundamental à dignidade, e permitir a intervenção médica, apropriada e necessária”. E cita o artigo “Anencefalia: Ciência e Estado Laico”, de autoria da antropóloga Débora Diniz, que, ao discorrer sobre a ADPF 54, diz: “Reconhecer as premissas científicas da ação sobre anencefalia levará o julgamento para outro desafio: o de garantir e promover o caráter laico do Estado brasileiro. Esta é uma matéria que somente poderá ser enfrentada em termos laicos, isto é, livre de dogmas e valores religiosos particulares, dado o caráter plural e tolerante de nossa sociedade [sobretudo] em matéria religiosa”. No MS 376036-3/3-00 TJSP/2002, citado pelas mesmas autoras, o desembargador cita Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (Dicionário de Política. Ed. UNB, Brasília: 1983, pp. 670-673): “As diferentes significações do Laicismo reúnem em si a história das ideias e a história das instituições e podem ser resumidas nas duas expressões clássicas ‘cultura leiga’ e ‘Estado leigo’ (...) Mais intimamente ligada à linguagem política é a segunda expressão. Estado Leigo, que quer significar o contrário de Estado confessional, isto é, daquele Estado que assume, como sua, uma determinada religião e privilegia seus fiéis em relação aos crentes de outras religiões e aos não crentes. E a esta noção de Estado leigo que fazem referência as correntes políticas que defendem a autonomia das instituições públicas e da sociedade civil de toda diretriz emanada do magistério eclesiástico e de toda interferência exercida por organizações confessionais: o regime de separação jurídica entre o Estado e a Igreja; a garantia da liberdade dos cidadãos perante ambos os poderes. A teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. (...) Na medida em que garante, a todas as confissões, liberdade de religião e de culto, sem implantar em relação às mesmas nem estruturas de privilégios nem estruturas de controle, o Estado leigo não apenas salvaguarda a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso, mas, ao mesmo tempo, defende a autonomia das Igrejas em suas relações com o poder temporal, que não tem o direito de impor aos cidadãos profissão alguma de ortodoxia confessional. A reivindicação da laicidade do Estado não interessa, apenas, às correntes laicistas, mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram, no Estado leigo, as garantias para o exercício da liberdade religiosa”. E diz: “É princípio do Estado Laico agir autonomamente em relação a qualquer religião e, principalmente, não fazer sobrepor uma doutrina religiosa aos crentes de outras religiões ou aos não crentes”.*

<sup>311</sup> “Se a mulher, por razões religiosas ou éticas, se nega a praticar o aborto permitido, em todas as situações que narramos [situações admitidas pela lei], isso é algo que diz respeito exclusivamente ao seu foro íntimo. Se a sua decisão, no entanto, for em sentido contrário (pró-aborto), o Direito, o Estado e a Justiça devem ser colocados à sua disposição, para amparar sua deliberação, sendo deplorável a postura metajurídica de alguns juízes minoritários que andam confundindo Direito com Religião” (GOMES, 2010).

<sup>312</sup> “Cabe citar Daniele Hervieu-Léger (1997, p. 362-364), quando a mesma refere que ‘As instituições religiosas não podem mais pretender reger as sociedades. Suas atividades não se exercem legitimamente senão no interior de um campo religioso especializado e não têm abrangência para além de um grupo determinado de crentes voluntários. O sentimento religioso se torna, quando subsiste, um assunto individual. A crença religiosa perde seu papel determinante na formação da identidade individual e coletiva” (LOREA, 2006, p. 189).

to, a praticá-lo, apenas admitindo que as que não têm religião e as que têm, mas querem abortar mesmo assim, abortem; estar-se-ia dando a elas o poder de escolha, que é algo a que elas têm direito. E, tanto o repúdio ao aborto não está contido como reprovável na moral mínima da sociedade, que, embora se trate de um crime tipificado em nosso Código Penal, trata-se de uma conduta tão comum que, como mostrado, pesquisas indicam que, aos 40 anos, uma em cada cinco brasileiras terá feito ao menos um aborto na vida (TOLEDO, 2010b).

Além disso, por incrível que pareça, como visto, no Brasil, 90% das mulheres que abortam são cristãs. 65% católicas, 25% protestantes (BORIS; MIGUEZ, 2010). Então, nem se pode dizer que a moral adotada pelo nosso Código Penal, no que toca à criminalização do aborto, seja a moral católica. Talvez a da Confederação Brasileira dos Bispos Brasileiros (que, aliás, interfere pesadamente em todas as tentativas de legalização da prática<sup>313</sup>). E é até curioso pensar que o maior órgão da

---

<sup>313</sup> “O movimento antiaborto é liderado por grupos religiosos (...). A liderança organizacional, porém, fica a cargo dos católicos” (DWORKIN, 2009, p. 49). “Há de se chamar atenção para o fato de que, nesse embate entre aborto x política x religião, os evangélicos também passam a compor este cenário, principalmente a partir dos anos 90. Segundo Edlaine Gomes (2008), ‘política e religião se tornam indissociáveis nesse contexto de atuação das diversas denominações classificadas como evangélicas’, embora não haja uma unificação em relação ao abortamento’. De qualquer modo, a Igreja Católica ainda se constitui, segundo a autora, como o principal interlocutor religioso no debate sobre o aborto no país, embora se tenha de distinguir, como bem chama atenção Gomes (2008), que existem diferentes formatos do ‘ser católico’ em grande medida dissociados das orientações institucionais, assim como os evangélicos em suas múltiplas vertentes, ou seja, não há um só discurso católico, como também não existe apenas um discurso evangélico” (PORTO, 2009, p. 74). “O aborto é usado como um tema chave na disputa religiosa, conforme observam Machado (2010) e Gomes (2009). Verificam-se as divergências na forma de olhar o aborto em relação à visão da Igreja Católica. As autoras puderam contemplar por meio de suas pesquisas que as Igrejas Pentecostais e Igrejas Evangélicas se mostram diferentes quanto ao aborto, não há uma homogeneidade de opinião entre todas elas. Existe sim uma complexidade de postura e controvérsias. Instituições cristãs, como a Igreja Presbiteriana do Brasil (IPB) se mostram mais flexíveis ao aborto do que a Igreja Católica em casos de estupro, de risco de vida da mulher e em casos de má-formação fetal, além de serem mais ‘abertas’ ao planejamento familiar promovido pela Medicina. A Igreja Universal do Reino de Deus, além dos casos de abortamento que a Igreja Presbiteriana aceita, se mostra favorável ao aborto em caso de dificuldades econômicas, segundo Gomes (2009)” (VIEIRA JÚNIOR, 2011, pp. 104-105). “A audiência pública da ADPF 54 estabeleceu um contexto mais plural de consulta às religiões que a audiência pública e o julgamento da ADI 3510. Emergiram representantes de outras confissões, embora as pessoas ligadas à orientação do magistério católico estivessem em maior número e obtivessem a convocação para se manifestar não apenas na sessão para as religiões. Muitas vezes esse laço com a instituição religiosa não é revelado. Gomes (2009a) analisa a posição de outras igrejas no tocante à legislação do aborto, além da IURD, duas igrejas do protestantismo histórico de missão, a Igreja Metodista e a Igreja Presbiteriana do Brasil, fizeram documentos públicos a respeito, o que revela diversidade no campo. A última aceita apenas o aborto terapêutico, já a metodista, além dos casos previstos em lei, admite o procedimento nos casos de inviabilidade de sobrevivência do feto. O debate com respeito ao direito à vida não é monolítico como levaria a crer a oposição de religião e ciência parece indicar. Por outro lado, a centralidade da cobertura da mídia na opinião da Igreja Católica encobre outras perspectivas dentro do campo religioso, posturas às vezes afinadas com a Igreja, às vezes em aberta contestação de sua doutrina. É necessário que a investigação antropológica e sociológica venha a cobrir esses lapsos. (...) Ainda com respeito a atuações distintas dos agentes religiosos, em contraste com a audiência da

sociedade civil que se movimenta no sentido da descriminalização do aborto no Brasil se chama “Católicas pelo Direito de Decidir”<sup>314</sup>.

*É inquestionável que houve um retrocesso na discussão sobre o aborto nos últimos anos. Em primeiríssimo lugar os legisladores e políticos no Brasil esqueceram-se, entre outros, do princípio constitucional da laicidade do Estado. Estado Laico significa que não há controle das Igrejas e do clero sobre o Estado. Todas as religiões e seus dogmas são respeitados, mas não há ingerência delas sobre a gestão do Estado e sobre a formulação das Leis. O que vemos hoje no Brasil é uma enorme confusão e eu diria que há uma submissão de legisladores, políticos e candidatos a representantes de diversas correntes religiosas. Mais além, não há uma discussão madura da questão do aborto com a sociedade civil. Em todas as classes sociais muito poucas pessoas sabem que o Código Penal vigente pune a mulher que pratica um aborto com 1 a 3 anos de cadeia. A Lei vigente de 1940 é anacrônica*

---

ADI 3510, no contexto da audiência pública sobre a ADPF 54, abriu-se espaço para a fala de diversos representantes religiosos que se manifestaram na sessão específica ou em outras. Estavam presentes evangélicos: um porta-voz da IURD defendeu o direito de escolha das mulheres gestantes de fetos anencefálicos quanto à antecipação de parto. O grupo Católicas pelo Direito de Decidir, segmento dissidente da orientação do Vaticano com respeito à sexualidade e direitos reprodutivos, fez o mesmo. As duas representantes espíritas na audiência da ADPF 54 não apenas afirmaram a existência de vida humana desde a concepção, o que seria comprovado pela ciência segundo a argumentação apresentada, mas também uma delas defendeu a teoria do design inteligente em termos de fato científico estabelecido. Os exemplos citados questionam o diagnóstico dos religiosos em termos de um coletivo homogêneo dotado de unidade de opinião. Não se verificou a atuação destes como um grupo monolítico: são identificadas dissidências por membros de uma mesma instituição religiosa (Católicas pelo Direito de Decidir), existem alianças ocasionais em torno de um objetivo (exemplo da união dos parlamentares cristãos contra o substitutivo de Aldo Rebelo, na Câmara), e há rivalidades e disputas no espaço público (IURD contra a Igreja Católica; assembleianos marcando uma posição mais conservadora identificada com o movimento pró-vida na votação final na Câmara dos Deputados em contraste com os iurdianos). (...) [Portanto,] se a recusa ao aborto e à manipulação de embriões humanos em experimentos tem fundamento transcendente na tese de defesa da vida, esse ponto de vista não é unanimidade entre os religiosos, tendo se constatado que vários se posicionaram em função de outros valores ligados à autonomia pessoal” (LUNA, 2013, pp. 87-88; 89; 91).

<sup>314</sup> “Ao assegurar as liberdades laicas, o Estado não se limita apenas a assegurar a coexistência pacífica entre diferentes credos. Ainda mais importante que garantir a liberdade de crença, é o fato de que a laicidade garante o direito de divergir da hierarquia de sua própria igreja, contemplando a diversidade existente no seio de uma mesma doutrina religiosa. Esta é a razão pela qual, no Brasil, um casal católico pode se divorciar sem que seja permitido ao juiz de direito negar o divórcio com base em sua própria convicção religiosa ou sob o argumento de que a hierarquia da religião católica não admite o divórcio e que um casal católico não pode infringir um dogma de sua própria igreja. (...) O objetivo deste artigo é contribuir para o debate atual sobre a reforma da legislação que ainda criminaliza o aborto no país. Para tanto importa destacar que, ao contrário do que possa parecer, a questão da religião deve ser contemplada no debate justamente para assegurar a liberdade religiosa, atendendo a amplos setores da sociedade brasileira que, embora comungando os valores da religião católica, divergem da orientação da hierarquia de sua própria igreja quanto ao enfrentamento da questão do aborto. (...) Dada essa importante divergência, resta ao estado democrático de direito se manter equidistante de quaisquer posições religiosas, assegurando a possibilidade de convívio pacífico entre ideias conflitantes. É dever do Estado implementar políticas públicas capazes de atender ao interesse público, assegurando que todas as pessoas recebam tratamento igualitário por parte do Estado, independentemente de sua (não) crença religiosa. (...) Ponto fundamental para a compreensão da defesa de uma postura laica acerca do tema do aborto no Brasil, é entender que a posição da religião católica sobre a questão não se confunde com a posição adotada pela hierarquia dessa mesma igreja. Mais precisamente, importa registrar que não há consenso acerca do tema, podendo-se referir importantes vozes católicas que admitem a possibilidade de a mulher exercer sua liberdade de consciência frente ao dilema de interromper uma gravidez indesejada” (LOREA, 2006, p. 187).

*ca e ineficaz. Felizmente, muito raramente uma mulher é presa em função de ter praticado aborto. As pessoas em geral consideram que a discussão do aborto deve obter um consenso: isto é impossível. As sociedades humanas são multiculturais. A questão do aborto insere-se no Direito Humano das Mulheres e deve ser vista dentro dos Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. A futura despenalização do Aborto vai depender de uma prévia discussão adequadamente realizada com a sociedade civil. [grifos nossos] (CEBES, 2013)*

O nosso Código Penal foi criado para a sociedade de 70 anos atrás. Já são quase três gerações de transformações. “Apesar de mais de 60 anos de avanços nos valores da sociedade, avanços científicos inimagináveis há 70 anos (...), a legislação penal vem sofrendo mudanças por muitos consideradas tímidas”. Os dispositivos relativos ao aborto, elencado como crime contra a pessoa, nunca sofreram qualquer alteração (embora, a rigor, nem se trate de crime contra a pessoa, já que, segundo o Código Civil de 2002, e, da mesma forma, o Código Civil de 1916, sob cuja égide o Código Penal de 1940 foi redigido, a personalidade civil começa com o nascimento com vida) (SILVA FILHO, 2010, p. 951).

Não é difícil ver como a sociedade de 1940 se distancia da de hoje em dia. No Código Penal de 1940 original, por exemplo, o crime de “posse sexual mediante fraude” (antigo art. 215, CP, atual violência sexual mediante fraude) só poderia ser praticado contra “mulher honesta”, assim como o “atentado ao pudor mediante fraude” (antigo art. 216, CP, que, hoje, compõe o mesmo tipo anterior) e o “raptio violento ou mediante fraude” (antigo art. 219, CP). Havia, ainda, o crime de sedução (antigo art. 217, CP), cujo sujeito passivo era a “mulher virgem” de 14 a 18 anos, e uma forma qualificada do crime de “posse sexual mediante fraude” (antigo art. 215, parágrafo único, CP) para quando comprovada a virgindade da vítima. Isso fazia sentido num contexto em que o Código Civil considerava “erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge” o defloramento da mulher ignorado pelo marido (antigo art. 219, IV, CC/16), havendo a possibilidade de ajuizamento de ação anulatória de matrimônio contraído com mulher já deflorada (antigo art. 218, c/c art. 219, IV, e art. 128, CC/16), mas não hoje em dia. Ainda, previa-se que a lesão causada a mulher solteira ou viúva “ainda capaz de casar” ensejava indenização constante em dote “segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito” (antigo art. 1.538, §2º, CC/16), e mais: a mulher “agravada em sua honra” tinha direito a exigir do ofensor, “se este não pudesse ou não quisesse reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida”, se ela, virgem e menor, fosse deflorada; se, mulher honesta, fosse violentada ou ameaçada; se

fosse seduzida com promessas de casamento; ou se fosse raptada. Não bastante, o marido era tido como “chefe da sociedade conjugal”, competindo-lhe o direito de “autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal” (antigo art. 233, IV, CC/16); logo, a mulher não podia, sem autorização do marido, sequer exercer profissão (antigo art. 242, VII, CC/16). Este é o retrato de uma sociedade conservadora e machista, que devemos deixar no passado. O tratamento dado à mulher pelo Código Civil de 1916, aos olhos de hoje, é risível. Grande parte dos seus erros foram reparados ao longo do tempo por meio de reformas e, finalmente, do novo Código Civil<sup>315</sup>, mas não tantos do Código Penal, igualmente anacrônico<sup>316</sup>.

De qualquer forma, sem dúvidas, esta não é uma questão de fácil lida, o que faz com que o assunto vá sendo adiado indefinidamente, até porque o mais comum é quem seja contra a prática esteja feliz com sua criminalização. Em regra, aqueles que repudiam algo que a lei, porventura, proíba, se sente satisfeito com a proibição, e não pondera sobre se aquilo é minimamente consensual socialmente, e se estão sendo respeitadas as morais dos indivíduos, ou mesmo se aquela lei é eficaz quanto ao fim ao qual se propõe; para esses, se um só feto for salvo pelo fato de a lei proibir o aborto, esta lei já terá valido a pena, não importando quantas mulheres morram em razão da busca pelo aborto na clandestinidade, sem assistência médica ou psicológica, porque, a seu ver, elas não fazem jus a nenhum tipo de proteção, na medida em que optaram por um ato, a seus olhos, repudiável. Elas pecaram e merecem o castigo.

Ocorre que o legislador deve se preocupar em abordar na lei apenas a moral mínima social, que é a única que pode ser tida como pretensamente comum a todos. E, diante dos números, vê-se que há muito deixaram de ser poucas as mulheres que admitem o aborto, já que são inúmeras as que abortam (e, em virtude da criminali-

---

<sup>315</sup> “O Código Civil de 1916, em vários de seus artigos, dispunha acerca da relação entre os gêneros, concedendo ao homem a primazia da relação conjugal. Dessa forma, tínhamos uma mulher completamente despojada de direitos e de dignidade, uma “sombra” do homem em todas as esferas da vida social, cerceando de forma incontestável a sua capacidade de igualdade e de desenvolvimento social. (...) [No entanto,] com o advento do Código Civil de 2002, muitas disposições do Código anterior foram reformuladas, buscando a adequação às normas previstas na Constituição Federal de 1988” (NASCIMENTO FILHO, 2013, pp. 79-80).

<sup>316</sup> “É notório que o Código Penal Brasileiro, no que se refere aos direitos reprodutivos femininos, encontra-se num anacronismo que se justificam em razão de vários fatores, dentre os quais o conservadorismo das forças políticas nacionais, e o fato de a maioria da população ser adepta da fé cristã, o que inviabiliza a discussão sobre a legalização do aborto por parte da maioria dos parlamentares brasileiros, por temor à perda de votos” (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 113).

zação do ato, clandestinamente, se expondo a riscos<sup>317</sup>). Assim, é preciso repensar esta proibição.

Toffoli, como dito, demonstrou compreender esse fato. “*A Igreja tem todo o direito de considerar isso um pecado. E aquele que é católico que vá se entender com a Igreja*”, ele diz (CABRAL, O., 2009)<sup>318</sup>. E compreendeu também que, se uma mulher quer abortar, ela aborta. No entanto, em sendo uma conduta criminosa, proibida por lei, ela não pode ser praticada na rede pública de saúde, o que se desdobra em problemas sérios, que não podem ser ignorados, além de isso criar um abismo entre pobres e ricos. A perduração da proibição está longe de, de fato, conseguir que as mulheres deixem de praticar o aborto, tanto aqui quanto em qualquer outro lugar que também o proíba; apenas condena as que praticam, que não são poucas, a toda sorte de riscos<sup>319</sup>. É só para isso que a criminalização tem servido.

*Nos países livres do proibicionismo, serviços hospitalares de tornam acessíveis e o aborto pode ser realizado por profissionais preparados, geralmente se fazendo no início da gravidez, sendo, assim, raras as complicações, para a saúde da mulher, relacionadas a tal procedimento. Mas, quando o aborto é proibido, embora, naturalmente, mulheres privilegiadas tenham acesso a clínicas particulares bem equipadas e com profissionais preparados, como notoriamente acontece no Brasil, as mulheres de menor renda se submetem a condições precárias, realizando o aborto por seus próprios meios ou com pessoas (profissionais ou não) despreparadas, geralmente em condições não-higiênicas, o que resulta em grande número de complicações para sua saúde e mortes. (...) Foi fundamentalmente a compreensão dessa necessidade de evitar a morbidade e a mortalidade resultantes dos procedimentos clandestinos que conduziu à liberalização de legislações por todo o mundo,*

<sup>317</sup> A Jornalista Carla Rodrigues, citada no dossiê da Editora Rede Feminista de Saúde, explica: “*Embora seja proibido por lei no Brasil, o aborto é amplamente realizado de forma ilegal, o que aumenta o risco de vida para as mulheres, sobretudo as pobres, que realizam abortos em condições precárias*” (PINTO, 2008).

<sup>318</sup> FAUNDES e BARZELATTO (2004, pp. 138-139), a propósito, esclarecem que “*os católicos de todo o mundo parecem ter tantos abortos quanto os não católicos. Nos Estados Unidos, as estatísticas mostram que as mulheres católicas têm as mesmas taxas de abortamento que todas as outras mulheres da população [no Brasil, taxas maiores], mas em porcentagem mais elevada do que as mulheres que são protestantes (Jones RK, Darroch JE, Henshaw SK. Patterns in the socioeconomic characteristics of women obtaining abortion in 2000-2001. Perspect Sex Reprod Health, 2002; 34(5): 226-235). Por outro lado, as taxas de aborto não são menores em países com populações predominantemente católicas como os países da América Latina [dentre os quais o Brasil] (Requena /m. /social and Economic correlates of induced abortion in Santiago, Chile. Demography, 1965; 2:33-49). Um inquérito realizado numa clínica de abortamento da Colômbia, entre 1239 mulheres católicas, mostrou que 60% sabiam do risco de serem excomungadas pela Igreja, porém 65% acreditavam que não estavam cometendo um grave pecado mortal; e 82% pensavam que Deus não iria castigá-las por aquilo que estavam fazendo: ‘Ele vai entender meu problema’ era a resposta padrão (Munera A. Problemática religiosa de La mujer que aborta. Report to the Ford Foundation of a presentation to the Encounter of Researchers on Induced Abortions in Latin America and the Caribbean, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994)”*.

<sup>319</sup> “*A proibição, que se estende a 40% dos países do mundo, não impede que entre 42 e 50 milhões de abortos sejam realizados por ano, cerca de metade deles ilegais e de risco. A estimativa é aceita pela Organização Mundial de Saúde*” (Editora Rede Feminista de Saúde, 2005, Belo Horizonte, p. 34, por Carla Rodrigues, jornalista, apud PINTO, 2008).

a partir da década de 1950. E os países que romperam com o proibicionismo nessa matéria logo assistiram à espetacular diminuição de complicações provocadas por abortos, reduzindo o número de mortes de mulheres daí decorrentes praticamente a zero. [grifos nossos] (KARAM, 2009, pp. 38-39)<sup>320</sup>

Em referência à pesquisa “*Aborto e saúde pública no Brasil*” (BRASIL, 2009a), financiada pelo Ministério da Saúde, realizada pelas Universidades de Brasília e Estadual do Rio de Janeiro e coordenada por ela, Débora Diniz declarou: “*Nossa maior expectativa é dar alguma dose de racionalidade ao debate e o principal instrumento de racionalidade em um debate público é a ciência*” (LIMA, 2008). Argumentos morais precisam ser afastados.

Numa democracia, o indivíduo deve ser livre para escolher entre um comportamento e outro, entre uma coisa e outra, como decorrência do reconhecimento de sua dignidade; ele não pode ser forçado a se comportar de uma ou outra forma, ou a mudar seu comportamento ou suas opiniões sobre o que quer que seja. É esse o campo da liberdade de pensamento, de consciência e de crença, que não pode sofrer qualquer interferência do Estado, pois está essencialmente ligado à própria ideia da democracia; e, para garantir as diferentes escolhas possíveis de cada indivíduo, o Estado precisa ser neutro (KARAM, 2009, pp. 2-3).

De mais a mais, é bastante claro que o debate sobre a criminalização do aborto não é sobre se dar ou não direito de a gestante abortar, mas o direito de ter auxílio médico gratuito no Sistema Único de Saúde; e o Estado, garantindo constitucionalmente o direito à saúde e o da liberdade de ato e de crença, além da autonomia para o planejamento familiar, não pode e não deve negar-lhes isso.

Isto posto, não é demais lembrar que, além de a criminalização do aborto criar um problema no âmbito da saúde pública e violar todos os citados princípios constitucionais, e, ainda, ser incompatível com o modelo de Estado democrático adotado entre nós, como apontamos, viola regras internacionais às quais o Brasil se submete. Na Conferência Mundial Sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, o Estado brasileiro se comprometeu a assegurar às mulheres o controle sobre a sua fecundidade, reconhecendo o aborto como uma grave questão de saúde pública (parágrafo 8.25), e, na IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pe-

<sup>320</sup> “A criminalização da prática do aborto tem sido muito eficiente em manter uma indústria rendosa de aborto ilegal, sustentada pelas mulheres que o podem realizar em condições seguras (...) e, também por aquelas que não dispõem dessas mesmas condições, mas pagam segundo suas possibilidades, expondo-se às sequelas e riscos de vida devido às condições inseguras” (Rede Feminista de Saúde, 2005, p. 10, apud PINTO, 2008).

quim em 1995, comprometeu-se a assegurar o direito ao sexo sem fim reprodutivo e rever a sua legislação punitiva às mulheres que se submetem ao aborto (parágrafo 106, k)<sup>321</sup> (LOREA, 2006, p. 190, nota 3)<sup>322</sup>.

*Portanto – ao contrário do mito que é largamente difundido em nosso país – não há qualquer obstáculo de ordem jurídica à aprovação da reforma legal para descriminalizar o aborto no Brasil. Ao contrário, trata-se de alteração legislativa necessária para que seja assegurada a proteção integral dos direitos humanos das mulheres, compromisso assumido pelo Estado brasilei-*

<sup>321</sup> FAÚNDES e BARZELATTO (2004, pp. 223-224) também fazem referência a este fato: “Nas últimas décadas, houve grandes progressos rumo a um maior reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres. Os eventos-chave foram a Conferência de População e Desenvolvimento do Cairo, em 1994, e a Conferência Mundial da Mulher, em Beijing, em 1995. A Conferência do Cairo (...) deu alta prioridade à equidade de gênero e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. (...) A conferência de Beijing ratificou os acordos do Cairo e avançou um passo a mais, exortando os governos a considerar a revisão das leis que contêm medidas punitivas contra as mulheres que se submeteram a abortos ilegais. Os acordos de Cairo e Beijing estabeleceram orientações claras sobre o que deve ser feito para colocar as mulheres na sociedade como cidadãs com direitos iguais aos dos homens. Infelizmente, a implementação desses acordos está demorando muito mais do que se podia esperar”.

<sup>322</sup> Sobre a Conferência do Cairo: “O Programa de Ação de Cairo, ao final da Conferência, representou a consolidação das visões sustentadas pela maioria dos Estados. Todavia, a participação fundamental das organizações feministas revelou-se um grande avanço no fortalecimento de um olhar de gênero sobre a realidade internacional. O consenso de Cairo foi alcançado em grande medida pelo trabalho das feministas junto aos governos nacionais, conseguindo, em muitos casos, integrar as delegações oficiais. Este movimento se verifica, por exemplo, na posição defendida pelo Brasil em Cairo. Um país latino americano, bastante influenciado pela posição católica dominante (inclusive sustentando a ilegalidade do aborto), defendeu em Cairo uma posição favorável aos direitos reprodutivos. Tal fato se justificou pela forte influência das feministas na posição brasileira: ‘Ainda que os dados sobre o assunto sejam incompletos, pois o aborto é ilegal (salvo em caso de estupro ou risco para a saúde da mãe), reconhece-se, geralmente, que quando as taxas de natalidade começaram a cair, nos anos 60 e 70, as mulheres faziam uso frequente do recurso do aborto. Todavia, o aborto era – e continua a ser - uma operação muito arriscada: contam-se aproximadamente 7000 óbitos por ano. Além disso, numa cultura em que a maternidade é venerada, o aborto acarreta para as mulheres um sentimento de profundo abandono, de marginalização e de culpa. Num contexto tal, compreende-se facilmente que as mulheres escolham a esterilização, a fim de evitar os riscos de um aborto e as sanções culturais que o acompanham. Se o aborto fosse legalizado e acessível no Brasil, as taxas de esterilização e as escolhas de métodos contraceptivos seriam completamente diferentes. (...) Dado o leque de opções extremamente limitado em termos de meios anticoncepcionais, a esterilização não é exatamente uma escolha. (...) Esta é, portanto, a agenda que permanece atual e prioritária nesta segunda metade dos anos 90. A urgência de implementá-la é tanto mais aguda quando se conhece a posição – francamente favorável – assumida pelo governo brasileiro no Cairo com relação à saúde reprodutiva e aos direitos reprodutivos das mulheres’ (Correa, 1995, p.6)” (COSTA, 2003, pp. 96-97). E sobre Beijing: “No tocante ao aborto, os progressos de Beijing foram bastante consideráveis em relação ao Cairo. Considerando os riscos a que são sujeitas as mulheres, pela inadequação ou mesmo falta de serviços para atender as necessidades relacionadas à sexualidade e à reprodução (Plataforma de Ação, parágrafo 97) e rejeitando o aborto como método de planejamento familiar, conseguiu-se reconhecê-lo como um caso de saúde pública, a ser encarado pelos governos e organizações governamentais e não-governamentais (Plataforma de Ação, parágrafo 106, k). Tendo em vista que o aborto inseguro ameaça a vida das mulheres (Plataforma de Ação, parágrafo 97), o documento recomenda que se reconheçam e se enfrentem as consequências dos abortos perigosos para a saúde (Plataforma de Ação, parágrafo 106, j), revendo-se as medidas legais punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais (Plataforma de Ação, parágrafo 106, k)” (HADDAD, 2007, p. 89).

ro nas Conferências da ONU realizadas no Cairo, em 1994, e em Pequim, em 1995. [grifo nosso] (LOREA, 2006, p. 198)<sup>323</sup>

Assim sendo,

*De acordo com a proteção internacional, constitucional e infraconstitucional analisada, (...) a criminalização do aborto viola inúmeros direitos das mulheres, impedindo-as de exercer de forma plena os seus direitos e a sua cidadania. À luz das garantias dispostas na legislação nacional e internacional, impedir que a mulher exerça o seu direito de interromper ou não uma gravidez não desejada, é exercer um controle injustificado e discriminatório sobre o seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução, configurando-se uma patente violação de direitos humanos, pois toda e qualquer gestação se dá no interior do corpo da mulher e só a ela cabe decidir em levar ou não a gravidez adiante. Assim, somente a mulher poderá avaliar de forma sensata e de acordo com as suas expectativas e necessidades sobre a possibilidade de prosseguir ou não com uma gravidez indesejada. Ao Estado cabe, de acordo com a legislação pátria e com os compromissos assumidos perante a ordem internacional, através de prestações positivas e negativas, garantir o direito à livre autodeterminação. Desta forma, obrigar uma mulher a levar adiante uma gravidez indesejada significa limitar o exercício pleno de sua cidadania, violando princípios do Estado Democrático de Direito. [grifos nossos] (EMMERICK, 2007, pp. 109-110)*

E, a tirar pelas colocações dos Ministros do STF no julgamento de duas ações de matéria pertinente à questão, ao menos no âmbito do Tribunal, a ideia da liberdade para optar pelo próprio conceito de vida boa como corolário da democracia começa a ser adotada. Vejamos.

<sup>323</sup> “A Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim), realizada em 1995, reafirmou o conteúdo do parágrafo 8,25 do Cairo, acrescentando a recomendação de que os países revisassem as leis que punem mulheres que se submetem a abortos ilegais (parágrafo 106k). No mesmo ano, ocorre a Conferência de Beijing (Fourth World Conference on Women), direcionada exclusivamente para os direitos femininos. E, em 2000, o documento final de Pequim + 5 incorpora na íntegra o texto do parágrafo 106k da Plataforma de Ação de Pequim, mencionando a necessidade de revisar as leis que punem a prática do aborto inseguro” (CARVALHO, 2006, p. 41).

### 3 – A POSTURA DO STF NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

*A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. As constituições contemporâneas (...) desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia. [grifo nosso] (BARROSO, 2012a, pp. 15-16)*

Não obstante as críticas, a judicialização da política ocorrida no Brasil – que faz com que as questões de grande repercussão social acabem sendo submetidas ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações constitucionais em vez de ao Congresso Nacional por meio de projetos de Lei – ocorreu por uma razão, e tem um papel muito importante na regulação social nos dias de hoje, já que o Legislativo, no Brasil, não tem acompanhado as mudanças na sociedade.

Luís Roberto BARROSO (2012a, p. 17) esclarece:

*A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. [grifo nosso]*

Ora, a soberania popular, é claro, permanece, mas o princípio majoritário tornou-se questionável no novo conceito de democracia, em que é imperativo o respeito pelas diferenças. Assim, em nome da proteção aos direitos fundamentais das minorias e, também, do primado da lei – já que a Constituição, cuja observância é obrigatória em qualquer caso, se declara democrática e pluralista –, levam-se as

questões sobre as quais recaem desacordo moral razoável ao Supremo Tribunal Federal, para que, assim, sejam resolvidas segundo o domínio da razão; e o Tribunal, por sua vez, as deixa a cargo da “razão”, não mais da coletividade, mas dos indivíduos.

Em entrevista ao Jornal O Globo (BRÍGIDO; LEALI, 2013), Barroso também declarou:

**QUANDO O CONGRESSO NÃO LEGISLA...**

*O Supremo deve tomar decisões que têm impacto político basicamente em três situações. A primeira, quando o legislativo não tenha podido ou conseguido legislar sobre uma questão importante. Em segundo lugar, quando esteja em jogo um direito fundamental de uma minoria. Em terceiro lugar, para a proteção das regras do jogo democrático. São esses os três grandes papéis políticos de uma corte constitucional. (Em relação à) proteção das minorias, o Supremo fez, e bem, na questão das uniões homoafetivas. Em toda parte do mundo, direitos das minorias, homossexuais, negros, mulheres, dependem frequentemente do poder judiciário. As minorias, por serem minorias, não conseguem prevalecer no processo político majoritário. Então, para avançar uma agenda de direitos fundamentais das minorias muitas vezes só é possível fazer isso via judiciário. De certa forma, foi o que aconteceu nos Estados Unidos na questão do aborto em 1973. Transportando para o Brasil, acho que foi o que aconteceu nas uniões homoafetivas, na questão das interrupções das gestações de fetos anencefálicos. [grifo nosso]*

Então, diante desse contexto, nosso Tribunal Constitucional, em substituição ao Congresso – por nenhum motivo que não o fato de ele não estar cumprindo com o seu real dever –, vem exercendo um papel inquestionavelmente progressista e contramajoritário, em oposição à postura conservadora e democraticamente equivocada dos nossos legisladores, para quem ainda vigora o princípio de que, na democracia, o desejo das maiorias, seja ele qual for, deve prevalecer.

Dois dos temas mais espinhosos a aportar à Corte foram, justamente, o caso do aborto de anencéfalos (ADPF 54) e o caso das pesquisas com células-tronco (ADI 3510), por, supostamente, envolverem o direito à vida, por alguns, tido como inviolável<sup>324</sup>.

A ADPF 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, pedindo a interpretação conforme a Constituição dos artigos do Código Penal, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação de que os dispositivos

<sup>324</sup> Na ADPF, Luís Roberto Barroso atuou como advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, autora da ação; na ADI, atuou como advogado do Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), que figurou como *amicus curiae*, e pedia a improcedência da ação. Defendeu (literalmente), portanto, perante o STF, a liberação, tanto do aborto de anencéfalos, quanto das pesquisas com células-tronco. E, hoje, integra a Corte. Este, provavelmente, é um bom sinal para as futuras causas desta natureza.

criminalizadores do aborto (arts. 124 e 126, CP) abarcam a “antecipação terapêutica” dos partos de fetos anencefálicos<sup>325</sup>.

A ADI 3510, por sua vez, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, caput e parágrafos, da Lei de Biossegurança, que autorizava a realização de pesquisas com células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados para o fim para o qual foram criados.

Para proferir sua decisão nessas causas, o Tribunal precisou responder, à luz da Constituição, alguns questionamentos, como, por exemplo: “*Onde começa a vida humana? Qual é a vida tutelada pela Constituição? O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicado a uma expectativa de vida em detrimento a uma vida existente?*” (MARTINOTTO, 2010, p. 246). E chegamos, com isso, a algumas asserções interessantes.

A primeira delas é que, mesmo tendo afastado tratar-se de “vida”, em ambos os casos, a maioria dos membros da Corte preocupou-se em deixar claro que, em nosso ordenamento, direito algum é absoluto<sup>326</sup>; logo, ainda que vida fosse, ela ainda poderia ser ponderada com outros direitos com os quais colidissem.

A segunda é que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que a questão mais importante não era determinar quando se dava o início da vida, e que, aliás, o Judiciário não era a instância capaz de defini-lo (entendimento do qual compartilhamos):

*“Nossa Carta magna não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessadamente leigo, sem dúvida, ma há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana (alínea b do inciso VII do art. 34), livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e ga-*

<sup>325</sup> “Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator. De início, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. (...) Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto” (BRASIL, 2012d).

<sup>326</sup> Com exceção de César Peluso, autor de um dos dois únicos votos contrários à procedência da ação, que defendeu que havia vida no feto anencefalo e a vida é um valor absoluto. Ricardo Lewandowski, autor do segundo voto contrário à procedência da ação baseou-se em argumento diverso, sobre o STF não ser a instância adequada a criar excludentes da ilicitude que o Congresso, competente para tanto, não criou.

*rantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do §4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art.5º). Portanto, po-de-se concluir que a Constituição Federal não protege a vida em todo e qualquer estágio, mas somente a vida que já é 'própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural', e que a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente para pessoas já nascidas, de um indivíduo já personalizado". (...) No mesmo sentido é o voto do Ministro Marco Aurélio: "Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, (...) é controvertido – a exemplo dos permitido aborto terapêutico ou do resultante de opção legal após estupro –. (...) A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxcarbônica com o meio ambiente". [grifo nosso] (MARTINOTTO, 2010, pp. 255-257)*

Esta e outras falas aproveitam à causa do aborto.

Iniciaremos esmiuçando as da ADI 3510, que, embora tenha sido ajuizada após a ADPF 54, foi julgada antes dela, e alguns dos argumentos levantados pelos Ministros em seu julgamento foram mencionados, mais tarde, na causa do aborto de anencéfalos.

### 3.1 - A decisão da ADI 3510 (sobre pesquisas com células-tronco embrionárias)

O argumento inicialmente utilizado para defender a inconstitucionalidade do art. 5º, caput e parágrafos, da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), proibindo a utilização de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não transferidos para o útero materno em pesquisas de células-tronco foi de que este fato feriria o direito à vida dos embriões e a dignidade da pessoa humana, já que se estaria autorizando que vidas fossem sacrificadas em nome da Ciência.

“A tese central afirmada na ação foi a de que ‘a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação’ (BARROSO, 2012b, p. 116). Assim, naturalmente, o que pesou não foi a finalidade do suposto sacrifício, mas o “sacrifício” em si, que foi condenado, não em razão de sua finalidade, mas apesar dela. No entanto, a ação foi julgada improcedente<sup>327</sup>.

Logo os Ministros consideraram não haver vida sacrificada, aceitando o argumento do MOVITAE – Movimento em prol da vida, que figurou como *amicus curiae* no processo, representado por Luís Roberto Barroso – de que “é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, com aptidão para se tornar sujeito de direitos e deveres” (BARROSO, 2012b, p. 117), ou seja, é a partir do nascimento que surge a personalidade jurídica do indivíduo, independentemente de quando se considere iniciar a vida humana. Compartilhamos desse entendimento. E o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação, foi, também, no mesmo sentido.

O Ministro defendeu que somente é dotado de personalidade civil, conforme o art. 2º do Código Civil, as pessoas físicas ou naturais, que são apenas as que sobrevivem ao parto, e ressaltou que a Constituição Federal, quando se referia à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individu-

---

<sup>327</sup> A MOVITAE argumentou, dentre outras coisas, que se tratava de um desacordo moral razoável, na questão tratado adequadamente pelo Congresso. “Com efeito, em um Estado democrático, o Poder Legislativo, composto por representantes eleitos, toma as decisões políticas que expressam a vontade da maioria e o Poder Judiciário só deve invalidar um ato do Congresso se ele for manifestamente inconstitucional. Em um tema que envolve desacordo moral razoável – pessoas bem intencionadas e esclarecidas professam convicções opostas –, o legislador, ao exigir o prévio consentimento dos genitores como condição para a utilização do embrião na pesquisa científica, tomou a decisão correta: a de permitir que cada um viva a sua autonomia da vontade, a sua própria crença. Desse modo, sustentou-se que não haveria razão para o Supremo Tribunal Federal desautorizar a decisão do Congresso Nacional, que é razoável e equilibrada” (BARROSO, 2012b, p. 118).

ais” (art. 60, § 4º, IV), estava falando de direitos e garantias da pessoa-indivíduo<sup>328</sup>; logo, a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. Para ele, se se fala em “pessoa humana”, pressupõe-se a personalidade, que se inicia no nascimento com vida (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, pp. 164; 313).

Também, o Ministro acrescentou que, se foi permitido à lei ordinária (a Lei 9434/97, a chamada Lei de Transplantes) fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida para justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante, pesquisa e tratamento – logo, já está positivamente regrado que a morte encefálica é o ponto final da existência humana personalizada –, e, se o embrião humano de que trata o referido art. 5º da Lei de Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade legal do dispositivo com a Constituição deveria de ser afastada, por ser “*inteiramente órfã de suporte jurídico positivo*” (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, pp. 201-202).

Parêntese: com base nesse mesmo princípio, não se poderia, também, afastar a criminalização do aborto no que diz respeito aos embriões até a 12ª semana de gestação, cuja vida encefálica ainda não começou, assim como se fez com relação aos fetos anencefálicos?

O Ministro, ainda, alega que, como a Constituição não diz quando se dá o início da vida humana (ou quando considera se dar), “*a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida*” (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, pp. 165-166). Compartilhamos desse entendimento, também.

Diz o Ministro que, observando-se nossa legislação infraconstitucional, é possível constatar que o Direito, no Brasil, protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, e esta proteção aumenta à medida que aumenta a carga de investimento, tanto da família quanto da natureza, nesse ser, e

<sup>328</sup> “*Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, a Constituição, faz expresso uso do adjetivo ‘residentes’ no País (não em útero materno (...)), além de complementar a referência do seu art. 5º ‘aos brasileiros’ para dizer que eles se aloca em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de ‘nascidos’, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados*” (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, p. 164).

esta é a razão pela qual as penas do aborto e do homicídio são diferentes entre si (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, pp. 167-168).

Parêntese: Atente-se para que este princípio também dá ensejo à ideia de que nosso Ordenamento deve tutelar o ser intrauterino diferenciadamente conforme o período da gestação. O investimento natural e familiar despendido num feto de 9 meses não é o mesmo que o despendido num embrião de 3.

Seguindo com seu argumento, o Ministro pondera que, não obstante a criminalização do aborto, se, de fato, nosso Direito reconhecesse como pessoas, tanto a mãe, quanto o feto, não se admitiria a excludente da ilicitude relativa ao aborto sentimental, de feto proveniente de estupro (já que esta excludente não leva em conta sequer a viabilidade do feto, ou se sua existência causa ou não risco para a vida da mãe), e, provavelmente, nem mesmo a relativa ao aborto necessário, praticado para salvar a vida da mãe, já que nossa Constituição proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF).

Assim, para o Ministro, a criminalização do aborto, no Brasil, não é sinal de que o feto ou o embrião sejam pessoas para o nosso Direito, mas que o nosso Direito fez a opção por tutelá-los, mesmo não sendo (Voto Ministro Ayres Britto In: BRASIL, 2008, pp. 170-173).

Parêntese: Partindo-se desta premissa, é preciso ponderar: será que essa tutela está respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando se admite o aborto a qualquer tempo para a mulher que foi ou alega ter sido estupro, e em tempo nenhum para a mulher que não pode ou não quer ter o filho que gerou sem querer?

Após o relator, votou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

No mesmo sentido do Ministro Ayres Britto, ele chamou atenção para o fato de que a Constituição, ao se referir a “crianças” (como no art. 227, §§ 1º; 3º, VII; 4º e 7º, “*o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intrauterina*”) assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069/90), que, por exemplo, em seu art.2º, diz que é considerada criança a pessoa até doze anos incompletos, e adolescentes de doze a dezoito, contando-se a idade a partir do primeiro dia de vida extrauterina, desconsiderando-se o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto. Assim, ele conclui que pode ser que o início da vida humana coincida com o instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino, mas esta é uma

realidade distinta da constitutiva da pessoa física ou natural (Voto Ministro Menezes Direito In: BRASIL, 2008, pp. 227; 230).

O Ministro, também, seguiu o entendimento do relator quanto ao fato de que a definição de morte dada pela Lei de Transplantes vincula o ordenamento brasileiro quanto à definição de vida, sobretudo na falta de outra.

*O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana (...). A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.* [grifos nossos] (Voto Ministro Menezes Direito In: BRASIL, 2008, pp. 233-234)

O Ministro Ayres Britto chega a pedir a palavra para dizer que foi muito criticado por este conceito de vida que ele, por ter votado primeiro, inaugurou, mas esclarece que sua objetividade nasceu da necessidade de fugir de uma perspectiva analítica teológica ou filosófica, ou mesmo científica mais aprofundada, já que isso levaria a uma discussão interminável (BRASIL, 2008, pp. 311-312).

*Não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para, na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto, porque, como disse a ministra Ellen Gracie, no seu luminoso voto na primeira assentada, o que nos cabe é dar uma resposta jurídica constitucional para a questão que nos é posta. Porque, no plano do direito, não devemos nos perder no infinito das discussões. Há um ponto de partida e há um ponto de chegada. A Constituição diz no art. 226, § 7º, com todas as letras, em alto e bom som: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana”. Agora, sim, a Constituição diz dignidade da pessoa humana. Não é por ilação; não é por abstração; não é por uma construção cerebrina; estou lendo o texto: “e da paternidade responsável o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Ou seja, a dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-familiar. Planejar o número de filhos, a quantidade de filhos, a possibilidade de assisti-los afetiva e materialmente, tudo isso é matéria regada pela Constituição com este emblemático nome de “paternidade responsável”. O planejamento familiar responsável é liberdade, direito fundamental do casal. Como se fosse pouco, a Constituição arremata o seu discurso por esta forma: “competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos (...) para o exercício desse direito”. E vai além. Não fica nisso não.* [Diz] “vedada

*qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*". [grifos nossos] (BRASIL, 2008, pp. 317-318)

Parêntese: O direito fundamental ao planejamento familiar importa de sobremaneira à causa do aborto por escolha. Já falamos sobre isso. Mas, antes de mais nada, o Ministro, acertadamente, partiu do princípio de que o Direito não pode e não deve se ocupar de teologias ou filosofias (Kelsen já alertava para isso na primeira metade do século passado). Também tratamos disso anteriormente. E não se pode esquecer, ainda, que a coerência teleológica num ordenamento jurídico é imprescindível para que ele se sustente, com grau de institucionalização e império máximos. Um ordenamento que elege a morte cerebral como fim da personalidade não poderia eleger outro início que não o nascimento do cérebro. Ou, quiçá, um momento posterior, como o nascimento, como, em verdade, nosso Código Civil faz em seu art. 2º. Anterior, jamais.

O Ministro Ayres Britto ressaltou, ainda, que, durante a Constituinte, houve três propostas para personificar o embrião, desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; uma do então Deputado Carlos Virgílio; e outra da então Deputada Sandra Cavalcanti, nos Capítulos "Da saúde" e "Da família". E todas as três propostas foram rejeitadas<sup>329</sup>. E disse, também:

*Derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. Não é correto. Não se pode confundir embrião de pessoa com pessoa embrionária. Não existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não autorizam a conclusão.* [grifo nosso] (BRASIL, 2008, pp. 315-316)

O Ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte, neste momento, interveio para dizer que a jurisdição constitucional se legitima democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos, e citou Robert Alexy, que diz que "O Parlamento representa o cidadão politicamente, [e] o Tribunal Constitucional argumentativamente", e a sociedade brasileira só tinha a ganhar com que aquela e outras questões de mesma repercussão fossem tratadas num debate qualificado

<sup>329</sup> O assunto é tratado em detalhes por Adriana Vidal de Oliveira nos capítulos 4 (OLIVEIRA, 2012a), 5 (OLIVEIRA, 2012b), 6 (OLIVEIRA, 2012c) e 7 (OLIVEIRA, 2012d) de sua tese de Doutorado: "A Constituição da mulher brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional".

argumentativamente, com uma reflexão pormenorizada e um julgamento rigoroso por parte daquela Corte (BRASIL, 2008, p. 324).

Parêntese: É como dissemos. O Supremo Tribunal Federal pode e deve se ocupar de decidir pela nação sobre questões sobre as quais recaiam significativo desacordo, pois é quem está preparado para esse tipo de debate e tem em mente que, nesses casos, não importam grupos, minoritários ou majoritários, mas indivíduos. Cada cidadão deve poder viver segundo sua própria concepção de vida boa. Por isso é que, tanto o aborto de anencéfalos quanto as pesquisas com células-tronco embrionárias foram autorizados, mas sempre com a reserva de que aprovada ficou a possibilidade, não a obrigação. A mulher que quiser levar a gravidez do anencéfalo adiante, assim como o casal que optar por não ceder seus embriões para extração de células-tronco para pesquisas, terão esse direito igualmente protegido.

Após as digressões, votou a Ministra Cármen Lúcia, que começou seu voto dizendo que todos os juízes daquela causa deveriam se ater ao núcleo da indagação constitucional, porque, dentro do Tribunal, a Constituição é a única bíblia, e o Brasil a única religião. “*O juiz, no foro, cultura o Direito [e apenas ele]. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o Direito imparcial*” (Voto Ministra Cármen Lúcia, BRASIL, 2008, p. 327).

Parêntese: Eis a postura que esperamos dos membros de uma Corte constitucional.

A Ministra ressalta, também, que, num Estado democrático de Direito, os poderes constituídos (Executivo, Legislativo, Judiciário) desempenham a competência que a Constituição lhes determinou; assim, não se trata do exercício de um poder, mas do cumprimento de um dever. E ressalta a importância de que o juiz, ao julgar, não se deixe contaminar pelo que a maioria pode querer. “*Não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pílatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria*”, ela diz. E conclui: “*É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado*” (Voto Ministra Cármen Lúcia, BRASIL, 2008, p. 329).

Também, a Ministra fala sobre a ponderação de princípios na criação e na aplicação da lei, e diz que não há direitos absolutos: todos hão de ser ponderados

quando em conflitos com outros direitos. “*Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional*”. E cita a figura do aborto necessário e do aborto sentimental como exemplos em que o legislador ponderou a vida do feto, viável, com os direitos da mãe, e os últimos prevaleceram. Quanto ao aborto necessário, diz que, do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, enquanto aquela pode ser salva com o sacrifício deste, e explica que a lei previu este aborto sobre o qual não recai punição mesmo contra a vontade da Igreja, que só admitiria o aborto indireto, causado acidentalmente no decorrer de manobras realizadas para salvar a vida da mãe. (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2008, pp. 339-341).

Parêntese: Ora, para o Direito Penal, tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo. Não há diferença entre o aborto direto ou indireto para salvar a vida da mãe; seja direto ou indireto, ele sempre é possível, legalmente, independentemente da posição da Igreja. E acrescentamos, quanto ao aborto sentimental, que ele é, sim, absolutamente contrário às ordens religiosas. Citemos o caso da menina de 9 anos, estuprada pelo padrasto e grávida de gêmeos, cuja gravidez, obviamente, lhe causava risco de vida, e, por indicação médica, foi submetida a um aborto, ao mesmo tempo, necessário e sentimental. Seus pais e todos os profissionais da saúde envolvidos no ato foram excomungados, mas não o padrasto, porque o aborto, para a Igreja, é mais grave do que o estupro. Portanto, já em 1940, o legislador, não obstante a sociedade religiosa brasileira, criou uma excludente da ilicitude contrária aos interesses da Igreja.

A Ministra pondera, no entanto, que o caso em questão naquele momento não se tratava de aborto, já que nem gravidez existia.

Parêntese: De todo modo, o dito aproveita à demarcação do estatuto jurídico-constitucional do direito à vida, porque o que a Ministra quis mostrar é que, mesmo que se veja vida no embrião não implantado no útero, esta “vida” ainda poderá ser objeto de ponderação. É claro que sim. Assim como o feto anencéfalo e, na mesma esteira, o feto até a 12<sup>a</sup> semana de gravidez, que também não é vivo para o Direito.

A Ministra Cármen Lúcia ressalta que “*Há que se cuidar de sempre e sempre respeitar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nem se cogita do contrário em qualquer situação*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2008, p. 347).

Parêntese: Ao pensar uma gestação, qualquer gestação, há que se lembrar que não há somente o feto, há também a mãe, que deve ter sua dignidade resguardada.

E, por último, ela assentou que a Constituição não definia o momento a partir do qual havia vida para o Direito – e, assim, desde quando o embrião deve ter seus direitos tutelados –, de modo que a questão devia mesmo ser resolvida em sede de ação constitucional, por meio da qual se interpretasse o ordenamento sistematicamente, já que não havia outro modo de responder esta difícil questão (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2008, p. 349).

Parêntese: Lembramos que houve tentativas de estampar na Constituição a teoria concepcionista, segundo a qual, com a concepção, se inicia a vida do indivíduo e, também, sua personalidade, mas não passaram, tanto à época da Constituinte quanto posteriormente, em sede de projetos de emendas constitucionais. Portanto, embora o constituinte originário e, depois, o derivado, não tenham escolhido estampar na Carta que a vida começa no nascimento, eles, no entanto, escolheram não colocar que começa na concepção, o que deve ser levado em conta. Além disso, nosso Código Civil diz, em seu art. 2º, que a personalidade se inicia no nascimento, resguardando-se os direitos do nascituro, embora condicionados ao nascimento com vida. Ou seja, não havendo norma conformadora da questão na Constituição, ficamos com a do Código Civil. E, se proteção maior se quer despender ao feto, resta definir sua vida segundo a definição de morte dada pela Lei de Transplantes: como o momento do advento da vida cerebral. Mas não mais amplamente do que isso, porque não foi essa a opção de nosso sistema jurídico.

Neste ínterim, Ricardo Lewandowski iniciou seu voto falando sobre as diversas teorias sobre o início da vida:

*Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a questão. Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado - e nem vocacionado - para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas. No campo da ciência, alguns entendem que a vida começa apenas no momento da implantação do embrião no útero materno, ou seja, depois do sétimo ou sexto dia da concepção, constituindo, antes desse momento, um mero aglomerado de células da espécie biológica hu-*

*mana. Já outros acreditam que o embrião somente se transforma numa pessoa a partir do décimo quarto dia. É que, até então, “não se poderia falar em indivíduo humano propriamente dito, pois existe a possibilidade de que um indivíduo se converta em dois (ou mais) ou de que dois (ou mais) indivíduos se convertam em um”. Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire subjetividade no momento em que é formado o sistema nervoso central, permitindo a percepção do prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos defendem a tese do paralelismo entre a “morte cerebral” e a “vida cerebral”, como marcos cruciais da existência humana. [grifo nosso] (Voto Ministro Ricardo Lewandowski In: BRASIL, 2008, pp. 396-397)*

Parêntese: Nosso ordenamento adota a última corrente.

Para o Ministro, a vida começa na concepção, quer in útero, quer in vitro, sendo possível relativizá-la apenas em situações excepcionais em que outros valores estejam em jogo, citando como exemplo “*a exclusão da antijuridicidade do chamado ‘aborto necessário’, contemplada no art. 128, I, do Código Penal Brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há ‘outro meio de salvar a vida da gestante’*” (Voto Ministro Ricardo Lewandowski In: BRASIL, 2008, p. 401). Seu voto, no entanto, foi vencido.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, ponderou, em seu voto, que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados, e que as diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados, e por isso a lei distingue, e com penas diversas, os crimes de aborto e homicídio (ele cita, também, o infanticídio, mas entendemos que a diferença da pena do infanticídio para a do homicídio se refere à condição da mulher que pratica o crime, afetada pelo estado puerperal, e não pela condição de infante da vítima).

O Ministro explica, portanto, que, segundo nosso ordenamento, o direito à vida e sua tutela são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto e nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental. Por isso, não se deveria, no julgamento daquela ação, tentar delimitar o momento do início da vida, mas verificar se a exceção à tutela do direito à vida, tal como disposta no art. 5º da Lei de Biossegurança, atendia aos princípios estabelecidos na Constituição (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2008, p. 462).

Em seguida, ele cita Daniel Sarmento para dizer:

*A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta auto-*

*nomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de uma esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a ideia (...) do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”. [grifos nossos] (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2008, pp. 466-467)<sup>330</sup>*

E conclui dizendo que a união da laicidade do Estado e a autonomia privada conduz a uma importante conclusão: a de que os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro e não utilizados têm sua liberdade de escolha para, diante de suas convicções morais e religiosas, decidir se querem ou não doar o material para pesquisas, e isso é respeitado pelo dispositivo impugnado pela ação. Ninguém poderá obrigá-los a agir contrariamente a seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião e à sua própria convicção sobre quando a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e seu direito à liberdade (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2008, pp. 467-468).

Parêntese: Esta liberdade é tudo o que podemos querer sobre o aborto até a 12ª semana. Veremos que, no julgamento da ADPF 54, a decisão se deu nesse mesmo sentido: de que o ato supostamente atentatório à vida em seu limiar seria permitido, mas não obrigatório, de modo que cada um, se valendo de sua autonomia da vontade, pudesse decidir se queria ou não praticá-lo, e é o que esperamos obter, também, quanto ao aborto a pedido: o direito de escolher; em nome da laicidade do Estado, que não permite que se imponha, pela lei, uma conduta conforme uma ou várias dentre as religiões existentes na sociedade, já que o Estado se esquivava de todas elas, de modo a resguardar os direitos de todos os indivíduos, em seu pluralismo ético.

O Ministro César Peluso, próximo a votar, alertou para que a adoção da morte cerebral como marco da morte do indivíduo (art. 3º, Lei 9434/97; Resolução-CFM 1480/97), não obstante fundada em elementos médico-científicos, nada mais é que uma convenção, uma ficção jurídica, motivada por razões de conveniência social e

<sup>330</sup> O Ministro não fez alusão à obra do doutrinador, mas o trecho citado encontra-se disponível em: SARMENTO, 2005, p. 182.

política. No entanto, o STF não seria o lugar apropriado para discutir se é boa ou má ou se é válida ou não essa concepção normativa; foi a opção feita pelo nosso ordenamento, e ela, assim como suas implicações (o conceito de vida como vida cerebral) deveria ser aplicada (Voto Ministro Cezar Peluso In: BRASIL, 2008, pp. 477-478).

No entanto, ele chamou atenção para que o fato de o aborto e o homicídio terem penas diversas não significava que a vida tirada pelo aborto valia menos que a tirada pelo homicídio, já que as normas penais não valoravam de modo diverso o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação no momento da cominação de penas em cada tipo, mas sim a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Para provar seu ponto, ele apontou que a vida da vítima de um homicídio simples não valia menos do que a da vítima de um homicídio qualificado, e nem por isso a pena dos dois crimes era a mesma, já que a conduta do criminoso era diferente em cada caso, e deu, também, o exemplo do infanticídio, que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio, mas, em razão de condições subjetivas “especialíssimas” (o estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem que isso signifique, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos que a de outra pessoa qualquer; neste exemplo, a diferença de penas decorre, não da natureza do ato em si, mas da menor capacidade de compreensão do agente (Voto Ministro Cezar Peluso, 2008, pp. 479-480).

Parêntese: O Ministro considera, portanto, que as diferenças nas penas do aborto e do homicídio não revelam que o direito à vida admita gradação, e sua argumentação faz sentido. No entanto, qual seria o grau de reprovabilidade sobre uma gestante que aborta um feto não senciante? Diante de sua dignidade, sua integridade mental, seu direito a planejar quantos filhos quer ter, que força de barganha tem a vida de um ser que não tem nada que o caracterize como humano, já que, à falta de atividade cerebral, é incapaz de pensar ou sentir?

O Ministro Marco Aurélio, próximo a votar, pontua, em seu voto, que dizer que a Constituição protege a vida em qualquer circunstância, inclusive a uterina, e em qualquer fase, é controvertido, diante das excludentes do aborto necessário e sentimental, e lembra que a personalidade jurídica do feto depende do seu nascimento com vida (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2008, p. 546). Ainda, chama atenção para que:

*Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido, concebido naturalmente mesmo contra a respectiva vontade, ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro -, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar consequências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido - isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação - é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, aqui não se trata de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa - a gestante - a ficar fisicamente conectada a outra, tema a ser discutido, sob o ângulo constitucional, oportunamente, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem - e devem ser - aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade. [grifos nossos] (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2008, pp. 547-548)*

Parêntese: A lembrança do Ministro de que a criminalização do aborto compele a mulher a permanecer grávida, mesmo contra a sua vontade, é um ponto importante a se ponderar, diante do ajustado pelo Ministro Joaquim Barbosa sobre a autonomia como corolário da dignidade da pessoa humana. Qual a justificativa para violar de tal modo esse direito fundamental da mulher em nome de um ser sem personalidade e que, portanto, não é detentor de direitos? Atente-se, também, para o fato da previsão constitucional do direito ao planejamento familiar, também mencionado pelo Ministro.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, sustentou que a controvérsia jurídica apreciada naquele momento, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não podia nem devia ser reconhecida como uma disputa entre o Estado e a Igreja, entre o poder secular e o poder espiritual, entre a fé e a razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos, já que o sistema jurídico estabelece, “desde o histórico Decreto 119-A, de 07/01/1890, (...) a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do modelo imperial consagrado na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro” (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 557-558).

*O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões era matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas. Vale referir, neste ponto, o preciso magistério de Daniel Sarmiento [In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, pp. 143; 144]: “(...) 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, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes. (...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da ideia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. (...).” Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa. Não podemos ignorar que as liberdades públicas do pensamento são prerrogativas constitucionais essenciais, cujo respeito efetivo, por parte do Estado e de seus agentes, qualifica-se como pressuposto necessário à própria legitimação substancial do regime democrático. A livre expressão e divulgação de ideias não deve ser impedida pelo Estado, especialmente se se considerar que o pluralismo de ideias, enquanto fundamento desta República, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito, consoante prescreve o art. 1º da Constituição do Brasil. Na verdade, a nossa Lei Fundamental proclama - em norma plenamente compatível com a natureza democrática do regime político que hoje caracteriza o Estado brasileiro - a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência, a livre expressão e transmissão de ideias, inclusive aquelas de caráter religioso ou as de índole não-confessional, sem a possibilidade de qualquer interferência prévia do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa. O Estado não tem - nem pode ter - interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditar-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais. É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral. A separação constitucional entre Estado e Igreja, desse modo, além de impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação religiosa, objetiva resguardar duas posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas. Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional, tal como acertadamente assinalou o eminente Relator da causa. O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta no texto da Constituição e das leis da República e que se revela informado por razões de ordem eminentemente social e de natureza pública. (...) Este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não-religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não-confessional. [grifos nossos] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 560; 562-565; 569)

Sobre a questão sobre o início da vida, ele diz que não se trata de determinar este marco propriamente, mas o marco a partir do qual o ente recebe o status de

indivíduo, passando, então, a merecer do Estado a proteção de sua integridade, e diz que esta não é uma questão apenas científica ou biológica, mas filosófica e moral, definida arbitrariamente em consonância com a cultura da população – logo, presumivelmente, variável no tempo e no espaço –. Ele diz, também, que o início do desenvolvimento embrionário, sem dúvidas, ocorre com a fecundação, já que é quando se forma o novo genoma pela fusão do patrimônio genético do pai com o da mãe; no entanto, esta célula-ovo, e mesmo o blastocisto que daí deriva, está muito longe de ser algo semelhante a um ser humano (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 566-567).

Parêntese: Se o produto precoce da concepção está longe de se assemelhar a um ser humano, está longe, portanto, de merecer proteção jurídica.

O Ministro ressalta que há diferentes teses científicas que discutem, cada qual com argumentos próprios, o início da vida, e que as divergências a propósito da definição deste conceito não se encontram apenas no campo científico, se projetando, igualmente, no domínio filosófico e religioso.

Ele explica que, embora Igreja Católica seja, hoje, a religião de maior expressão a afirmar que a vida começa na fecundação e equiparar qualquer aborto ao homicídio, nem sempre foi assim.

*Em seu livro República, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a ideia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento. As ideias do filósofo grego repercutiram durante séculos. (...). [No entanto], a tolerância ao aborto não queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes às que enfrentamos hoje. Contemporâneo e pupilo de Platão, Aristóteles afirmava que o feto tinha, sim, vida. E estabelecia até a data do início: o primeiro movimento no útero materno. No feto do sexo masculino, essa manifestação aconteceria no 40º dia de gestação. No feminino; apenas no 90º dia - Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, o pensamento aristotélico defendia que o aborto deveria ser permitido apenas até o 40º dia da gestação. A teoria do grego Aristóteles sobreviveu cristianismo adentro. Foi encampada por teólogos fundamentais do catolicismo, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, e acabou alçada a tese oficial da Igreja para o surgimento da vida. E assim foi por um bom tempo - até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto (...). O sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. Essa visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a igreja novamente mudou de posição.*

Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida? Como cientistas e teólogos não conseguiram concordar sobre o momento exato. Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozoide. [grifos nossos] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 573-574)

Nesse sentido, ele conclui dizendo que a ideia de vida e a importância dada a ela variam de cultura para cultura e de geração para geração; e que, “até séculos atrás, eram apenas as crenças religiosas e hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. Hoje, a ciência tem muito mais a dizer sobre o início da vida”. E, num Estado laico, são as conclusões da Ciência, e não as das Religiões, que têm que ser levadas em conta no momento de se criar e aplicar as leis.

O Ministro, então, pondera que, mesmo para a Ciência, há mais de uma corrente que busca estabelecer a definição bioética do início da vida.

[Isso] permite, ao intérprete - necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde. Como largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, “caput”), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão. [grifo nosso] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 579-580)

Então, ele ressalta que a teoria adotada pelo Brasil, assim como pelos Estados Unidos, é a que define vida segundo o conceito de morte, qual seja, a ausência de ondas cerebrais. “A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, ‘a contrario sensu’, servir de marco definidor do início da vida”, ele diz. E explica que, para os defensores dessa corrente, a vida começa com o surgimento dos primeiros sinais de atividade cerebral; quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral do feto, é quando ele se torna um ser humano, porque é quando se pode falar em critérios de humanidade, como autoconsciência, comunicação, expressão de subjetividade e racionalidade, e que este entendimento é, inclusive, partilhado por alguns teólogos cristãos,

dentre os quais Joseph Fletcher, um dos pioneiros no campo da bioética nos EUA (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, p. 577; 581).

O Ministro considerou este – a definição do início da vida como o do início da atividade cerebral – um critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos por fertilização “in vitro”, para fins de pesquisa e terapia, de qualquer modo, poderia violar o postulado da inviolabilidade do direito à vida. Portanto, as células-tronco embrionárias deveriam ser passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central do embrião. Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofenderia o ordenamento constitucional, já que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso do embrião, e inexistente, até esse momento, a figura da pessoa (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 581-582).

Parêntese: Pelo mesmo raciocínio, não se pode dizer que a descriminalização do aborto por escolha, até o marco da 12ª semana de gestação, quando o sistema nervoso central do feto é formado, ofenderia a Constituição. Ela não define o início da vida e, segundo uma interpretação sistemática do nosso ordenamento, a definição que se tem é a do início da atividade cerebral, que somente se dá após o prazo mencionado. Assim como as pesquisas com células-tronco são conforme a Constituição, portanto – e assim como os abortos de anencéfalo, pela mesma razão –, o são os abortos por escolha até o advento de ondas cerebrais no feto.

O próprio Ministro lembra que, “*ao longo do processo constituinte do qual resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas Emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*”. Tais emendas, no entanto, não foram aprovadas, como se vê, não só nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, como do próprio texto do art. 5º, caput, de nossa Magna Carta (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, p. 587). E ele pontua que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, estabelece, em seu art. 4º, § 1º, que “*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção*”. No entanto, a Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu artigo I, ao “di-

reito à vida”, sem qualquer menção ao instante da concepção. Do mesmo modo, o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu artigo 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, a inviolabilidade do direito à vida, mas também sem qualquer referência ao momento da concepção (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 587-588).

Para o Ministro, foi por esses dois últimos documentos internacionais, que precederam a promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, não terem incorporado a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção, é que Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso “Baby Boy” (Resolução nº 23/81), indicou que a inclusão, no art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula “em geral”, tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo artigo, a expressão (nele inexistente) “desde o momento da concepção”. Significa, portanto – como se reconheceu em referido processo (Resolução nº 23/81 - Caso 2141) –, que a Convenção Americana de Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção. Então, ele transcreve a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

*À luz dos antecedentes expostos, fica claro que a interpretação que atribuem os peticionários da definição do direito à vida formulada pela Convenção Americana é incorreta. A inserção da frase “em geral, desde o momento da concepção” não significa que quem formulou a Convenção teve a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula “em geral, desde o momento da concepção” são substancialmente diferentes das da cláusula mais curta “desde o momento da concepção”, que aparece repetida muitas vezes no documento dos peticionários<sup>331</sup>. [grifo nosso] (Voto do Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, pp. 588-589)*

E diz que, disso, resulta a possibilidade – como faz o Código Penal brasileiro, ao permitir a prática do aborto em duas situações excepcionais (gravidez resultante de abuso sexual e gestação que põe em risco a vida da mulher) – de o legislador ordinário, mesmo em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispor,

<sup>331</sup> Tradução livre do original: “A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase 'en general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción', que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios” (Voto do Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2008, p. 589).

validamente, sobre a utilização de embriões produzidos por fertilização in vitro e não utilizados para fins de pesquisa e terapia, tal como o fez no art. 5º da Lei de Biossegurança.

Parêntese: Na mesma esteira, é possível a descriminalização do aborto precoce a pedido, sem que, com isso, se fira o Pacto de San José da Costa Rica, que compõe nosso ordenamento como norma supralegal. Ou a Constituição. Ou a legislação infraconstitucional.

Neste momento, interveio o Ministro Ricardo Lewandowski (que, diga-se de passagem, como vimos, votou pela parcial procedência da ação, e não pela improcedência, como a maioria) para dizer:

*Expressamente, em meu voto, consignei que essa expressão “em geral” permite que se excepcione a proteção que se deve, em princípio, dar de forma absoluta à vida desde o momento da concepção. Por isso assentei que o Código Penal brasileiro, no artigo 128, I, permita o aborto necessário, afastando a antijuridicidade. Depois, outro aspecto que gostaria de salientar é exatamente isto: o Pacto de São José da Costa Rica, embora aprovado em 1969, ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 2002; portanto, tornou-se lei interna. De qualquer maneira, a data é muito próxima, mas isso mostra que, em data recentíssima, posterior inclusive a essas convenções internacionais, o Congresso Nacional internalizou, transformou em lei esse dispositivo, com essa exceção que fiz questão de salientar. Mas, em meu voto, disse exatamente o seguinte: é possível que se excepcione esse valor absoluto quando outros valores estejam em jogo; e, no caso, fiz uma ponderação de valores. [grifo nosso] (BRASIL, 2008, pp. 594-595)*

Por fim, votou o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do Tribunal, que começou falando sobre o papel do STF na efetivação da democracia.

*Em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso Roe vs. Wade, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se*

*comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, deem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin<sup>332</sup> que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias”. [grifos nossos] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2008, pp. 597-598)*

Para o Ministro, aquele julgamento era uma prova de que o STF pode, sim, ser uma Casa do povo, assim como o Parlamento; “*um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas*”. Ele cita como instrumentos da democracia nos julgamentos pela Corte as audiências públicas, a intervenção dos *amici curiae*, assim como a participação do Ministério Público e das advocacias pública e privada. Segundo o Ministro, cria-se, com a participação de todos eles, uma espaço democrático, “*um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas*”. Neste ponto, cita Robert Alexy<sup>333</sup>:

*O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão re-*

<sup>332</sup> Citação original: DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p. 426.

<sup>333</sup> Citação original: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

*conciliados*. [grifos nossos] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2008, pp. 598-600)

Falando, propriamente, sobre a causa, ele diz que, para julgá-la, não seria preciso adentrar em temáticas relacionadas com os marcos inicial e final da vida humana para fins jurídicos. “São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso”, ele diz. E diz que, não só a Religião, mas a Ciência e a Filosofia construíram a própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e de que modo deve ser protegida, mas, “com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular”; e, se é possível tirar alguma lição das diversas teorias e concepções e de todo o debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre essas questões (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2008, pp. 600-601).

Parêntese: Significa dizer que recai sobre todas elas desacordos morais razoáveis. E não podemos esquecer da implicação prática disso, no que toca ao papel do Direito na conformação social.

O Ministro diz considerar que não é preciso reconhecer personalidade jurídica num ser para lhe conferir proteção jurídica, e cita Habermas<sup>334</sup> para dizer:

*Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamento, do status moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o status de um sujeito de direitos, que nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. Indisponível não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da digni-*

<sup>334</sup> Citação original: HABERMAS, Jürgen. *O futuro na natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 44.

*dade humana, conforme o artigo 1º da Constituição*. [grifos nossos] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2008, pp. 600-601)

Para o Ministro, mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há um sujeito de direitos fundamentais, “*não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção*”; logo, “*a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever*” (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2008, pp. 601-602). Portanto, seu entendimento é que a ausência de personalidade jurídica no feto não é razão para que o Direito não lhe reserve proteção. No entanto, esta proteção pode colidir com outras igualmente devidas, e pode sucumbir no sopesamento de princípios inerente a qualquer ponderação que envolva direitos fundamentais.

Parêntese: Isto aproveita à causa do aborto por escolha, porque os declarados pró-vida não admitem que qualquer direito da mulher prevaleça ao direito do feto à vida – o que, na prática, tornaria a proteção ao feto absoluta, e isso não é possível –. Ao contrário do que alegam ou defendem, nem mesmo o direito à vida escapa à relatividade de todos os direitos fundamentais; se é que um embrião pode ser considerado pessoa, ainda assim haverá duas pessoas cujos direitos resguardar, e não apenas essa. Há a mulher, cujos direitos não podem ser esquecidos. Ainda que para se negar a ela o direito de dispor da vida do feto – e até é razoável que se negue, a partir do momento da senciência, contanto que ela tenha o direito de fazê-lo até antes disso –, o justo é que se faça esse sopesamento, e à luz de argumentos científicos, rejeitando-se razões morais ou espirituais. Cada ser humano é senhor de si mesmo, e deve poder optar pela moral que reputa mais correta segundo seu próprio entendimento de mundo, assim como deve poder decidir o que quer fazer do próprio espírito. Aquele que vai arcar com as consequências por determinado ato é quem deve decidir se convém ou não praticá-lo. Não seus pares. Não o Estado. Liberdade de pensamento é a palavra de ordem na democracia.

Agora, apreciemos os argumentos utilizados pelos Ministros no julgamento da ADPF 54 para saber o que aproveita à causa do aborto por escolha.

### 3.2 - A decisão na ADPF 54 (sobre abortos de anencéfalos)

A ADPF 54 defendia que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, “*notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde*” (BRASIL, 2012d). Assim, a fundamentação da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – autora da ação, representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso – para defender a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual os arts. 124 e 126 do CP englobavam o aborto de anencéfalos se baseou, primordialmente, “*no direito à liberdade e à autonomia da gestante de interromper a gravidez, como meio de resguardar a sua dignidade, preservando sua saúde física, moral e psicológica*” (SILVA FILHO, 2010, p. 948).

Defendeu-se a tese de que obrigar uma mulher a levar a termo uma gravidez de anencéfalo contra a sua vontade feria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF), os princípios da liberdade e da autonomia da vontade (art. 5º, II, CF), e o direito à saúde (arts. 6º e 196, CF). E a ação foi julgada procedente. O entendimento geral foi no sentido de que o Estado não pode funcionalizar as mulheres, tratando-as como um meio para atingir um fim, ou seja, um instrumento de satisfação dos direitos do feto, porque todo ser humano é um fim em si mesmo.

Parêntese: Forçar uma mulher a gestar um filho que não deseja não faz o mesmo?

A ação foi ajuizada em 2004, e levou oito longos anos para ser julgada. Marco Aurélio, relator, chegou a conceder liminar autorizando o procedimento de interrupção das gravidezes de anencéfalos, a pedido das mães, até que o mérito fosse julgado<sup>335</sup>, mas a decisão foi revogada pelo Tribunal<sup>336</sup>. O argumento foi de que se tra-

---

<sup>335</sup> “Foi colocado um pedido cautelar para que fosse concedida uma medida liminar capaz de gerar as seguintes consequências: a suspensão dos efeitos de decisões judiciais que tenham aplicado (e, no caso de processos em andamento, que pretendam aplicar) os dispositivos penais supracitados com a intenção de impedir a interrupção da gravidez; e a permissão para que as gestantes efetuassem a antecipação terapêutica do parto, desde que a anomalia fosse atestada por médico habilitado. Houve, ainda, um pedido alternativo para que, caso o ministro presidente do STF entendesse que a ADPF não era o instrumento adequado para efetivar a demanda, ela fosse recebida como uma ADI, cuja intenção não seria a retirada da norma do sistema jurídico, mas a aplicação de uma interpretação formulada pela Suprema Corte” (ANNENBERG, 2008, p. 21).

<sup>336</sup> “Em 01 de julho de 2004, o STF [o Ministro Marco Aurélio] proferiu decisão liminar, permitindo a realização de interrupção da gestação, inclusive com a dispensa de autorização judicial, em caso de gestação de feto portador de anomalia fetal grave, que tornasse inviável a vida extrauterina - a

tava de uma liminar satisfativa e, se, ao julgar o mérito, se decidisse que há vida no feto anencéfalo, a vida dos que tivessem sido abortados não poderia ser recuperada, nem mesmo para existir por poucos minutos, se lhe fosse de direito.

Não deixa de ser verdade, mas é bastante provável que, também, tenha havido um pouco nisso do mesmo sentimento que fez os Ministros evitarem falar em “aborto” para afastar o tabu: autopreservação. Do mesmo modo, provavelmente, por isso, também, eles levaram mais tempo para julgar esta ação do que outras de mesma natureza referentes a assuntos menos polêmicos – e até tão polêmicos quanto, já que a ADI 3510, de 2005, foi julgada em 2008; levou, então, pouco mais de um terço do tempo que levou a ADPF 54 –. Possivelmente, os Ministros estivessem esperando que a sociedade amadurecesse a ideia de que a ação, eventualmente, poderia ser provida. Pelo menos, ao fim, ela, felizmente, foi. Mas somente em abril de 2012, oito longos anos depois de seu ajuizamento.

O Ministro Marco Aurélio, relator, iniciou seu voto destacando que o Supremo não estava julgando a possibilidade jurídica do aborto, mas da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos, que são dois atos, a seu ver, diferentes, já que, no anencéfalo, não há vida a ser eliminada, logo não poderia se tratar de crime contra a vida, como é o caso do aborto (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, pp. 33-34).

O Ministro ressaltou: “*A questão posta nesse processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas*”. Portanto, para ele (assim como para nós), concepções morais e religiosas não poderiam guiar as decisões estatais, devendo ficar restritas à esfera privada; logo, assim como no julgamento da ADI 3510, dever-se-ia ter primar pela laicidade do Estado (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, pp. 41-43). Sem dúvidas.

O Ministro, também, argumentou que, nas décadas de 30 e 40, quando foi elaborado nosso Código Penal, a Medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente anomalias como a anencefalia, não havia tecno-

---

*liminar também determinava o sobrestamento de todos os processos relativos ao tema nos demais tribunais, até julgamento definitivo da matéria. (...) Esta decisão, exarada exclusivamente pelo relator do caso, foi revogada apenas em 20 de outubro de 2004 [vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, no sentido da manutenção da liminar], oportunidade em que se manteve o sobrestamento dos feitos nos demais tribunais, mas se revogou a autorização para que as gestantes que assim optassem, interrompessem a gestação em caso de má formação fetal grave sem autorização judicial” (GONÇALVES; BEVILÁQUA; LAPA, 2008, p. 23).*

logia disponível para diagnosticar a viabilidade extrauterina do feto; logo não é possível saber se, de posse deste artifício, os legisladores não teriam previsto uma excludente da ilicitude sobre os fetos de sobrevivência impossível.

Parêntese: Ora, também não se tinha conhecimento bastante sobre o desenvolvimento intrauterino do feto para saber que, até o 3º mês, ele não tem sistema nervoso central e, conseqüentemente, não é senciante, não se assemelhando e nada a um ser humano. Portanto, não é possível saber, também, se a intenção criminalizadora do legislador abarcaria embriões até esse marco temporal.

O Ministro, ainda, diz que: “*Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida*” (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, p. 56).

Parêntese: Esse ponto, claramente, também aproveita à causa do aborto por escolha até a 12ª semana. Isso porque a Lei de Transplantes considera como morte o fim da atividade cerebral – autorizando a doação de órgãos do indivíduo cujas ondas cerebrais cessaram, ainda que seu coração continue a bater (se não continuasse, o transplante nem seria possível) –; logo, pode-se dizer que, seguindo-se uma interpretação sistemática de nosso ordenamento, como não há qualquer outra definição sobre a vida, seu conceito pode ser retirado, por negação, do conceito de morte, o que leva à conclusão que seu início se dá com o início da atividade cerebral. Assim, se o feto anencéfalo não tem os direitos tutelados porque, sem cérebro, não é vivo para o Direito e, portanto, não é portador de direitos, o mesmo se aplica ao feto sem sistema nervoso central; assim, se os fetos anencéfalos não são dignos de tutela jurídica, os embriões até a 12ª semana também não são.

Depois, o Ministro citou trecho do voto do Ministro Ayres Britto na ADI 3510 para dizer que, quando a Constituição se reporta a “*direitos da pessoa humana*” e “*direitos e garantias individuais*” como cláusulas pétreas, teria tratado de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, destinatário dos “*direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”. No entanto, não há (e nem haverá) indivíduo-pessoa no caso do anencéfalo (assim como nos embriões produzidos por fertilização in vitro e não utilizados, que seriam, conforme a Lei de Biossegurança, utilizados para pesquisas), razão pela qual não se justificaria sua tutela jurídico-penal, principalmente na hipótese em que esbarraria em direitos fundamentais da mulher. Isto porque, dado o conceito de morte da referida lei, não se poderia falar

em vida ou direito à vida num feto natimorto cerebral (tampouco num feto cujo cérebro ainda não se formou, a nosso ver, pela mesma razão). Assim, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, esse feto seria juridicamente morto – e, como não é vivo para o Direito, não é sujeito de direitos –, não fazendo jus a proteção jurídica, sobretudo jurídico-penal, de modo que o conflito entre seus supostos direitos fundamentais e os direitos fundamentais da mãe seria apenas aparente. A vida e a dignidade a assegurar são apenas as da mulher (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, pp. 57-58).

Parêntese: O que se aplica ao anencefalo, nesse sentido, se aplica ao feto não dotado de cérebro, ou seja, até a 12ª semana de gravidez, já que ele, igualmente, não detém personalidade jurídica, e, não detendo personalidade jurídica, não detém direitos.

Ainda, o Ministro ressaltou que:

*Por a vida do feto anencefálico ser inviável, ele não se torna titular do direito à vida [quanto ao embrião sadio até a 12ª semana, pode-se dizer que ele ainda não se tornou], de modo que o conflito entre direitos fundamentais na hipótese seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto. Nesse caso, portanto, a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto [assim como a gravidez por outra razão indesejada, até o marco no qual o feto adquire senciência] iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, dentre eles a autodeterminação e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. O voto foi acompanhado pela grande maioria dos Ministros da casa. [grifo nosso] (BARROSO, 2012b, p. 136)*

Parêntese: Ora, o mesmo se pode dizer sobre forçar uma mulher a viver qualquer gravidez indesejada; podem-se considerar feridos todos esses princípios pelas normas criminalizadoras do autoaborto e do aborto consentido, em sentido amplo. Como vimos, com alguns acréscimos.

Também, o Ministro cita uma obra da Ministra Cármen Lúcia<sup>337</sup> para dizer que convinha distinguir o ser humano da pessoa humana: o embrião, sem dúvidas, era ser humano, assim como ser vivo; todavia, não se trataria, ainda, de pessoa, ou seja, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana; além disso, ainda que se concebesse a existência de direito à vida nos fetos anencefálicos (premissa da qual ele discorda), dever-se-ia admitir que a tutela conferida nesse caso fosse menos intensa do que a deferida às pessoas e aos fetos

<sup>337</sup> Citação original: *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

em geral, porque aqueles não se igualariam a estes (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, p. 60).

Ainda, ele ressaltou que, conforme levantado na ADI 3510, o direito à vida não é absoluto – já que o artigo 5º, inciso XLVII da CF admite a pena de morte em caso de guerra declarada, na forma do artigo 84, inciso XIX, e o Código Penal prevê excludente da ilicitude quanto ao aborto sentimental ou humanitário, no caso de gravidez resultante de estupro<sup>338</sup>, priorizando os direitos da mulher aos do feto, ainda que viável, e ainda que senciente –, e comporta gradações, atraindo proteção estatal mais intensa na medida em que se desenvolve, razão pela qual se diferencia as penas do aborto e do homicídio. E alegou, por fim, que, “*se a proteção a um feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo*”, ou seja, se o Código de 1940 admitiu o aborto sentimental para resguardar a honra e a saúde mental da mulher, sem levar em conta a viabilidade do feto, mostrou com isso que os direitos do feto, mesmo viável e, quiçá, senciente, podem ser ponderados com os da mãe. Assim, por que não ponderar os do feto inviável (e acrescentamos: os do não senciente)? (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, p. 60; BUNCHAFT, 2012, pp. 172-173)<sup>339</sup>.

O Ministro, também, esclareceu que:

*A integridade que se colimaria alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso seria plena e que eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, artigos 1º, III, 5º, caput e II, III e X, e 6º, caput). Por derradeiro, versou que atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, determinaria garantir o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de*

<sup>338</sup> O próprio Código Penal reconhece a vida como um direito relativo, sem, sequer, ponderar sobre que a proteção à vida do feto deve crescer com o avançar da gestação, já que prevê hipóteses de exclusão da ilicitude do aborto e, para elas, não prevê prazo para o ato. Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel, citadas por Maria Lúcia Luz LEIRIA (1999, p. 3), esclarecem o raciocínio do legislador: “*Por que não punir o aborto nessas hipóteses? Porque o valor da vida deve ser conjugado com o valor da dignidade humana. Entendeu a legislação penal que não seria razoável punir criminalmente uma mulher que sofre risco de vida fatal, necessitando a interrupção da gravidez. Entendeu também a legislação penal que não seria razoável punir criminalmente uma mulher que já sofreu a traumática e dolorosa violência do estupro, sendo submetida a um tratamento cruel e degradante*” (Citação original: PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Sílvia. *O direito constitucional ao aborto legal*. In: Folha de São Paulo, caderno Opinião, 27/11/97, p. 3).

<sup>339</sup> “[O relator] *aludiu que o anencéfalo, assim como o morto cerebral [e acrescentamos: assim com o feto até a 12ª semana de gravidez], não deteria atividade cortical, de modo que se mostraria deficiente de forma grave no plano neurológico, dado que lhe faltariam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Portanto, o feto anencefálico não desfrutaria de nenhuma função superior do sistema nervoso central ‘responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade’*” (BRASIL, 2012c).

tornar-se ré em possível ação por crime de aborto. [grifos nossos] (BRASIL, 2012d)

Parêntese: Dizemos o mesmo sobre qualquer gestante que não deseje o filho. O aborto é sempre uma tragédia para a mulher. E, negar este artifício a uma mulher que sente, por qualquer razão, que ter o filho é uma tragédia ainda maior, não é razoável, e, muito menos, proporcional, já que se compromete a vida de alguém em nome da mera expectativa de vida de outrem, que pode, por muitos motivos, não se efetivar. Não há sentido em conferir mais proteção ao feto cujo cérebro ainda não se formou do que se confere ao feto cujo cérebro não se formará, já que nenhum dos dois é dotado de personalidade. A única diferença é que, como no anencéfalo o cérebro não virá, o aborto deve ser possível a qualquer tempo; já no caso de um feto não portador de anencefalia, seu cérebro se forma após a 12ª semana, a partir de quando o aborto só deveria ser possível em hipóteses realmente excepcionais, como para salvar a vida da mãe.

Eis a conclusão do voto do relator:

*Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [grifo nosso] (Voto Ministro Marco Aurélio In: BRASIL, 2012b, p. 68)*

Parêntese: Essa conclusão, para nós, é a mesma que se obtém ao analisar, com sensibilidade, a causa das gestantes que, por qualquer motivo, não desejam gestar. A ponderação de interesses impõe a determinação de um prazo para que elas possam tomar a decisão de interromper ou não a gestação, já que, a partir de certo ponto, há um segundo sujeito cujos direitos tutelar; no entanto, negar a elas o direito de exercer a própria sexualidade, de realizar o planejamento familiar assegurado pela Constituição e de praticar a autonomia sobre o próprio corpo é gritantemente desproporcional. Isto porque, também aqui, leva-se em conta apenas um dos seres da relação, fazendo prevalecer os interesses de um feto equiparável ao anencéfalo, já que, igualmente, não tem cérebro, ou seja, ignoram-se sumariamente os

direitos da mulher em face dos de quem, na medida em que não é vivo para o Direito, sequer titulariza direitos.

A próxima a votar foi a Ministra Rosa Weber. Ela começou dizendo que trabalharia o tema sob três aspectos: em primeiro lugar, a atipicidade da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos; em segundo, a inconsistência do argumento de que o legislador deliberadamente optou por não acrescentar a anencefalia como causa excludente da ilicitude com relação ao crime de aborto; e, em terceiro, a ponderação de valores entre a liberdade, a dignidade, a saúde e os direitos reprodutivos das mulheres e a vida do feto anencefálico (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 97).

Então, falou um pouco sobre o critério científico sobre a morte cerebral representando a morte do indivíduo:

*Antes do critério da morte encefálica, a Medicina tratava um indivíduo como morto após a falência cardiorrespiratória. No entanto, o desenvolvimento de técnicas que poderiam “recuperar” a vida do indivíduo após a parada cardíaca ou da respiração fez a medicina repensar o seu padrão. Identificou-se que era o funcionamento do cérebro que viabilizava a recuperação e era a falência desse órgão do corpo humano que tornava impossível a recuperação. Mas, e a situação em que o organismo continua funcionando após a morte encefálica? Está vivo o indivíduo? Ora, a Medicina o considera morto, pois a falência dos demais órgãos é iminente e sem nenhuma chance conhecida de recuperação. Além disso, há um critério utilitário: com a declaração da morte cerebral como critério para o fim da vida é possível captar órgãos para transplantes que ainda estejam funcionando (e é necessário que ainda estejam em atividade para que sejam transplantados). Assim, o critério de morte encefálica permite o reconhecimento da irreversibilidade do estado de morte ao mesmo tempo em que reconhece o funcionamento de outras partes do organismo humano, mas que em breve sucumbirão. Também na morte encefálica vê-se que o critério é utilitário, ainda que baseado na certeza atual sobre a irreversibilidade da perda da atividade cerebral. Nada impediria que, com a continuidade do funcionamento dos órgãos, ainda que por aparelhos e apoio médico, se considerasse o indivíduo vivo, mas apto a doar porque a morte é iminente. [grifo nosso] (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 97)*

Também, mostrou a diferença nas penas dos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ao suicídio e aborto para mostrar que “*Para o Direito Penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto*”, independentemente de a diferença entre as penas se dar por uma gradação na tutela do direito à vida conforme sua duração ou pelo grau de reprovabilidade de cada uma das condutas. O ponto é que se trata de um direito, como todos os outros, relativo (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 104-105).

Depois disso, a Ministra falou sobre o sujeito passivo do crime de aborto, chamando atenção para o fato de que, para se tratar de aborto, o feto pode morrer interna ou externamente ao útero, mas sua morte deve decorrer das práticas abortivas. Assim, não pode haver aborto no aborto de anencéfalo, já que não há vida eliminada pelo ato de abortar (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 106).

Parêntese: Pode-se dizer o mesmo sobre o aborto de um feto até a 12ª semana, pela mesma razão.

A Ministra chegou a apontar os dispositivos que indicariam interesse na proteção do feto ao reconhecer-lhe direitos (arts. 2º, 542, 1609, parágrafo único, 1779 e 1798 do Código Civil e Lei 11804/2008); no entanto, ressaltou que o exercício de direitos do nascituro estaria condicionado a seu nascimento com vida, quando adquiriria personalidade civil (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 107).

A Ministra Rosa Weber pontuou, também, que não há, no Brasil, conceito jurídico de vida, apenas de morte (art. 3º, Lei 9434/97), e que ele podia ser utilizado na definição de vida tanto no direito civil, quanto no penal e no biodireito, sendo que o conceito de vida obtido da interpretação sistemática do nosso ordenamento coaduna com definição apontada pela ciência nesse momento. Isto porque a Constituição não atribui personalidade ao feto, de modo que não é possível considerá-lo vivo para o Direito, logo detentor de direitos, sobretudo o feto anencéfalo (e acrescentamos: o feto ainda sem cérebro), já que a Lei de Transplantes determinou que a vida acaba com a cessação da atividade cerebral do sujeito, e o feto anencéfalo não tem cérebro (tampouco o feto até a 12ª semana de gestação, dizemos) (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 108-109).

A Ministra se reportou à Resolução 1480/97, do CFM, que foi onde se estabeleceu o parâmetro para diagnosticar a morte de uma pessoa a morte cerebral. Para ela, este é um critério “*claro, seguro e garantido*”, que pode ser aplicado, por analogia, ao feto anencefálico para dizer que não se trata de ser vivo para o Direito, já que, em decorrência do conceito de morte dado pela Resolução, pode-se definir vida como presença de atividade cerebral (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 109).

Parêntese: Isso também se aplica ao embrião até o 3º mês de gestação. Ora, segundo esses critérios, se se diz, sobre o feto anencefálico, que ele jamais poderá ser qualificado como ser humano vivo, pode-se dizer, sobre o embrião até o terceiro mês de gestação, que ele não pode sê-lo, ainda. E isso deve bastar para o mesmo

fim. Se o Direito não tutela a vida do feto sem cérebro, também não há que tutelar a vida do feto cujo cérebro ainda não se desenvolveu.

A Ministra Rosa Weber, ainda, lembrou posicionamento da Corte – que deveria permear a compreensão de vida como direito, e não como fato, em todos os demais microssistemas do ordenamento jurídico – no sentido de que embrião fecundado *in vitro* não se trataria de um ser vivo no sentido do disposto no art. 5º, caput, da CF, haja vista que, para ser vida cuja proteção interessasse ao Direito, deveria se tratar de indivíduo com capacidades mínimas intrínsecas ao ser humano, não apenas possíveis condições biológicas. Ressaltou que o uso semântico do conceito de vida no Direito relacionar-se-ia com as ideias de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade, e não apenas a atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico do ser, e que, portanto, a proibição da antecipação do parto do feto anencéfalo feriria a liberdade de escolha da gestante (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 110-111).

Parêntese: A visão da Ministra de que o feto anencéfalo não pode ser considerado vivo para o Direito, já que, não obstante biologicamente vivo, não apresenta características mentais com funções que condizem com a natureza humana, aplica-se ao feto até a 12ª semana, já que ele também não tem cérebro; assim, pode-se dizer que a proibição do aborto até este marco também fere irrazoavelmente a liberdade de escolha da gestante, fazendo prevalecer sobre sua dignidade a dignidade de um ser que, para o Direito, ainda não é sequer um ser cujos direitos tutelar.

Nesse ponto, a Ministra encerrou a tese da atipicidade do aborto de anencéfalo, partindo para a tese de que, se se dispusesse da Medicina diagnóstica atual ao tempo da edição do Código Penal, provavelmente, o legislador teria incluído a anencefalia do feto como uma quarta causa excludente da ilicitude com relação ao crime de aborto, porque só o fato de se estabelecer uma excludente da ilicitude com relação ao estupro, sem, sequer, levar em conta a viabilidade do feto, já mostra que, entre o feto e a mãe, na ponderação, o bem-estar da mãe pode prevalecer, e, no caso do anencéfalo, trata-se de um natimorto cerebral que, portanto, não é nem nunca será vivo para o Direito e, portanto, não é dotado de direitos fundamentais a ponderar. “*Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época*”, ela disse. Logo, defendeu a tese de que não se poderia afirmar que o legislador fosse

deixar de elencar a anencefalia do feto como causa de excludente da ilicitude do crime de aborto, se, à época, a Medicina diagnóstica tivesse a estrutura que tem agora. No entanto, alegou que o caminho para julgar a causa não se tratava de interpretar o art. 128 do CP (que definiria as excludentes de ilicitude), mas os artigos 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Assim, a discussão fundar-se-ia no conteúdo do tipo, e não em eventual existência de excludente (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 112-123).

Analisando a última tese, que é justamente a de que, em se ponderando os interesses do feto anencéfalo e os da gestante, são os dela que devem prevalecer, a Ministra apontou, em primeiro lugar, que:

*Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, a priori, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural<sup>340</sup>. Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro. Isso implica que todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis<sup>341</sup>. É necessária a proibição de posturas que puguem a eliminação de outras formas de ver a realidade (inclusive ética), restringindo-se a liberdade que se põe contra a liberdade, acabando-se com o que ficou conhecido como paradoxo da liberdade<sup>342</sup>. [grifo nosso] (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 124)*

Assim, o Direito deve garantir a liberdade e a igualdade a todos, partindo da premissa de que todos são livres para escolher seu próprio modo de vida e são iguais em direitos e deveres para que possam exercer e desenvolver suas liberdades e respeitar os outros membros da sociedade, não havendo, portando, hierarquia entre eles. Então, com base nessa visão, os valores deixaram de ser vistos como conteúdos concretos compartilhados por uma sociedade homogênea para se transformarem em vetores para uma vida boa e justa para todos os indivíduos, e não apenas aqueles que compartilham dos mesmos pressupostos<sup>343</sup>. “[Agora, eles] entram

<sup>340</sup> Citação original: RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Trad. Dinah da Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

<sup>341</sup> Citação original: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. A Ministra Rosa Weber diz que a postura adotada por Habermas havia sido manifestada, antes, por Kelsen, partindo de outros pressupostos teóricos, em: KELSEN, Hans. O que é justiça? In: Idem, *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>342</sup> Citação original: POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado, 2 vols., Belo Horizonte: Itatiaia, São Paulo: EDUSP, 1987.

<sup>343</sup> Nesse ponto, a Ministra cita Robert Alexy, que critica o positivismo e seu argumento de que há uma relação intrínseca entre direito e moral (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004) e Paul Ricoeur, que fala sobre o conceito de vida boa na sociedade moderna (RICOEUR, Paul. *O justo*. Trad. Ivone Benedetti, vol. 1, São Paulo: Martins Fontes, 2008).

no Direito como garantia do bom e do justo como formas de convivência harmônica de todos os modos de vida, não mais como o bom e o justo transcendentais que pretendem determinar como tudo deve ser e como todos devem agir”, ela disse (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 124-125).

*Transformados em princípios, os valores precisam conviver com as demais normas do ordenamento jurídico. Normas essas que determinam de maneira direta regras de conduta. Quer dizer, são comandos objetivos que pretendem regular em abstrato condutas que podem vir a ser concretas. São cogentes, portanto. Esse tipo de norma é aquele que a atual teoria da norma jurídica tem chamado de regra, exatamente para diferenciá-lo do outro tipo, os aludidos princípios. Pode-se dizer, então, que regras são normas de aplicação cogente e imediata, na medida em que procuram regular uma conduta específica. Assim, não podem sobreviver no ordenamento regras que determinem condutas contraditórias, pois as ações ou são proibidas ou são permitidas ou são livres. Já os princípios, para uma parte da teoria do direito contemporâneo, são normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa (no sentido já descrito) em sociedade. São preceitos, portanto, que só ganham concretude diante de casos concretos, pois são incapazes de determinar quais condutas exatamente estão sendo reguladas em abstrato*<sup>344</sup>. [grifos nossos] (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012, pp. 125-126)

A Ministra esclarece que, por serem valores, os princípios não regulam ações concretas, de modo que, quando se fala em “princípios opostos”, quer-se dizer que, no caso concreto, os dois princípios não podem regular a mesma situação, sendo que, diferentemente do que ocorre com as regras, a não aplicação de um princípio num caso concreto não acarreta a sua eliminação do sistema jurídico (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 126-127).

Quanto ao critério para definir que princípio aplicar, quando diante de um conflito, ela lembra que os princípios são valores que realizam os ideais de justiça e vida boa. Assim, eles não podem se sobrepor uns aos outros, pois isso levaria à exclusão das normas de vida de parcela da sociedade; logo, não há uma ordem concreta de valores que eliminem ou se sobreponham aos outros, de modo que não há uma hierarquia entre eles. Todos têm o mesmo status e, por isso, a mesma pretensão de aplicabilidade. No entanto, se a questão não se resolve no plano ontológico ou axiológico, há que se encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise; um critério argumentativo, e não de sopesamento de valores, pois um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos. Este critério de-

<sup>344</sup> A Ministra esclarece basear sua concepção de regras e princípios na teoria de Robert Alexy (Citação original: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

ve colocar os valores em disputa, não em uma balança, para ver para qual lado a haste pende, mas em uma equação, para que, do ponto de igualdade entre eles, se possa transitar para uma sentença do tipo “se... então deve ser...”.

*Um princípio será aplicado se for adequado para atingir o fim perseguido (o meio utilizado deve necessariamente levar ao fim que se busca) e necessário às exigências e expectativas do resultado diante de outros possíveis (os meios empregados para a realização do princípio devem ser os menos gravosos – se houver outros meios menos gravosos, a regra escolhida para realizar o princípio em tela é tida por desproporcional). (...) A ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores. A estipulação do valor mais “pesado” por uma corte constitucional não poderia se basear nos critérios determinados pelo próprio Direito tais como aceitos por todos aqueles que estão a ele sujeitos. Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade. Portanto, a ponderação só pode ser das razões que aumentam a aceitação da racionalidade (e não da autoridade) da decisão. [grifo nosso] (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 128-129)*

Partindo de todos esses pressupostos, a Ministra afirma que, apreciando a causa do aborto de anencéfalos, tem-se em jogo os seguintes princípios: vida, que se aplica ao feto; e dignidade, liberdade e saúde, que se aplicam à gestante. E ela diz que, sopesando os princípios, partindo-se da premissa que os direitos fundamentais têm a mesma hierarquia, a balança penderia para o lado da mulher, que tem mais direitos a se resguardar, ou para o feto, se se considerasse que a vida é o primeiro dos direitos – já que, sem ela, outros não podem existir –, e nenhum valor ou direito pode estar acima dela. Mas a solução nesses termos, qualquer que fosse, seria arbitrária, pois dependeria da preferência pessoal do julgador para definir o lado para o qual penderia a haste da balança (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 129-130).

Ponderando, então, lembrou que, mesmo em abstrato, a vida tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento, a ponto de o feto saudável não ser protegido contra a liberdade da mulher em caso de estupro, logo, “*dependendo do grau de desenvolvimento da vida biológica do feto e da situação da gestante, diminui o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro e aumenta o interesse na proteção da liberdade da segunda*” (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 132).

Parêntese: Em verdade, o grau de desenvolvimento do feto ainda não acarreta diferenças nas penas (ou em haver pena ou não) no ato de descartá-lo, no ordenamento brasileiro; importa apenas se ele está dentro ou fora do útero no momento do atentado para fins de se tratar de aborto ou homicídio (infanticídio, se praticado pela mãe em estado puerperal). Tanto é verdade que não se estabelece prazo para o aborto de feto resultante de estupro. Segundo nossa lei, como é, basta que o parto não tenha se iniciado e o aborto será possível e legítimo, a qualquer tempo. Mas esta declaração da Ministra, sem dúvida, interessa e muito à causa do aborto voluntário, já que tudo o que pretendemos é que seja permitido no primeiro trimestre da gestação, quando não justifica tutelar os interesses do feto, já que ele é equiparável ao anencéfalo – porque, igualmente, não tem cérebro –, e os desse o nosso Direito não tutela.

A Ministra afirmou, ainda, que haveria, no mínimo, dúvida sobre se seria devida a proteção à vida do feto anencéfalo, ao passo que inexistiria hesitação sobre os direitos fundamentais da gestante, inquestionavelmente violados pela criminalização do aborto de anencéfalos (acrescentamos: e de qualquer aborto, até a 12<sup>a</sup> semana de gravidez), sendo possível equiparar o tratamento de obrigá-las a levar a gravidez adiante ao crime de tortura – que lembrou ter o dobro de pena em abstrato do crime de aborto – (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, pp. 133-134).

Ao ressaltar a dificuldade de justificar a proteção do feto anencefálico por meio da criminalização da conduta da gestante, então, concluiu que a ponderação dos argumentos valorativos direcionaria a decisão em favor da mulher; e finalizou dizendo que o Direito Penal moderno apresentar-se-ia como *ultima ratio*, de forma que deveria ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, consoante seus preceitos de: a) idoneidade – a criminalização como meio útil para resolver o problema social; b) subsidiariedade – demonstração de inexistência de alternativas para a regulação da conduta indesejada; e c) racionalidade – comparação dos benefícios e dos custos sociais decorrentes da criminalização (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 134).

Parêntese: Tudo isso aproveita à causa do aborto precoce a pedido. Um Direito Penal mínimo não coaduna com a punição do aborto por escolha praticado nos três primeiros meses de gestação, quando o feto, numa interpretação sistemática do nosso ordenamento, nem é vivo para o Direito. E, no mesmo sentido, partindo-se do pressuposto que o aborto de anencéfalo é conduta atípica porque, à ausência de

vida, não há aborto, o mesmo se pode dizer sobre o aborto do feto até o 3º mês, já que, juridicamente, ele também não é ser vivo: igualmente ao anencéfalo e pela mesma razão. E, considerando que o legislador de 1940, independentemente do que o motivava, admitiu a ponderação dos direitos de um feto saudável com os direitos da mulher, no que toca à vítima de estupro, sem, sequer, estabelecer um prazo no qual o aborto poderia ser feito (admitindo, com isso, o aborto aos 9 meses, quando, se houvesse um parto em vez de aborto, o feto teria plenas chances de sobrevivência), é possível supor que a ponderação dos direitos (se é que existem) de um feto não senciante com os da mulher poderia ser resolvido em favor dela, sobretudo à luz da Constituição atual, que garante o direito ao planejamento familiar.

Por fim, a Ministra destacou que o que estava em jogo não era o direito do feto anencefálico à vida – já que, segundo o conceito de vida dado pelo Conselho Federal de Medicina, este feto jamais poderá desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal –, mas o direito da mãe escolher se quer levar adiante uma gestação cujo fruto é um feto nessas condições.

*Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988. [grifo nosso] (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 135)*

E disse que, independentemente do caminho que se escolhesse trilhar para apreciar a causa – se pela atipicidade do ato, se pela não existência da excludente da ilicitude justificável pela falta de tecnologia diagnóstica ao tempo da edição da lei, se, finalmente, pela ponderação entre os interesses da gestante e do feto anencéfalo –, isto é, seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio de análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, todos os caminhos levavam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la (e dizemos que a mesma linha de raciocínio aproveita ao aborto por escolha). Para a Ministra, a postura contrária não se mostrava sustentável em qualquer dessas perspectivas, o que ensejava a procedência da ADPF para dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a Constituição, a interpretação que enquadrava

a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto (Voto Ministra Rosa Weber In: BRASIL, 2012b, p. 136).

O Ministro Joaquim Barbosa seguiu o voto da Ministra Rosa Weber e o do Ministro Marco Aurélio. Ele defendeu que a “antecipação terapêutica do parto” nos casos de anencefalia devia ser analisada por dois ângulos; o primeiro dizia respeito à liberdade individual, “*da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação*”, e o segundo se referia aos diferentes graus de tutela penal da vida humana, ressaltando que a ação dizia respeito exclusivamente à interrupção das gestações de anencéfalos, e não à “*ampla possibilidade de interromper a gestação*” (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, p. 147).

Então, o Ministro ressalta que “*o legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização (art. 124 do Código Penal), mas não se preocupou em conceituá-lo*”, mas que a doutrina esclarecia que “*o ato que interrompe a gestação configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado*” (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, p. 148).

Falando sobre as excludentes da ilicitude, menciona que se trata de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia da mulher, já que preserva seu direito de escolha, permitindo que decida se quer ou não continuar com a gestação, deixando de punir sua conduta nas hipóteses elencadas, não atentando sequer para a viabilidade ou inviabilidade do feto (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, pp. 148-149). Assim, ele diz que:

*Ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo Direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. Desse modo, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. [grifo nosso] (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, p. 149)*

O Ministro considera, portanto, incoerente admitir-se o aborto nas hipóteses de excludentes da ilicitude previstas no Código e não se admitir no caso de anencefalia do feto.

Parêntese: Pensamos o mesmo sobre o aborto precoce.

Posteriormente, ele aborda a questão sobre a gradação da tutela do direito à vida. “*As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados*”, ele diz. E diz que esta é a razão de a lei distinguir as penas do aborto, do infanticídio e do homicídio (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, pp. 150-151).

Como vimos, ele havia dito o mesmo em seu voto na ADI 3510, e, como dito anteriormente, discordamos sobre o infanticídio, cuja diferença na pena com relação ao homicídio se dá pelo abatimento na capacidade de percepção da realidade da mulher no estado puerperal; tanto é verdade que, se o referido efeito psicológico desta fase sobre ela for afastado, ela responde por homicídio.

Seguindo com o voto, o Ministro diz que, se o feto se encontra no ventre da mãe, sua situação jurídica é diversa da situação da gestante. Então, ele pondera que, se o bem jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida potencial, o crime não atinge as situações em que o feto descartado está biologicamente morto ou, ainda, biologicamente vivo, mas juridicamente morto. Assim, o feto anencefálico, ainda que biologicamente vivo (já que feito de células e tecidos vivos, como, primeiro, ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio), não tem proteção jurídica (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, p. 151).

Parêntese: O mesmo se pode dizer sobre o feto até a 12ª semana de gravidez.

O Ministro cita a Lei de Transplantes para dizer que nosso ordenamento abraçou a tese de que vida significa presença de atividade cerebral, mas afirma que o feto, desde a concepção até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia (que é irreversível), era merecedor de tutela penal; mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo ordenamento (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, pp. 151-152).

Parêntese: Ora, se ele afirma que o feto anencéfalo não é vivo para o Direito porque não comporta atividade cerebral, um feto, qualquer que seja, até a 12ª se-

mana de gravidez, quando se forma o seu cérebro, por este raciocínio, não pode ter seus interesses tutelados, ou o anencéfalo também deveria ter. Ou seja, o feto anencéfalo, assim como o feto cujo cérebro poderá se formar após este marco temporal, da concepção até este momento, numa interpretação sistemática do nosso ordenamento e utilizando do argumento do próprio Ministro, diferentemente do que ele diz, não pode ter os direitos tutelados, ou não faz sentido que tenham, já que são mortos para o Direito.

Concluindo seu voto, o Ministro apontou que, quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnológica médica apta a diagnosticar a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto, o que explicaria a omissão do legislador em prever a hipótese de anomalia incompatível com a vida extrauterina (como a anencefalia) como causa excludente da ilicitude (Voto Ministro Joaquim Barbosa In: BRASIL, 2012b, p. 152).

Parêntese: Consideramos que esta premissa sobre a precariedade da Medicina na década de 30, quando o Código foi redigido, também se presta a, pelo menos, suscitar a dúvida sobre se, tendo conhecimento sobre os estágios do desenvolvimento fetal àquela época, o legislador não teria criado uma nova excludente da ilicitude para os casos do aborto voluntário até a 12ª semana de gravidez – já que, até esta idade gestacional, o feto não tem cérebro, logo não tem consciência e tampouco recai sobre ele tutela jurídica – ou apenas redigido os dispositivos criminalizadores do aborto como se referindo somente ao período posterior a este marco.

O Ministro Luiz Fux começou seu voto dizendo que não pretendia discutir ali qual a vida mais importante, se a da mulher ou a do feto, e disse que este debate era alvo de desacordo moral razoável, e que, por isso, impunha uma postura minimalista do Judiciário (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 158).

Parêntese: Esta é a tese que defendemos durante todo o trabalho, no que toca ao aborto. O aborto é a primeira das causas sobre as quais recai significativo dissenso moral, no Brasil, e o Estado deve se abster de impor uma visão de mundo pela lei, ainda que de uma maioria.

Eis a fala do Ministro:

*Há, como se percebe - até pelas manifestações dos jornais, pelas manifestações aqui, diante do Supremo Tribunal Federal - um dissenso moral razoável sobre a matéria. Há os que são contra e há os que são a favor. O eminente advogado destacou que respeita com profundidade aqueles que trazem ínsita essa ideologia sincera. Mas, com relação a nós magistrados, a*

*existência desse dissenso moral significativo nos impõe, assim como já adotamos em outros hard cases (como a Marcha da Maconha e a legitimação da união homoafetiva), uma postura minimalista do Poder Judiciário, adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico. (...) Este caso é um caso típico em que se exige do Judiciário uma “passividade virtuosa”, na célebre expressão de Alexander Bickel no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por Cass Sustein sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana. O professor Cass Sustein, nessa publicação de Harvard, em tradução livre, preconiza que nesses casos - em que, diferentemente da Suprema Corte Americana, nós não podemos pronunciar o non liquet, ainda que haja o desacordo moral na sociedade - nós somos obrigados a dar uma palavra final. A trilha minimalista faz muito sentido quando o tribunal está lidando com a questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida, em termos morais ou outros quaisquer. O tribunal e os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas, quando desnecessários para decidir o caso.* [grifo nosso] (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, pp. 158-159)

Então, ele lembrou Robert Alexy para dizer que “*não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais*” (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 160), e citou o voto da Ministra Rosa Weber, no qual se sustentou que “*Impedir a interrupção da gravidez [de um feto anencéfalo] sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal no art. 5º*”<sup>345</sup>. Ou seja, para ele, também, obrigar uma mulher a levar adiante uma gravidez que não traria frutos equivaleria à tortura, já que a anencefalia é uma malformação incompatível com a vida extrauterina (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 162).

[O Ministro] *descreveu o sofrimento dessas mulheres, de forma que se poderia classificar como tortura o ato estatal de compeli-las a prosseguir na gestação de feto portador da anomalia, porquanto a colocaria em espécie de cárcere privado de seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade. (...) Assim, evidenciou que caberia à mulher, e não ao Estado, contrastar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, a fim de deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez.* [grifo nosso] (BRASIL, 2012d)

Parêntese: Considerando que um feto pode ser indesejado pela mulher por mais de uma razão (da mesma forma que um feto, mesmo anencéfalo, também pode ser desejado, apesar disso), a privação de seu direito a não tê-lo, afóra a hipótese de anencefalia (e também as de estupro e risco de vida para ela) também lhe impinge sofrimento. Logo, pode, igualmente, ser considerada tortura.

<sup>345</sup> “Definiu como violência todo ato ou conduta baseada no gênero que causasse morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na esfera privada (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher)” (BRASIL, 2012d).

Depois disso, o Ministro pontuou que os constitucionalistas modernos “*trazem a tônica da constitucionalização dos direitos*”, dentre os quais o Direito Penal, e disse que Luís Roberto Barroso, que subscreveu a inicial da ação, calcado nas doutrinas de Ingo Sarlet e Valéria Caldi, tratou da repercussão do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas, assentando que a disciplina jurídica dada a determinada infração, ou seja, a pena aplicada a ela, não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucional em questão, e conclui, com base neste ensinamento, que a criminalização do aborto (assim, em sentido amplo!) incide na dimensão da vedação ao excesso. E, então, menciona que um aborto de anencéfalo é caso de “estado de necessidade justificante”, citando Günther Jakobs<sup>346</sup> para dizer que esta excludente da ilicitude incide quando “*a ponderação de interesses faz com que o fim justifique os meios*”, e invocando Ronald Dworkin, em sua doutrina sobre a leitura moral da Constituição, para dizer que as hipóteses de excludente do art. 128 do Código Penal devem sofrer uma releitura “*porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais*” (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 165).

Então, fala sobre a Medicina diagnóstica precária das décadas de 30 e 40, comentário ao qual fazemos os mesmos acréscimos dos anteriores no mesmo sentido: sem ultrassonografia, não era possível saber tanto quanto se sabe hoje sobre o desenvolvimento do feto, e como, até o 3º mês de gravidez, não há cérebro nem forma humana.

O Ministro cita, também, “*Ética a Nicômaco*”, de Aristóteles, especificamente o recurso da equidade integrativa lá previsto, que, a seu ver, permite o preenchimento da omissão do legislador com o que ele teria dito se tivesse o conhecimento que se tem, atualmente. E fala que, se se permite o aborto sentimental, sem levar em conta a viabilidade do feto, mais ainda se deve permitir o aborto do feto inviável, sob pena de flagrante desproporcionalidade (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 166).

Parêntese: Dizemos o mesmo sobre o aborto até a 12ª semana.

Depois, o Ministro menciona que, nos memoriais, Luís Roberto Barroso faz alusão a dois casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão: Aborto 1 e Aborto 2, e que, neste segundo, com base na doutrina e Johannes Wessels, concluiu-se

---

<sup>346</sup> Citação original: JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal - Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Mendes e Geraldo de Carvalho. Editora Del Rey, 2008.

pela criação jurisprudencial de um estado de necessidade supralegal, oriundo da ponderação de bens e deveres, como se fazia, naquele momento, na ADPF 54. “*Cuida-se na hipótese sob judice da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencéfalos*”, a fim de adequar a norma às necessidades que se apresentam na realidade social, ele diz. E diz que o princípio da proporcionalidade concreta no Direito Penal, que confronta punição com os fins penais, revela que a criminalização do aborto de anencéfalo agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio, reclamando do Estado medidas no campo da saúde pública, atuação que não se coaduna com a simples repressão criminal da conduta (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, pp. 166-167).

Parêntese: Vimos dizendo o mesmo sobre o aborto precoce por escolha. E outro aspecto da fala do Ministro aproveita à nossa causa: “*As audiências públicas comprovaram que a não aceitação do aborto de feto anencefálico e a ameaça penal não tem a menor eficácia*”. Ele diz que há dados “aterrorizantes” sobre a morte de mulheres que fazem o aborto de maneira insipiente e depois são obrigadas a percorrer a via crucis nos hospitais públicos; não só dos hospitais públicos, pois também comparecem aos hospitais de elite (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, pp. 167-168). Ora, o “grosso” do problema de saúde pública ocasionado pelos abortos inseguros não dizem respeito aos abortos de anencéfalo, mas aos abortos voluntários, que, lamentavelmente, como se dão na clandestinidade, onde não há regras e, muito menos, fiscalização, nem sempre se dão precocemente.

*Anotamos naquela oportunidade - este Plenário também tem enfrentado com altivez e coragem uma outra questão - que a deliberação democrática da sociedade e, a fortiori, do Supremo, respeitando essa agenda social, impõe-se com significativo relevo, principalmente quando envolve uma questão multidisciplinar como esta, atinente à saúde, à moralidade, mercê do estabelecimento de parâmetros de delicadíssima questão de descriminalização do aborto, evitando o maniqueísmo das opiniões marginalizantes e das concepções libertárias e ilusórias, com a deletéria neutralidade social, assistente do drama humano - isso é que é importante - que perpassa as classes frequentadoras das áreas mais pobres da cidade às elites das mansões à beira-mar. Esses abortos marginalizados - noticia-se - são realizados em todas as classes sociais. [grifo nosso] (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 168)*

A esta fala, inteirou o Ministro Marco Aurélio: “*A classe A, com toda assepsia possível. No tocante aos menos afortunados, junto a açougueiros. Daí o serviço pú-*

*blico realizar, por ano, cerca de 200 mil curetagens, presente aborto mal feito*” (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 168).

O Ministro Luiz Fux, portanto, enquadrou a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como um problema de saúde pública, que atinge, primordialmente, em sua maioria, mulheres de menor poder aquisitivo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social. Já não dissemos o mesmo sobre o aborto, de modo geral? Falamos disso a fundo, anteriormente. A curetagem é, hoje, a cirurgia mais realizada pelo SUS. E, por mais que os Ministros tenham todos se preocupado em dizer que não estavam lidando com o aborto, apenas com uma antecipação terapêutica do parto, já que o feto anencéfalo não é vivo, nesse momento, Luiz Fux e Marco Aurélio falaram, sim, no aborto, pois tocaram em dados que dizem respeito a ele, sentido amplo, e não exclusivamente à interrupção das gravidezes de fetos anencefálicos.

O Ministro Luiz Fux citou, neste momento, “*o professor catedrático da Universidade de Barcelona, Santiago Mir Puig*”, que diz que “*a grave intromissão nos direitos fundamentais [as penas e as medidas de segurança], deve estar sujeita ao mesmo princípio que deve legitimar qualquer afetação de direitos fundamentais por parte do Estado, vale dizer, o princípio da proporcionalidade*”. Então, ressaltou a importância de proteger a saúde física e psíquica da gestante de anencéfalo, pois são esses aspectos importantes de sua dignidade humana – garantia revestida da categoria de direito fundamental – violados diante da desproporcional criminalização de sua conduta de abortar um feto sem cérebro. E desafiou qualquer pessoa a provar, à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que é justo negar a esta gestante aos “*bancos de um tribunal de júri*” para responder penalmente pela interrupção de sua gravidez. “*Por que punir essa mulher que já padece de uma tragédia humana?*”, questionou; e lembrou que, segundo René Ariel Dotti, o moderno Direito Penal mínimo recomenda que as sanções criminais devem ser o último recurso para eliminar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Para o Ministro, o intuito de punir da mulher gestante de anencéfalo que aborta não só não se coaduna com a sociedade moderna, como está desconectado da noção de Direito Penal mínimo, “*da necessidade de se reservar para o direito penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade*” (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, pp. 168-169).

Mais uma vez, me valho aqui de Johannes Wessels, quando afirma: as disposições penais devem ser consideradas como última ratio; só se justificam onde meios incisivos, como os do Direito Público – e o aborto é uma questão de saúde pública, não é uma questão de Direito Penal –, não bastem aos interesses de uma eficiente proteção aos bens jurídicos. Revela-se inequívoco, assim, que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, que aflige, em sua maioria, as mulheres - como disse o Ministro Marco Aurélio - que compõem a parcela menos abastada da população. A questão deve ser tratada como uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não uma repressão criminal, uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável. [grifo nosso] (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, pp. 169-170)

Ele sustentou, assim, que isso nada mais é que “*punir pelo punir, como se o Direito Penal fosse a panaceia de todos os problemas sociais*”. E, nesse ponto, repetiu o dito no voto do Ministro Joaquim Barbosa sobre a falta de proporcionalidade em se proteger, no caso da gravidez de anencéfalo, apenas um dos seres da relação e, ainda, acabar por privilegiar aquele que não detém, sequer, expectativa de vida fora do útero, desconsiderando de forma absoluta os direitos da mulher, ao lhe impingir sacrifício desarrazoado (Voto Ministro Luiz Fux In: BRASIL, 2012b, p. 170).

Parêntese: É precisamente o que pensamos sobre os dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido. Vimos dizendo isso desde o princípio. É igualmente lastimável gestar um filho que não se deseja.

A Ministra Cármen Lúcia começou seu voto ressaltando que, numa gravidez de anencéfalo, todas as opções, mesmo a interrupção da gravidez (para não dizer aborto), são de dor. Assim, a escolha é qual a menor dor. E, se a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade dessa mãe há que ser preservada; aliás, não só da mãe, mas de toda a família, que é afetada pelo nascimento. Pais, avós, irmãos mais velhos (Voto Ministra Cármen Lúcia, pp. 174-175).

Parêntese: É claro que isso também se aplica à problemática do aborto. A dignidade, não só das mães de fetos anencefálicos, mas de todas as mães, deve ser preservada. E de todas as famílias. Se pensarmos que o nascimento de uma nova criança afetará a qualidade de vida de toda a sua família – já que, se a renda não aumenta com a sua chegada, haverá, com ela, mais uma boca a alimentar e um corpo a vestir, uma saúde a cuidar –, concluiremos que deve ser dado à mulher o direito de avaliar se quer e pode ou não ter mais um filho, sob pena de comprometer, ou mesmo impossibilitar, a vida digna dos demais e dela mesma, ou se estará violando a dignidade da pessoa humana. Não seria, aliás, um aborto praticado nessas

circunstâncias, abarcado pela excludente de estado de necessidade (ou, conforme a precariedade da situação da família, inexigibilidade de conduta diversa)? Se, hoje, as mulheres abortam, apesar da lei proibitiva, muitas vezes arriscando a própria vida, é porque elas acreditam que somente elas, que são quem tem pleno conhecimento de sua realidade, é que têm a condição e o direito (já que são quem vai arcar com a consequência de seu ato, para todos os fins) a decidir se querem – e mais, se podem –, ou não, gerar mais uma vida. Esta é a realidade, e a razão lhes assiste.

A Ministra Cármen Lúcia, também, falou sobre os efeitos psicológicos da criminalização para as mulheres, chamando atenção para o fato de que a mulher que não podia interromper a gravidez de um anencéfalo (e o mesmo dizemos sobre um feto que não deseja) “*tem medo do que vai acontecer, medo físico, psíquico, e de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar*”, e disse que era preciso se pensar em que nada fragiliza mais o ser humano do que o medo e a vergonha (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 176).

Parêntese: Ora, uma mulher que simplesmente não quer ou não pode levar sua gravidez a termo porque não quer ou não pode ter um filho naquele momento, também não tem medo ou vergonha pelo aborto? Medo de punição ou censura? É claro que sim. Há dor, de qualquer forma. Demos a elas o caminho para a menor dor possível.

A Ministra Cármen Lúcia, ainda, contou a história de uma mulher que enviou uma carta aos Ministros contando que, durante a gravidez, após descobrir a anencefalia de seu feto, não saía mais de casa, pois sempre era questionada sobre que nome daria o filho, e coisas dessa natureza, e não conseguia lidar com isso. Estava triste e infeliz, pois não desejava levar a gravidez adiante, e a lei lhe impedia de por um fim ao problema. “*Portanto, ela passou cinco meses dentro de casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir liberdade para todos*”, ela diz (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 176).

Parêntese: O mesmo não se aplica a uma mulher infeliz em gestar, por qualquer razão?

Depois, falou sobre o fenômeno da judicialização da política no Brasil. Para tanto, citou Daniel Sarmiento<sup>347</sup>, que diz:

---

<sup>347</sup> Citação original: SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89.

Hoje se assiste no Brasil a uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais. Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitro final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até os debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco. Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver aos seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de “guardião das promessas” de direitos humanos e justiça material, proclamadas na Constituição e em outros textos legais. [grifo nosso] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 180-181)

Então, afirmou que o Poder Judiciário, na causa, foi chamado, não para criar norma jurídica, porque esta não é uma de suas atribuições, mas para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica optar pela interrupção da gravidez de anencéfalo feriria preceitos constitucionais fundamentais ou se estaria esta prática enquadrada nas normas penais proibitivas do aborto<sup>348</sup>, e ressaltou que aquela ação não contemplava uma proposta de descriminalização do aborto, apenas da “*interrupção de gravidez de feto anencéfalo*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 180; 181).

A Ministra Cármen Lúcia ressaltou que, na causa, havia um conflito entre o direito fundamental à vida digna do feto e a autonomia da vontade o direito social à saúde da mãe, e que cabia ao julgador “*a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade.*” Lembrou, então, que, num Estado democrático de Direito, há que se assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, e, para tanto, deve-se interpretar as normas legais em harmonia com os princípios constitucionais, de modo a garantir a sua eficácia, porque “*é a atualização per-*

<sup>348</sup> A Ministra fala nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal, mas, em verdade, a ação tratava apenas dos 124 e 126, já que o 125 fala do aborto sem o consentimento da gestante, e esse deve permanecer sendo punido, mesmo em caso de anencefalia do feto, já que, como por muitas vezes assentado, a mãe tem direito a levar a gravidez a cabo, se assim desejar. À frente em seu voto, ela mesma diz que somente o aborto necessário pode ser feito sem o consentimento da gestante: “*A primeira hipótese é o denominado aborto necessário ou terapêutico justificável pelo estado de necessidade, em face de diagnósticos médicos que atestem inviabilidade da vida da gestante sem a interrupção da gravidez. Na escolha entre os dois bens jurídicos: a vida da gestante ou a do feto, opta-se pela certeza da vida adulta, afastando-se o que ainda é uma possibilidade, sobrevalorizando-se a vida da gestante em detrimento da do feto. Neste caso, o Código Penal não considera o ilícito do procedimento adotado, mesmo sem o consentimento da gestante, ‘se justificada por iminente perigo de vida’ (art. 146, § 3º)*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 197).

*manente dos conteúdos dos princípios que mantém vivo o sistema de Direito de um povo”* (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 181-183).

Também, ela assevera que o progresso da Medicina diagnóstica no que toca a identificar malformações no feto incompatíveis com o prosseguimento da vida demanda uma solução jurídica no sentido de diminuir o sofrimento ocasionado por esse diagnóstico, quando a mulher não quer prosseguir com a gestação. Então, cita Luiz Flávio Gomes para dizer que, *“se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico”*, e diz que, com a procedência da ação, a gestante não fica obrigada a interromper a gestação, se o feto é anencéfalo, mas passa a ter o direito de, querendo, fazê-lo. Diz, ainda, que as proibições legais ou a ausência da norma excludente de ilicitude fazem com que a gestante de feto anencéfalo percorra um longo e difícil caminho para obter autorização judicial para a prática do ato, além do que o magistrado se vê inseguro pela ausência de norma autorizativa que o norteie na fundamentação de sua decisão, sendo que as mulheres pobres são as que mais sofrem com a proibição, pela dificuldade de acesso a um advogado particular ou mesmo à Defensoria Pública para buscar uma ordem judicial que lhes dê autorização para a interrupção da gravidez, possibilitando que seja praticado na rede pública de saúde (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 201-203).

Ressalta, no entanto, que a matéria da ação *“não se estende ao aborto generalizado, o que seria contra texto expresso da lei penal brasileira”*, e tampouco ao aborto eugênico, de fetos com problemas de formação ou de saúde, aplicando-se apenas o aborto de anencéfalos, que são, até o estágio atual da Medicina, irremediavelmente inviáveis para a vida extrauterina, *“sem exceção na literatura médica”* (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 206).

Parêntese: De fato, há uma lei expressa no sentido de proibir o aborto. Mas esta lei é razoável? É atual? É democrática?

A Ministra, ainda, chegou a flertar com a teoria de se tratar o aborto de anencéfalo de caso de excludente da culpabilidade, *“pela ausência de reprovabilidade ou censurabilidade da escolha (...) da gestante”*, ou inexigibilidade de conduta diversa da gestante ou da equipe médica, *“que se vê na contingência de dar suporte para que o procedimento transcorra sem percalços além daqueles que lhe são inexorá-*

veis”. Inclusive, cita César Roberto Bitencourt<sup>349</sup>, partidário da tese de que a gestante que provoca o autoaborto ou consente que terceiro o pratique está amparada por esta excludente da culpabilidade, porque o contrário seria admitir tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física, mental e emocional, garantidos pela Constituição em seu art. 196. E acrescenta, ainda, o fato de o anencéfalo não poder ser considerado nascituro, condição *sine qua non* para que incidisse sobre o aborto tipicidade, inexistindo, nesse caso, também, culpabilidade ou antijuridicidade “*do ato praticado pelo médico, obviamente, com o consentimento da gestante*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 207; 222).

Parêntese: Para nós, tudo isso se aplica ao aborto precoce a pedido.

A Ministra pondera, também, que, não obstante o Código Civil diga que a personalidade se inicia no nascimento com vida, o que poderia ser compreendido como uma condição suspensiva para que a criança seja considerada pessoa, para ela, isso “*não é possível, porque se adquirem direitos desde a concepção*”, embora aponte que não há consenso sobre isso. “*Ausente o consenso quanto ao início da personalidade, quanto ao fim da personalidade não há divergência: ‘a existência da pessoa natural termina com a morte’, conforme dispõe o art. 6º do Código Civil*”. E cita a Resolução 1480/97 do CFM, assim como o art. 3º da Lei de Transplantes, que definem como morte a morte cerebral (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 210). Então, conclui que:

*O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela “autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive” - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo. Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencéfalo. De se afirmar que, hoje, a malformação no fechamento do tubo neural não dispõe de tratamento médico conhecido ou vacina para superar tal lesão e, por isso, no ventre materno mesmo este feto é desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida, a despeito de merecer a proteção estatal, não mais como ente vivo, mas como ente desprovido de possibilidade de vida, protegendo-o indiretamente, com direito a nome, sepultura, respeito à imagem. Não haveria, pois, “aborto do feto anencéfalo” pela ausência de tipicidade, ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito*

<sup>349</sup> Citação original: BITENCOURT, César Roberto. Manual de Direito Penal - Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 169.

*passivo*. [grifos nossos] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 214-215)

Igualmente, a Ministra chamou atenção para o fato de que o Código Penal de 1940 foi criado sob a égide do Código Civil de 1916 (como também ressaltamos anteriormente), e, naquele contexto, as mulheres casadas eram relativamente incapazes, precisando da autorização de seus cônjuges para trabalhar, para ter conta bancária, para viajar, para exercer profissão, não tendo autoridade nem vontade em relação ao seu domicílio, seus bens e seus filhos. E diz: “*Cada tempo tem o seu Direito. A Justiça não é uma ideia acabada, é um fazer que a sociedade constrói a cada tempo*”, lembrando que o Direito Penal, como os demais, tem fundamento na Constituição, e ele, “*como qualquer lei, há de se ajustar às mudanças e exigências de uma sociedade em constante evolução e mutação*”. Pontua que o Código Penal brasileiro foi decretado em 07/12/1940, e estava completando 70 anos. “*Neste período, a sociedade transformou-se. (...) A lei não pode desconhecer os tempos vividos*”, e também que, “*em 1940, (...) outra era a medicina praticada. Não havia os exames modernos, as tecnologias para diagnóstico. Obra humana, não imaginava nem conseguiu antever o legislador o progresso da tecnologia a serviço da saúde humana*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 215-217; 220). De fato.

A Ministra, ainda, cita Luiz Flávio Gomes<sup>350</sup> para lembrar que:

*Não há dúvida que o artigo 5º da [Constituição da República] assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. O que se deve conter é o arbítrio, o abuso, o irrazoável. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em criação de risco proibido. Ao contrário, trata-se de risco permitido. A conduta que gera risco permitido, por isso mesmo, não é materialmente típica, por faltarlhe o requisito (normativo) da imputação objetiva. Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade, etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado. Basta compreender que o “provocar o aborto” do art. 124 significa “provocar arbitrariamente o aborto” para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico.* [grifo nosso] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 219)

E conclui dizendo que, para que o médico ou a gestante sejam considerados autores do crime de aborto, é imprescindível concluir que eles pudessem agir de

<sup>350</sup> Citação original: GOMES, Luiz Flávio. *Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: atipicidade material do fato*. Revista Jurídica Consulex. Ano IX, 2005, p. 41-44.

forma diferente; se não podiam, “há que se excluir a ilicitude do fato” (em verdade a excludente da “inexigibilidade de conduta diversa” trata-se de excludente da culpabilidade). Ela, então, cita Damásio de Jesus<sup>351</sup>, que leciona no sentido de que só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diversa, que constitui o delito, fazendo-se objeto do juízo de culpabilidade. “Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 219).

Após, a Ministra cita algo igualmente mencionado por nós anteriormente, que aproveita e muito à causa do aborto precoce por escolha:

*O Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência Mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz) e, na ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará). A assinatura de todos esses acordos desdobram-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, não o do sofrimento. [grifos nossos] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 220)*

Ora, a Declaração de Pequim também determinava de forma categórica, aos signatários que ainda criminalizavam o aborto, a revisão de suas leis, pela constatação de que o aborto inseguro cria risco de vida para um grande número de mulheres, sobretudo as pobres, se desdobrando num grave problema de saúde pública. E isto, aliás, já havia sido acordado anteriormente no Programa de Ação de Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, também assinado pelo Brasil.

A Ministra, também, menciona que as diversas ordens judiciais autorizando o aborto de anencéfalo se baseavam na interpretação de que o Código Penal era silente sobre a matéria, já que o legislador, assim como a Medicina, ao tempo da edição da lei, não tinham conhecimento sobre a inviabilidade da vida desses fetos, de

<sup>351</sup> Citação original: JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1, p. 417.

modo que os magistrados se fundamentam na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 4º e 5º, que dizem que, “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito*”, e que “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 221).

Parêntese: Ora, não seria a mesma visão que tem feito com que o aborto, hoje, resulte em pouquíssimas investigações, menos processos e quase nenhuma condenação? Ao tempo da edição do Código, como dissemos, o legislador também não tinha conhecimento acerca das etapas do desenvolvimento do feto e tampouco do problema de saúde pública de grande vulto que seria criado em razão do aborto inseguro, decorrência direta da criminalização. De posse dessa informação, teria criminalizado o aborto precoce? Não sabemos.

Falando sobre a dignidade da pessoa humana, a Ministra cita Eduardo Rabenhorst<sup>352</sup>, que explica a liberdade, para Kant, é “*mais do que a simples ausência de impedimentos externos. Livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios*”, sendo este um direito sem o qual a dignidade não se realiza. E cita, também, Pietro Alarcon<sup>353</sup>, que diz que a dignidade da pessoa humana “*foi erigida a padrão de referência de todo o arcabouço jurídico brasileiro*”, e, por fim, Robert Alexy<sup>354</sup>, para quem, na perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana atua, assim como as normas-princípios em geral, como um mandado de otimização, dando uma ordem (a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes – ao contrário do que ocorre com as regras, que contêm prescrições imperativas de conduta –. Então, ela pontua que a proibição ao aborto de anencéfalo afronta a dignidade da mãe que vive esta experiência, “*inclusive em relação aos concidadãos, por colocá-los em situação de criminalidade*”, e que a vida da mãe deve ser respeitada, por imperativo constitucional, mas não só, porque “*a Constituição não afirma apenas o direito à vida. E já não seria pouco. Mas não se quer apenas viver, mas viver com dignidade*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 223; 226; 227).

<sup>352</sup> Citação original: RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 33.

<sup>353</sup> Citação Original: ALARCÓN, Pietro. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Método, 2004, p. 254.

<sup>354</sup> Citação original: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 162.

Posteriormente, a Ministra passa a falar da laicidade do Estado, citando o Decreto 119-A, de 07/01/1890, pelo qual o então Presidente Deodoro da Fonseca proibiu “a intervenção da autoridade federal e dos Estados Federados em matéria religiosa, [e] consagr[ou] a plena liberdade de cultos” e, ainda, o § 22 do art. 11 da Constituição de 1891, que colocou a laicidade do Estado como uma garantia constitucional, vedando aos entes políticos estabelecer, subvencionar ou embaraçar “o exercício de cultos religiosos” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 227-228). E é quando ela diz algo que muito aproveita à causa do aborto voluntário:

A sociedade brasileira conta com grupos contrários ao aborto e mesmo contra a interrupção da gravidez nos casos de feto comprovadamente portador de anomalia fetal. Não apenas a diferença de ideias e crenças é válida, aceitável e desejável numa democracia como respeitáveis todas as opiniões. Entretanto, a tomada de decisão jurídica há de se ater aos comandos normativos da Constitucional, máxime aos seus princípios, do qual é o primeiro o da dignidade humana. Ao argumento da imoralidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, o Direito não pode se moldar segundo questões de crenças religiosas contrárias ao princípio da dignidade humana. A regência estatal dá-se segundo o direito, conjunto de normas jurídicas. Por isso a assertiva do Procurador da República segundo o qual: “o princípio do Estado laico pode ser diretamente relacionado a dois direitos fundamentais que gozam de máxima importância na escala dos valores constitucionais: liberdade de religião e igualdade. Em relação ao primeiro, a laicidade caracteriza-se como uma verdadeira garantia institucional da liberdade religiosa individual Isto porque, a promiscuidade entre os poderes públicos e qualquer credo religioso, por ela interdita, ao sinalizar o endosso estatal de doutrinas de fé, pode representar uma coerção, ainda que de caráter psicológico, sobre os que não professam aquela religião. (...) A compreensão da laicidade do Estado se infere pela liberdade religiosa que seus cidadãos usufruem; a sociedade brasileira é amplamente conhecida pela variedade de credos e sincretismo religioso e, a prevalência do dogma de um segmento religioso em detrimento dos demais é inequívoca afronta ao princípio da igualdade e, por isso, a laicidade do Estado é ponto fundamental para que essa regra não pereça”. (...) Estado laico é aquele que respeita a diversidade de pontos de vista dos diversos credos sem (...) deixar-se influenciar por algum deles em específico. Para Flávia Piovesan<sup>355</sup>, “... o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, especialmente nos campos da sexualidade e reprodução. Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos tem o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não tem o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico. No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo, qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado em garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se, de um lado, o Estado con-

<sup>355</sup> Citação original: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos* (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2007, pp. 24-25.

*temporâneo busca adentrar os domínios do Estado (ex: bancadas religiosas no Legislativo). Destacam-se, aqui, duas estratégias: a) reforçar o princípio da laicidade estatal, com ênfase à Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação com base em Intolerância Religiosa; e b) fortalecer leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos”. [grifos nossos] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 228-230)*

Ela, ainda, diz que a legitimidade ou ilicitude do aborto (assim, em sentido amplo) tem sido objeto de intensos debates, sobretudo após a propositura de certas ações perante o STF, como a ADI 3510 e a própria ADPF 54, “*ocasião em que vívidos comentários dos diversos credos religiosos vêm à tona conforme as diferentes convicções e crenças*”. E conclui dizendo que “*o Estado democrático de Direito é construído a partir do respeito pleno à liberdade*”, o que, no caso da ação sob *judice*, “*expressa-se pela garantia de acatamento à escolha da gestante (...) quanto à continuidade da gestação de feto sem condições de vida extrauterina*”, e que esse é o exercício constitucional dos direitos humanos (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 230).

Por fim, passa a falar sobre os direitos fundamentais da gestante. Então, cita Rose Marie Muraro e Leonardo Boff <sup>356</sup> (já citado por nós), que dizem:

*A superação da ancestral guerra dos sexos e das políticas opressivas e repressivas dos gêneros se dá na mesma proporção em que introduzimos e praticamos a democracia participativa de baixo para cima, respeitadora das diferenças, cósmica e aberta a permanentes aperfeiçoamentos. Assim, o sonho civilizatório que emerge das lutas libertárias do gênero é o triunfo da democracia como valor... Todas as formas de antifeminismo antigas e modernas se baseiam nessa dominação do homem sobre a mulher. Suas expressões perpassam todos os níveis sociais, e até religiosos, como o cristianismo, constituindo o patriarcado como realidade histórico-social e como categoria analítica. Como categoria de análise, o patriarcado não pode ser entendido apenas como dominação binária macho-fêmea, mas como uma complexa estrutura política piramidal de dominação e hierarquização, estrutura estratificada por gênero, raça, classe, religião e outras formas de dominação de uma parte sobre a outra. Essa dominação plurifacetada construiu relações de gênero altamente conflitivas e desumanizadoras para o homem e principalmente para a mulher. [grifo nosso] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 232)*

Então, ressalta que a evolução do conhecimento médico, com diagnósticos cada vez mais precisos, “*não pode ser desconsiderada, sob pena de o Poder Judiciário desconhecer que o desenvolvimento científico e tecnológico é meio de melhorar as condições de vida e garantir sempre mais a saúde do ser humano*” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 232).

<sup>356</sup> MURARO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. *Feminino e Masculino - uma nova consciência para o encontro das diferenças*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, 4ª ed., p. 279-280.

Para concluir, ela cita Edgar Morin<sup>357</sup>, que diz que “as ideias preconcebidas, as racionalizações em premissas arbitrárias (...) e a fabricação e a condenação de culpados são as causas e as consequências das piores incompreensões, oriundas tanto do egocentrismo quanto do etnocentrismo”, e, por fim, John Rawls<sup>358</sup>:

*Em situações de dúvida social e perda de fé em valores há muito estabelecidos, existe uma tendência a recorrermos às virtudes da integridade honestidade e sinceridade, lucidez e compromisso, ou como dizem alguns, autenticidade. Se ninguém sabe a verdade, pelo menos podemos construir as nossas crenças a nossa própria maneira, e não adotá-las como imposições de outros. Se as regras morais tradicionais deixaram de se aplicar e não podemos atingir um acordo sobre as que deveriam substituí-las, podemos, de qualquer forma, decidir com lucidez como desejamos agir, deixando de fingir que, de um modo ou de outro, isso já foi decidido e que devemos aceitar esta ou aquela autoridade. Ora, é óbvio que as virtudes da integridade são virtudes, e estão entre as qualidades máximas das pessoas livres. Porém, embora necessárias, elas não são suficientes; pois a sua definição permite quase qualquer conteúdo: um tirano pode manifestar em alto grau esses atributos, e fazendo isso exercer um certo encanto, sem se deixar iludir com pretextos políticos e desculpas de ocasião. É impossível construir uma visão moral apenas a partir dessas virtudes; sendo virtudes formais, elas são, em certo sentido, secundárias. Mas quando se juntam a uma concepção adequada da justiça, que permite a autonomia e a objetividade corretamente entendidas, elas recebem seu devido reconhecimento. A ideia da posição original e os princípios nela escolhidos mostram como se pode atingir tal resultado. Concluindo, uma sociedade bem-organizada fortalece a autonomia das pessoas e encoraja a objetividade de seus juízos ponderados sobre a justiça. [grifo nosso] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 233-243)*

Salienta, também, que a ADPF 54 trouxe dificuldades, mas que, pelo princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), todos têm “direito à obtenção de uma resposta judicial segundo os ditames garantidores da ética justa segundo positivado no sistema vigente”, e mais: “toda questão posta judicialmente haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso”, e, no caso dos autos, “a ilicitude penal da prática – se a interpretação da norma penal conduzisse a tal conclusão – distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde” (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 234).

Diz, ainda, que a interrupção da gravidez de anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, o que, é claro, é uma escolha, havendo que se respeitar, também, a opção daquela que preferir levar a gravidez adiante e viver a

<sup>357</sup> Citação original: MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. São Paulo: Cortez, 6ª ed., 2002, p. 97.

<sup>358</sup> Citação original: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 578-579.

experiência até o final. “Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana”, e conclui dizendo:

*A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido. A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo. Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado. [grifos nossos] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, pp. 235; 236)*

Parêntese: Ora, não há nisso o que não se aplique à gestante de um feto que não deseje.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o primeiro de dois contrários à procedência da ação (o segundo foi do Ministro Cezar Peluso), girou em torno da legitimidade do STF para criar uma nova excludente da ilicitude, coisa que, a seu ver, era um papel do Congresso Nacional.

*Caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição<sup>359</sup>. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados. [grifo nosso] (Voto Ministro Ricardo Lewandowski In: BRASIL, 2012b, p. 241)*

Parêntese: De fato, o Congresso é a instância preferível, mas, diante de sua desídia, é legítimo e preciso que o Supremo Tribunal Federal dê o passo que ele não deu, para o bem da sociedade e da própria democracia.

Após, veio o voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Ele – que, com seu voto, completou a maioria para que a ação fosse julgada procedente – apontou três acepções semânticas acerca dos dispositivos penais em questão.

Na primeira delas, a antecipação terapêutica do feto anencéfalo seria crime. Assim, para que a regra legal da apenação passasse a incidir, seria suficiente a

<sup>359</sup> Cumpre apontar que, segundo Maria Helena DINIZ (2008, p. 48), o aborto eugênico já foi objeto de deliberação legislativa no Brasil. Diz a autora que, “em 1992 foi criada uma comissão para reformular o Código Penal propondo que: ‘Não constitui crime de aborto praticado por médico: se se comprovar, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado (art. 128, III)’ (DINIZ, M., 2008, p. 48).

conduta dolosa com o intuito de impedir que o feto concluísse o ciclo de sua formação. No ponto, destacou a estranheza de se criminalizar a interrupção da gravidez sem a definição do início da vida, de que careceriam tanto a Constituição quanto o Código Penal, e lembrou que houve projetos que visavam fazer constar do texto constitucional que a vida começa na concepção, mas não foram para frente (Voto Ministro Carlos Ayres Britto In: BRASIL, 2012b, pp. 257-258).

*Não há vida humana que não se inicie (...) pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, é apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose. [grifo nosso] (Voto Ministro Carlos Ayres Britto In: BRASIL, 2012b, pp. 258-259)*

Por sua vez, na segunda inteligência, não há se falar em aborto de anencéfalo, já que inexistente o crime de aborto nas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um natimorto cerebral (é a tese dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia). “*Se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer*”. Portanto, o termo “aborto” de anencéfalo seria coloquialismo, e não uso correto da linguagem jurídica, considerada a atipicidade da conduta. “*Se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais*”. O Ministro encerra o tópico citando o paralelismo entre a definição de morte pela Lei de Transplantes e a decorrente definição de vida que se tira, por isso, de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento (Voto Ministro Carlos Ayres Britto In: BRASIL, 2012b, pp. 259-262).

Por fim, a terceira interpretação exprimir-se-ia no juízo de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo seria fato típico, mas não ilícito. Isto porque o abalo psíquico e a dor moral da gestante seriam bens jurídicos a tutelar, para além da potencialidade de vida do feto, e levar às últimas consequências esse martírio, contra a vontade da mulher, corresponderia a tortura. Ele fala sobre a excludente da ilicitude relativa ao feto fruto de um aborto, e explica que obrigar uma mulher a conviver diariamente com a lembrança constante de um crime sofrido por ela, de hediondez incomparável, equivaleria a tortura, e que se pode dizer o mesmo sobre gestar um feto fadado à morte. Ainda, chamou atenção para o fato de que, se homens engravidassem, a interrupção da gravidez de anencéfalos (e de qualquer outra, a-

crescentamos) “já seria lícita desde sempre”, ressaltando, também, que, com a procedência da ação, não se estaria forçando a mulher a interromper sua gravidez, apenas dando a ela a opção, concluindo, a partir da base plural de significados exposta, que o fato seria atípico (Voto Ministro Carlos Ayres Britto In: BRASIL, 2012b, pp. 262-265).

Parêntese: Isso é tudo o que podemos querer, sobre o aborto: o direito de escolher. É justo impor limites, como um prazo razoável, que leve em conta a senciência do feto, mas não privar as mulheres desse direito por absoluto. É igualmente defensável que o aborto por escolha, até 12ª semana, é fato atípico por impropriedade do objeto (já que, tão quanto o anencéfalo, o feto, até este marco, não tem cérebro, logo não é vivo para o Direito e, não havendo vida eliminada, não se trata do crime de aborto). É defensável, também, que se trata de conduta típica, mas não ilícita, por incidência da excludente do estado de necessidade (já que a mulher se vê grávida, não quer estar, por um dentre inúmeros motivos possíveis<sup>360</sup>, isto lhe causa sofrimento, e não há outra forma para livrar-se da gravidez a não ser eliminando o feto – que, numa interpretação sistemática do ordenamento, ainda não é ser vivo, logo não é digno de tutela –). É defensável, ainda, que se trata de ato típico e ilícito, mas não culpável, por incidência da excludente da inexigibilidade de conduta diversa (num contexto de sofrimento incompatível com a dignidade da pessoa humana diante da impossibilidade de assistir ao novo filho sem comprometer a assistência aos demais, por exemplo).

O Ministro Gilmar Mendes, próximo a votar, começa falando sobre o cabimento da ADPF para julgar a causa, passando pelo tema da liminar, que foi concedida e cassada, e, por fim, sobre a participação das entidades religiosas como *amici curiae* e nas audiências públicas realizadas em razão da ação.

É importante refutar a compreensão de que o Estado laico previsto na CF/1988 impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos. Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas. (...) A presença no debate das entidades religiosas faz com que, às vezes, essas entidades sejam quase que colocadas nesse julgamento no banco de réus, como se estivessem a fazer algo de indevido. E é bom que se diga que elas não estão fazendo algo de indevido, ao apresentarem as advertências que lhes incumbe enquanto missão institucional. [grifo nosso] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 271; 310)

<sup>360</sup> Ver mais em: FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2006b.

Discordamos deste entendimento, mas o Ministro cita Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>361</sup> para defender sua tese:

*Cabe, agora, indagar se o fato de uma crença religiosa endossar o postulado de que a vida humana coincide com a fecundação desautoriza o argumento contrário à legitimidade da interrupção voluntária do processo de desenvolvimento do embrião humano ou do feto. São conhecidas as teses de que, no Estado laico, não deve ser adotado suporte de cunho religioso para deliberações da vida pública. Afirma-se, por vezes buscando apoio em John Rawls, que questões versando tópicos essenciais da vida constitucional, por serem básicas para a concepção do que é justo, somente devem ser resolvidas em definitivo se se puder esperar, razoavelmente, que todos os cidadãos endossem a conclusão alcançada. Nessa linha, proponentes de ideias favoráveis ao aborto ou ao uso de embriões para pesquisas afirmam que, tendo em vista um verificável desacordo moral sobre o momento em que a vida humana começa, esse não é um assunto que integre o conjunto dos consensos mínimos da sociedade, não devendo o Direito dele cuidar, nem impor limitações à vontade dos sujeitos de direito. Já se percebe, de pronto, que a formulação parte do pressuposto de que o ser concebido por um homem e uma mulher não é um sujeito de direito, sendo antes, um objeto de decisões a serem tomadas por sujeitos de direito. É possível flagrar, aí, uma petição de princípio. O que a teoria não demonstra é a sua premissa mesma, no mínimo, altamente discutível, mas que é tomada como assente. [grifo nosso] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 272)*

O Ministro diz que, “*nos temas de aprofundado conteúdo moral e ético, é importante, se não indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso*”, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*, já que esta construção visa a permitir, “*de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional*”. E ele diz que “*esta inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição*” (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 273; 275).

Então, após um estudo profundo sobre o aborto (em sentido amplo) no Direito Comparado, o Ministro diz que, em todo mundo, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar, afeitos a partir da perspectiva histórico-cultural de determinada sociedade. Um exemplo é o aborto de gravidez proveniente de estupro, previsto, inclusive, no Brasil, a

<sup>361</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Proteção do Direito à Vida: a questão do aborto*. [Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564, pp. 3-4. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/677/464>>. Último acesso em: 28/02/2014]

partir do entendimento de que é aceitável que a mãe não queira gerar o fruto de uma relação sexual não consensual; nessa hipótese, o feto pode ser abortado, mesmo que plenamente saudável, dando-se prioridade ao direito da gestante e aos impactos psicológicos da situação. Nesse ponto, o Ministro cita Joaquim Brage Camazano<sup>362</sup>, que sustenta que os que rejeitam a descriminalização do aborto não deveriam insistir na dimensão negativa e penal da questão, mas em seu aspecto positivo; para tanto, o autor defende que as legislações e medidas modernas deveriam prever o fornecimento obrigatório de informações completas e seguras às mulheres, além de detalhes sobre as possíveis ajudas públicas à maternidade, de modo a reduzir a procura pela prática abortiva. Para o autor, portanto, a potencialização desta medida positiva do dever protetivo do Estado deveria ser priorizada, e este entendimento, como aponta o Ministro, vem se mostrando como uma forte tendência mundial; diversas legislações já privilegiam ações estatais positivas de proteção ao nascituro, mediante, por exemplo, a obrigatoriedade de aconselhamento das gestantes, de ampla divulgação de informações sobre o aborto e de criação de medidas de auxílio à futura mãe (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 284-285). Já falamos sobre isso. Neste ponto, concordamos integralmente com o Ministro.

Ele aponta, à frente, que a causa de pedir da ADPF sustentou-se em três fundamentos principais: a atipicidade do aborto de anencéfalos; a necessidade de se conferir ao Código Penal, quanto a isso, uma interpretação evolutiva, já que ele data de 1940; e, finalmente, a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 288).

A atipicidade é refutada pelo Ministro, com base em que, numa sociedade heterogênea que tem por princípio o pluralismo político, “*tal postura afigurar-se-ia até mesmo ofensiva àquela parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos*”. E ele diz que:

*Há questões que, quando debatidas pela comunidade, tendem a dividi-la mais do que aproximá-la, isto é, assuntos que, ao serem trazidos à discussão pública, geram maior polarização entre os extremos opostos do que convergências. As questões capazes de gerar esse tipo de reação foram*

---

<sup>362</sup> Citação original: BRAGE CAMAZANO, Joaquin. *Más reformas en Justicia*. Publicado em: El Heraldo del Henares, edição de 1/4/2012. Disponível em: <<http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850>>.

*denominadas por Samantha Besson<sup>363</sup> de desacordos morais razoáveis.* [grifos nossos] (Voto Ministra Cármen Lúcia In: BRASIL, 2012b, p. 288)

E lembra que as sociedades plurais modernas têm enfrentado esses dilemas, em que os desacordos morais razoáveis geram a impossibilidade de se chegar a consensos sobre vários assuntos, dentre os quais o aborto, razão pela qual ele ressalta não ser esta a pauta da ação, apenas a “antecipação terapêutica do parto” de fetos anencéfalos, mas preocupa-se em dizer que não lhe impressiona “o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública”, porque “questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático” (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 289).

Parêntese: Concordamos se tratar de um desacordo moral razoável, mas discordamos sobre que isso seja razão para que a questão não seja levada à apreciação do Supremo. Pelo contrário.

Quanto ao argumento sobre que a interpretação legal deve mudar com fulcro na dignidade da pessoa humana da mãe e em seu direito à saúde, o Ministro também o rejeita, já que o legislador contempla os mesmos valores, embora em perspectiva distinta da veiculada na inicial da ação, ou seja, privilegia, na situação, a dignidade e a saúde do feto (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 290).

Finalmente, sobre o argumento que fala sobre a necessidade de conferir ao conjunto normativo do Código Penal uma interpretação evolutiva, dado o fato de que, à época de sua edição, não se vislumbrava possibilidade de diagnosticar a anencefalia fetal, o Ministro passa a discorrer sobre o tratamento do aborto no Brasil. Fala sobre o aborto necessário, que, inclusive, prescinde do consentimento da gestante, pois se trata de estado de necessidade para salvar sua vida, e, também, sobre o aborto sentimental, que, por sua vez, demanda o consentimento, já que o direito que se tutela com a excludente é a saúde psíquica da mulher. Quis, com isso, mostrar que nosso ordenamento já admite o aborto, ainda que em situações pontuais, sem, inclusive, levar em conta a viabilidade do feto em nenhum dos casos. “É possível aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que tran-

---

<sup>363</sup> BESSON, Samantha. *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

*sitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa*”, ele diz (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 291).

Para o Ministro, o aborto de anencéfalo se assemelha, “*em sua estrutura lógico-funcional*” ao aborto sentimental, já que, igualmente, visa a zelar pela saúde psíquica da gestante, com a relevante diferença no que diz respeito à viabilidade do feto, que, no caso da anencefalia, não existe. Então, cita Nelson Hungria<sup>364</sup>, a respeito da interpretação evolutiva da lei:

*A lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram em sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação evolutiva (progressiva, adaptativa). A lógica da lei, conforme acentua Maggiore, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas”. No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a mens legis no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no imanente, que se transforma com o avanço da civilização.* [grifos nossos] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 292-293)

E diz que é este era o desafio, na ação: “*interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social*”, ressaltando que, para isso, não seria preciso, sequer, abandonar a dogmática do Direito Penal e seus institutos, já que, ao lado da tipicidade penal, há os tipos justificadores, quais sejam, as excludentes da ilicitude e da culpabilidade, que afastam a punição pelo crime, lembrando que existem causas extralegais excludentes. Neste momento, cita Francisco de Assis Toledo<sup>365</sup>, que diz que “*como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação ainda não traduzidas em lei torna-se imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal*” (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 293).

Neste ponto, lembra o Ministro que, em matéria penal, acentuam-se as preocupações e precauções quanto à literalidade das regras; no entanto, o princípio da

<sup>364</sup> Citação original: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. V, p. 87-88.

<sup>365</sup> Citação original: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 171.

legalidade consubstancia-se numa garantia em prol do cidadão, e não contra ele. E ele ressalta que o caminho para a solução legítima da ação podia ser extraído da própria opção do legislador, não só em excepcionar as hipóteses do aborto necessário e do aborto sentimental, mas em demonstrar, com isso, os valores e bens jurídicos protegidos. Então, ele pontua que, no aborto de anencéfalos, embora não com a mesma gravidade com que ocorre no aborto necessário, há o comprometimento da saúde física da gestante, já que as gravidezes de anencéfalos são potencialmente mais perigosas para a mãe, com maior risco de eclampsia, por exemplo; no entanto, há um diagnóstico de certeza sobre a inviabilidade do feto, coisa que, sequer, é levada em conta no aborto necessário. Além disso, como no aborto sentimental, também há um comprometimento de sua saúde psíquica da mãe, ainda que de modo incomparável. No entanto, “lá”, aborta-se mesmo o feto saudável, e, “aqui”, quer-se abortar um feto cuja vida extrauterina é inviável. É de se imaginar, portanto, que, se o legislador ponderou a vida do feto e a saúde psíquica da mãe, no caso de estupro, e o interesse da mãe prevaleceu, haveria de prevalecer também e, sobretudo, no caso de inviabilidade do feto, se houvesse, ao tempo da edição da lei, a possibilidade de se realizar esse tipo de diagnóstico. Assim, para o Ministro, a excludente que se estava criando sobre o aborto de anencéfalos tinha grandes chances de estar entre as excludentes do Código, ela apenas “*era inimaginável para o legislador de 1940*”. Como, com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se possível e até simples diagnosticar a anencefalia fetal, “*a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição*” (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 294-295).

O Ministro, ainda, ressaltou que:

*No tocante à realização de aborto nas hipóteses legalmente previstas, o Ministério da Saúde elaborou a norma técnica “Atenção humanizada ao abortamento”, direcionada aos profissionais da saúde. Sua redação estabelece um verdadeiro roteiro para o atendimento da gestante que pretende ou necessita abortar, indicando como as gestantes devem ser orientadas para o período pós-abortamento em relação a planejamento reprodutivo e métodos anticoncepcionais, etc. [grifo nosso] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, p. 296)*

Após, o Ministro tratou sobre as limitações sob as quais atua o Supremo Tribunal Federal a respeito da “*interpretação conforme a Constituição*”; ele explica que os limites resultam, tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada “*vontade do*

legislador”. “A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”, ele diz. No entanto, como ele mesmo pontua, a realidade do controle de constitucionalidade vem se transformando e, ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, que questionava o cabimento da ADPF 54 por supostamente não se tratar da via adequada para a solução da questão, admitiu-se a possibilidade de, ao julgar o mérito da questão, atuar o STF como verdadeiro legislador positivo, afastando o “*dogma kelseniano do legislador negativo*”, para acrescentar mais uma excludente da ilicitude sobre o crime de aborto. Com isso, o STF, ao ver do Ministro, se aliou à “*mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva*”, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais europeias (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 298; 300; 302).

Ele pondera, contudo, sobre que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal deve ser cautelosa, já que, embora a sentença aditiva *in malam partem* seja extremamente reprovável, não o é a *in bonam partem*, já que não ofende ao postulado da reserva de lei. E aduz:

*A doutrina especializada sobre o tema alerta sobre isso. Díaz Revorio, por exemplo, afirma que, “ainda que a sentença aditiva não suponha uma intervenção equiparável a uma lei, não se pode desconhecer que realiza uma nova interpretação desta – precedida, nesse caso, de uma anulação parcial – que excede o que está expressamente previsto em seu texto”. Nesse caso, “não parece adequado esse tipo de decisão no âmbito especialmente rigoroso da reserva de lei penal”. “Essas ideias são válidas para qualquer tipo de sentença aditiva que realize uma extensão das hipóteses de sanção, das penas previstas, das circunstâncias agravantes, ou em geral qualquer tipo de interpretação in malam partem. Muito mais duvidosa é a questão de se é lícito a aplicação das sentenças aditivas em matéria penal in bonam partem”. (...) Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá in bonam partem, no caso em exame. (...) Portanto, (...) não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolatar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se deve punir o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia. Essa parece*

*ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador. (...) Com essas considerações, voto no sentido da procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras. [grifo nosso] (Voto Ministro Gilmar Mendes In: BRASIL, 2012b, pp. 303-304; 306-307)*

Parêntese: Vê-se que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, tratou da falta de abordagem da anencefalia pelo Código Penal como uma terceira excludente da ilicitude sobre o aborto, entre as duas existentes – já que protegeria tanto a integridade psicológica da mãe, como o aborto sentimental, quanto sua saúde, como o aborto necessário, vez que a gravidez de anencéfalo representa um risco maior para a mulher com relação às demais gestações –, cuja ausência no Código se explica por uma omissão legislativa não condizente com o Código Penal e a Constituição, explicável pela precária Medicina diagnóstica existente à época de sua edição: um silêncio não eloquente. Consideramos, sobre o aborto, que a omissão está em não modificar os arts. 124 e 126 do Código Penal, já que a criminalização do aborto, em si, não condiz mais com nosso ordenamento, como dissemos. Por isso, nada impede que a descriminalização do aborto precoce venha, igualmente, por uma interpretação conforme a Constituição das referidas normas penais, diante de todos os princípios constitucionais violados pela manutenção da lei como foi criada há 70 anos. Mesmo porque, como dissemos, pela precariedade da Medicina da época da edição do Código, não se tinha acesso, àquela época, aos conhecimentos que hoje se tem a respeito dos estágios de desenvolvimento do feto, e não podemos saber se o legislador teria criminalizado o aborto até a 12<sup>a</sup> semana de gravidez, se soubesse que, a essa altura, o feto não é senciente. Assim como quanto à anencefalia, não se pode ter certeza qual seria a vontade do legislador de 1940 com o conhecimento de hoje

em dia, apenas imaginamos. Mas, se foi possível uma interpretação progressista do Código quanto à causa da ADPF 54, certamente, também é possível fazê-lo quanto ao aborto precoce. Se o feto anencéfalo não tem cérebro e daí partiu toda a fundamentação para se dar procedência à ADPF e admitir seu aborto, o feto até a 12ª semana também não tem.

O Ministro Celso de Mello iniciou seu voto chamando atenção para o fato de que as gestantes de fetos anencéfalos estavam recebendo naquele momento um amparo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que lhes garantia o exercício, “*em plenitude*”, do direito de escolha entre prosseguir com a gestação ou interrompê-la, “*apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontrastável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade*”, e “*sem receio, nesse caso, de sofrer punição criminal ou indevida interferência do Estado em sua esfera de autonomia privada*”. Ele ressalta que a decisão tomada pela Corte na ação não se tratava de uma imposição à gestante, mas, ao contrário, de lhe conceder autonomia para avaliar qual o melhor caminho a seguir (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 314; 315).

Parêntese: É a liberdade que queremos, quanto a todas as gestações, ainda que dentro dos devidos prazos previamente fixados.

Lembra o Ministro que a ADPF se apoiava na alegação de que a vida intrauterina do feto anencefálico (e consideramos que, também, a do feto até a 12ª semana de gravidez) correspondia, a rigor, apenas ao “*funcionamento de seus órgãos, mantido pelo corpo da gestante ao qual está ligado, da mesma forma que os órgãos de um indivíduo cuja morte cerebral tenha sido constatada podem ser mantidos em funcionamento por aparelhos a ele conectados*”, e que, se não há vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante que a obrigação de levar a cabo a gravidez acarreta (dentre os quais a dignidade, a liberdade, a saúde), de modo que a incidência da norma penal sobre este contexto era desproporcional e inconstitucional (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 315-316).

Parêntese: Repetimos: o mesmo se aplica ao aborto precoce.

O Ministro pontua que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres envolvem o direito “*de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro (...), o de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, sobre questões atinentes à sua sexualidade*”, e representam uma projeção ex-

pressiva dos direitos humanos reconhecidos às mulheres pelas várias Conferências internacionais promovidas pela ONU na década de 90, em especial a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, de 1993, a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, de 1994, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, realizada em Pequim (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012, pp. 317-318).

Sobre o assunto, o Ministro cita Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>366</sup> para dizer:

*O movimento tendente à igualdade entre o homem e a mulher revela que os direitos fundamentais da mulher também se referem aos direitos reprodutivos e sexuais, e, nesse passo, a aquisição e o efetivo exercício de tais direitos dependem não da igualdade meramente formal, mas especialmente material entre os sexos masculino e feminino na condução de questões pessoais relacionadas ao exercício da sexualidade e da procriação. No campo internacional, Flávia Piovesan aponta a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em 1994, como o evento internacional que proporcionou a formulação de importantes princípios éticos relacionados à esfera dos direitos reprodutivos, como os seguintes: o reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos pelos Estados; o direito da pessoa de ter controle sobre questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva; liberdade de decisão sem coerção, discriminação ou violência como direito fundamental. Talvez não haja maior exemplo da interseção entre o público e o privado do que os direitos reprodutivos, porquanto, a despeito da sexualidade - e, logicamente, da procriação - tradicionalmente ser considerada tema relacionado à maior intimidade da pessoa, os impactos deletérios sentidos pela humanidade a respeito dos problemas decorrentes da falta de informação, do aumento descontrolado das famílias, do adensamento populacional em determinados lugares com a perspectiva de falta de recursos suficientes para atender às necessidades da população - diante da finitude dos bens materiais -, entre outros, fizeram com que os Estados tivessem que considerar a importância do planejamento familiar, e, para tanto, os debates internacionais foram - como ainda são - de extrema relevância. O Plano de Ação de Cairo, de 1994, recomenda às nações que adotem uma série de providências com o fim de buscarem obter certos objetivos, como, por exemplo, o crescimento econômico sustentado, a educação - particularmente das meninas, a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e o acesso universal e democrático aos serviços de saúde reprodutiva especialmente de planejamento familiar e de saúde reprodutiva e sexual. Importante conclusão da Conferência de Cairo se vincula mais proximamente às esferas pessoais do homem e da mulher: às mulheres deve ser reconhecido o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade - com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas -, ao passo que aos homens devem ser reconhecidas responsabilidades pessoal e social pelos comportamentos de índole sexual que repercutam na saúde e bem-estar das mulheres e dos filhos que gerarem com elas. Assim, ambos - homem e mulher podem conscientemente exercer seus direitos de liberdade sexual, o que implica a assunção de responsabilidades - deveres - resultantes das consequências do exercício de tais direitos, notadamente no campo da reprodução humana.* [grifos nossos] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 324-325)

<sup>366</sup> Citação original: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípio da Paternidade Responsável*. In: Revista de Direito Privado, vol. 18/21-41, 23/24, 2004, RT.

O Ministro, então, lembra que há, na causa, um antagonismo entre valores fundamentais “*inerentes à própria ordem constitucional brasileira*”, como o direito à vida, analisado na perspectiva da vida intrauterina, de um lado, e os direitos à saúde (física e psíquica), à liberdade e à dignidade, de que são titulares as mulheres gestantes, de outro (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 325-326).

O Ministro Celso de Mello, também, repisa que não se trata de uma disputa entre Estado e Igreja, considerando-se o princípio da laicidade, e que, pelo mesmo princípio, as autoridades incumbidas de aplicá-lo (juízes, legisladores, administradores) deveriam evitar a influência, no espaço público, de suas convicções religiosas. Assim, afirma que o STF julga as causas que lhe aportam de forma imparcial, ancorado na própria Constituição, nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, e, também, na legislação infraconstitucional do país (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 332-338).

Ele diz, como o fez em seu voto na ADI 3510, que, não obstante a Constituição tenha proclamado a inviolabilidade do direito à vida em seu art. 5º, caput, ela não lhe atribui um conceito normativo, e tampouco define seu termo inicial e final, o que permite que o legislador infraconstitucional o faça, e a Lei de Transplantes fez, definindo a morte e, “*a contrario sensu*”, a vida (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 349-350).

*A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, “a contrario sensu”, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.* [grifo nosso] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, p. 350)

Parêntese: Como vimos dizendo, seguindo-se o mesmo raciocínio, o que se aplica ao feto anencefálico se aplica ao feto até a 12ª semana de gravidez.

O Ministro ressalta que, na causa, não se pode falar em ofensa ao dever de proteção do Estado em matéria de defesa dos direitos fundamentais, ou mesmo de proteção insuficiente, porque “*a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura*”. E diz que a superação dos antagonismos entre princípios constitu-

cionais – como o que há entre a inviolabilidade do direito à vida e a plenitude da liberdade, saúde e, ainda, o respeito à dignidade da pessoa humana, no caso – há de resultar na utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método de ponderação não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>367</sup>, e que o direito à vida, como os demais, é ponderável (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 350-351; 352).

O Ministro pontua que, na Assembleia Nacional Constituinte, foram apresentadas propostas definindo o início da vida humana a partir do momento da concepção, mas todas foram rejeitadas (acrescentamos: propostas de emenda posteriores à promulgação da Constituição no mesmo sentido foram numerosas, mas, igualmente, nenhuma alcançou aprovação). Também, chama atenção para o fato de que a Convenção Americana de Direito Humanos, a Declaração Americana sobre Direitos da Pessoa Humana e o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos – que precederam o Pacto de San José da Costa Rica – consagram a inviolabilidade do direito à vida, mas não incorporaram a teoria de que o direito à vida deve ser tutelado desde a concepção (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, p. 354).

Neste ponto, o Ministro ressalta que a antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos não se tratava de aborto, por “*absoluta impropriedade do objeto*”, já que, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo é um “*natimorto cerebral*”, e, como não se pode reconhecer vida no feto sem cérebro (lembremos que o feto, até o 3º mês de gravidez, também não tem cérebro) – já que, no ordenamento brasileiro, morte é a morte cerebral, logo a vida não pode ser tutelada sem o advento

---

<sup>367</sup> Neste momento, o Ministro cita: DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”, p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lúmen Júris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, in “Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica.

do cérebro – a interrupção da gravidez, nesse caso, é fato atípico, já que não há vida a ser tutelada pelo Direito (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 355-356).

Isto é assim porque, como já apontado por nós, o critério para determinar o início da vida, ao menos para o Direito brasileiro, deve ser o mesmo adotado pela Lei 9.434/97 (que trata da remoção de órgãos, partes e tecidos para fins de transplante) e na Resolução 1.752/97 do Conselho Federal de Medicina, que consideram morto o ser humano cuja atividade cerebral cessou, ou seja, elegem como morte a morte encefálica. Por analogia, portanto, o feto anencéfalo não pode ser considerado um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral (e consideramos que, do mesmo modo, o feto até a 12ª semana, cujo desenvolvimento de atividades cerebrais ainda não se iniciou). Assim, sequer haveria tipicidade de crime contra a vida na interrupção dessas gravidezes, porque, se não há vida a ser protegida, não há tipicidade.

Parêntese: Também não há vida, para o Direito, no embrião até a 12ª semana. O aborto, até este prazo, então, também pode ser considerado atípico (da mesma forma que um aborto praticado por uma mulher pobre que não pode sustentar mais um filho pode ser considerado estado de necessidade, por exemplo, ou inexigibilidade de conduta diversa). Defendemos a legalização, em si, em razão do desdobramento, sobretudo para as mulheres pobres, da liberação, na lei, do ato, que, assim, poderia ser praticado, em segurança, na rede pública de saúde. Não fosse isso, provar a atipicidade do ato por este argumento bastaria. Ou o estado de necessidade. Ou a inexigibilidade de conduta diversa. Mas, diante desse problema, precisamos usar todos esses argumentos para pedir a reforma do Código, propriamente, porque a possibilidade de praticar o aborto gratuitamente na rede pública de saúde é condição *sine qua non* para que as mulheres pobres exerçam esse direito. Quando se diz, nos votos da ação, que cabe à mulher sopesar valores e decidir sobre levar ou não a gravidez a termo, refere-se, é claro, às gravidezes de fetos anencéfalos. Mas isto deve se aplicar, e se aplica, a qualquer gravidez. Não se pode obrigar uma mulher que não quer a ser mãe. Proibindo criminalmente o aborto, só se nega a ela o direito de utilizar o sistema público de saúde para interromper a gravidez. E apenas as que não têm a ideia de dizer que foram estupradas, e poderão abortar a qualquer tempo, e pelo SUS (a não ser pelo fato de que os serviços de aborto legal no país ainda são extremamente escassos, o que é outro problema que precisa ser enfrentado).

O Ministro, por fim, ressaltou – seguindo a linha do voto do Ministro Gilmar Mendes –, que o STF estava superando a noção de que sua atuação estaria limitada ao papel de legislador negativo, pois estava acrescentando às excludentes da ilicitude do crime de aborto do art. 128 do Código Penal (o aborto sentimental e necessário) uma terceira hipótese (a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo). E disse que, ainda que se considerasse típica a referida conduta, não se poderia “*reconhecer delituosidade em tal comportamento*”, já que recai sobre ela uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa, pois não há, no contexto, “*motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte*” (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 356-358).

Parêntese: Como dissemos, consideramos que a mesma excludente recai sobre a mulher que não deseja ser mãe e não vê outra forma para se furtar da experiência que não o aborto, sobretudo em casos de extrema pobreza, em que mais um filho pode comprometer a subsistência dos demais e dela mesma. Neste contexto, pode-se falar, inclusive, em estado de necessidade, que exclui a própria ilicitude da conduta.

O Ministro lembra, ainda, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal num Estado democrático de Direito, que se realiza pelo reconhecimento e proteção de grupos vulneráveis, concretizando-se uma concepção material de democracia constitucional. Ressalta tratar-se de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger esses grupos contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões, imputáveis aos grupos majoritários – já que esses dominam o poder público –, que se tornem lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem com o preconceito, com a discriminação e com a exclusão jurídica (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 358-359).

*Põe-se em relevo, desse modo, a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas tanto nas transformações por que passa a sociedade contemporânea quanto nos compromissos que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no*

que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de Direito. É por isso que tenho por inteiramente procedentes (e pertinentes) as observações que fez, em precisa abordagem do tema, quando do julgamento da ADI 4.277/DF, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual: “O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado. Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos. Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias. Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais”. [grifos nossos] (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 359-361)

O Ministro, então, ressalta as recentes decisões de caráter contramajoritário do STF, que tiveram o importante papel de preservar a intangibilidade de direitos, interesses e valores “que identificam os grupos expostos a situação de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão”, e diz que a proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, tendo merecido tutela efetiva por parte da Corte quando grupos majoritários, atuando no âmbito do Congresso Nacional, “ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional” (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 362-363).

Parêntese: Esta visão da omissão legislativa como responsabilidade da “maioria”, que domina o Congresso, é significativamente proveitosa à nossa tese de que a descriminalização do aborto é uma consequência necessária dos primados da democracia. Falamos um pouco disso quando tocamos na influência da Igreja no Legislativo, que prejudica a equanimidade dos debates e uma atuação mais civilizada por parte deste que, em tese, é o poder do Estado mais próximo do povo. Pensando-se dessa forma, valoriza-se ainda mais a atuação do Judiciário como instância contramajoritária no momento de julgar a constitucionalidade das leis<sup>368</sup>.

Por fim, o Ministro ressalta que a opção do Constituinte pelo Estado democrático de Direito não pode se esgotar em mera retórica, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os Poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. “*Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República*”. E, para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário “*assegurar às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados*”; isso significa, numa perspectiva pluralística – em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (art. 1º, V, CF) – que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias e dos grupos vulneráveis, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – conforme doutrina de Sérgio Sérulo da Cunha<sup>369</sup> – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso país (Voto Ministro Celso de Mello In: BRASIL, 2012b, pp. 363-364).

---

<sup>368</sup> Não obstante, encontra-se em trâmite, hoje, uma PEC que visa a submeter decisões do STF sobre emendas constitucionais e súmulas vinculantes ao Congresso, o que devolve o poder de decisão para os grupos majoritários (BRESCIANI, 2013). Considerando que são os parlamentares que votam as PECs e, se aprovada, esta PEC impedirá que esta aprovação seja derrubada pelo STF pelo julgamento de inconstitucionalidade do projeto, as perspectivas são bastante ruins. E a PEC já passou pela Comissão de Constituição e Justiça.

<sup>369</sup> Citação original: CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional*. pp. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva.

Em sede de debate, o Ministro Ayres Britto pontua que a questão “*quando a vida humana tem início?*” remete à regressão infinita. No entanto, isso não impede que nosso ordenamento jurídico, e mesmo moral, possa reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção que outro – o que corrobora o ponto de vista externado por Dworkin em “*Domínio da Vida*” que coloca como marco a sciência do feto, já referido por nós –. Por isso, o Direito de todo povo civilizado protege, de modo variado, ora mais fortemente, ora menos fortemente, cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. E, para o Ministro, negando-se a viabilidade, a potencialidade para uma vida extrauterina do feto anencéfalo, a interrupção dessa gravidez não caracteriza crime, não se trata de aborto, “*até como decorrência do direito múltiplo subjetivo que tem a gestante à sua própria saúde, à sua autonomia de vontade*” (BRASIL, 2012b, pp. 369-370).

O Ministro Cezar Peluso – então presidente do STF –, por sua vez, alegou que havia uma diferença abissal entre o caso do aborto de anencéfalos e o caso sobre o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, já que, diferentemente de na ADI 3510, na ADPF 54, falava-se de vida. “*As células-tronco embrionárias isoladas não contêm vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra*”, ele disse, no julgamento da ADI 3510; enquanto, na ADPF 54, afirmou, citando Lenise Martins Garcia: “*O anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo*” (Voto Ministro Cezar Peluso In: BRASIL, 2012b, pp. 376-378).

Parêntese: Há controvérsias. Vale lembrar que, conforme a Resolução 1601, de 2000, do Conselho Federal de Medicina, somente a morte de fetos com mais de 20 semanas ou 500 gramas dá ensejo a declaração de óbito. Antes disso, o feto morto é considerado mero resíduo biológico (CARVALHO, 2006, p. 34, nota 57). Significa que, se, para a Medicina, antes do desenvolvimento do córtex cerebral, não há vida, a cessação do processo biológico até este marco também não é morte – e o mesmo, é claro, se aplica aos fetos anencéfalos, cujo córtex cerebral jamais se formará, o que mostra a imprecisão científica da declaração do Ministro – (e atente-se, ainda, para o fato de que o marco determinado pelo CFM na referida Resolução é ainda posterior à 12ª semana, prazo em que defendemos que a interrupção da gravidez deve ser permitida legalmente).

O Ministro afirmou, também, que, partindo-se do pressuposto de que há vida no feto anencéfalo (um pressuposto do qual só ele partiu), e defendendo, ainda, que a vida humana não pode ser relativizada, por ser um valor supremo e inegociável

(premissa que também não prevalece), sua eliminação é aborto, um fato típico, ilícito e culpável, já que o tipo não leva em conta a viabilidade do feto, logo, sua viabilidade não é requisito para a caracterização do crime. E disse, também, que a cláusula geral da liberdade é limitada pelas leis, e, quanto aos atos tipificados como crimes, não haveria, a seu ver, espaço para liberdade jurídica (Voto Ministro Cézar Peluso In: BRASIL, 2012b, pp. 382-384).

Parêntese: A princípio, é verdade. E eis o motivo pelo qual rejeitamos a mera defesa do aborto como fato atípico; é um argumento frágil, que pode sucumbir diante de um juiz positivista. Por isso, precisamos que o ato seja legalizado.

Ao final, o Ministro Cézar Peluso se aproximou do dito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ressaltando que, a seu ver, o STF não pode e não deve atuar como legislador positivo, e que, se o Congresso Nacional não acrescentou a anencefalia do feto às causas excludentes da ilicitude do crime de aborto, não cabia à Corte fazê-lo; a sociedade é que deveria fazer pressão em demanda à atualização legislativa: “*Não temos (...) legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal*”, ele disse. E continuou: “*A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional*”, promovendo inovações normativas que, possivelmente, não fossem adotadas pelo Congresso Nacional “*como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo que representa*” (Voto Ministro Cézar Peluso In: BRASIL, 2012b, pp. 384-386; 411-413).

Parêntese: Ora, onde está o papel contramajoritário da Corte? É certo que sempre haverá opiniões favoráveis e contrárias à judicialização da política, por muitas razões. No entanto, esse parece ser um caminho sem volta. A trajetória do Mandado de Injunção, que, hoje, tem decisões com efeitos concretistas, em que o Tribunal legisla propriamente, é prova disso. E enquanto, nos Mandados de Injunção, o STF, legisla de fato, nas ADIs, ADCs e ADPFs ele apenas diz sobre a coerência das leis com a Constituição; mas, nesse contexto, é natural que, eventualmente, vá-se acabar por descriminalizar uma conduta, na medida em que afastar do ordenamento o dispositivo que a criminaliza, ou – como foi o caso, na ADPF 54 – interpretar o dispositivo conforme a Constituição, mesmo sem redução de texto, para considerar uma conduta atípica. Ele exerce, com isso, de fato, uma atividade próxima à atividade do legislador, que poderia fazer o mesmo por meio de Projeto de Lei. Mas são institutos diferentes, competências diferentes, e isso é algo positivo para que o povo

tenha ambas essas instâncias com que contar, na falta de providências da outra. Favorece a proteção aos direitos fundamentais, favorece a supremacia da Constituição e, inclusive, favorece a democracia.

Para encerrar, sobre a ADPF 54, citaremos outro trecho da já citada entrevista do agora Ministro Luís Roberto Barroso – o advogado que subscreveu a inicial da ação –, para o jornal O Globo, que também toca no ponto sobre a competência do STF para “legislar”, quer direta ou indiretamente, diante da desídia do Congresso:

***ATÉ HOJE TEMOS UMA LEGISLAÇÃO ANTIGA QUE CRIMINALIZA O ABORTO. O SENHOR ACHA QUE É UM TEMA QUE O SUPREMO PODERIA RESOLVER?***

*Sobre as questões que envolvam o Supremo, só gostaria de falar olhando para trás. Não gostaria de falar olhando para frente, porque isso poderia comprometer minha atuação como juiz. Mas tenho facilidade de responder a sua pergunta porque, no caso de anencefalia, se você ouvir a minha sustentação final (como advogado) e os memoriais finais que apresentei em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a tese que eu defendia era a da liberdade reprodutiva da mulher. Portanto, a mulher tem o direito fundamental a escolher se ela quer ou não ter um filho. E esta tese vale para a anencefalia, como vale para qualquer outra gestação. O meu ponto de vista é transparente desde sempre. Se eu acho que o Supremo pode ou deve fazer isso, eu não vou te responder. [grifos nossos] (BRÍGIDO; LEALI, 2013)*

Bom, não importa por que mãos a legalização virá, desde que venha.

## CONCLUSÃO

Não há qualquer empecilho constitucional ou internacional que obste a reforma da norma criminalizadora do aborto no Brasil<sup>370</sup>. Tanto pelo contrário.

Além de o Brasil ter se comprometido internacionalmente a revisar a criminalização, diante do problema causado na esfera da saúde pública, fato este ignorado pelos governantes, há, não apenas um, mas muitos caminhos pelos quais seguir para afirmar que nossa Constituição, como é hoje, sem demandar reformas, admite e clama pela legalização do aborto.

Em primeiro lugar, porque garante a autonomia quanto ao planejamento familiar (o que, por si só, sugere que os dispositivos criminalizadores do autoaborto e do aborto consentido não teriam sido recepcionados pela nova ordem constitucional).

Em segundo, porque garante o direito à vida, e o próprio Estado, ao invés de concretizá-lo, o coloca em risco, já que insiste na criminalização do aborto, fazendo com que seja feito clandestinamente e, no caso das mulheres pobres, de forma insegura, o que coloca o ato, na melhor perspectiva, como a terceira maior causa de mortalidade materna no Brasil.

Em terceiro, porque garante o direito à saúde, que pressupõe assistência médica, cujo acesso é negado às mães que desejam abortar; porque forçar uma mulher a levar a cabo uma gravidez contra a sua vontade compromete sua saúde psíquica e emocional; e, também, porque, em se tratando de um crime, as mulheres que sofrem com as complicações do aborto inseguro, muitas vezes, resistem em procurar a rede pública de saúde para socorro, com medo de serem denunciadas e presas, o que é outra forma de violação de seu direito à saúde.

Em quarto, porque garante a autonomia da vontade, o que pressupõe a liberdade, contanto que não se ofenda direitos alheios (sendo que direitos alheios pressupõem a existência de outro sujeito de direitos, “atributo” que não se pode conferir ao feto, já que ele não é uma pessoa nascida com vida, requisito indispensável para tanto, segundo o art. 2º do Código Civil brasileiro).

---

<sup>370</sup> Defendemos a descriminalização do autoaborto (art. 124, CP) e do aborto consentido (art. 126, CP), que são os que coadunam com o direito de planejamento familiar da mulher, não o aborto sem consentimento (art. 125, CP) ou as qualificadoras da aceleração de parto (art. 129, § 1º, IV, CP) e aborto (art. 129, § 2º, V, CP) do crime de lesão corporal. Porque, assim como uma mulher deve poder escolher se não quer ter um filho em determinado momento de sua vida, deve poder escolher se quer ter, também. E só a ela cabe esta escolha.

Em quinto, porque garante a igualdade, flagrantemente violado por essa norma, que atinge tão desigualmente homens e mulheres, mulheres ricas e pobres, e, ainda, impõe a moral de um grupo aos demais, tratando-os com menos respeito e consideração do que aqueles que a adotam.

Em sexto, porque garante a liberdade de crença, e, se ninguém é obrigado a seguir determinada religião, certamente não deve ser obrigado a viver segundo seus mandamentos.

No entanto, o argumento para o qual se pretende chamar atenção nesse trabalho é o de que a criminalização do aborto é indevida num Estado democrático pluralista, pois se trata de uma escolha moral na qual o Estado não deve e não pode interferir. A questão do aborto é um exemplo clássico do chamado desacordo moral razoável, e, nesses casos, o papel do Direito é assegurar que cada um possa viver conforme o que acredita. Mas repassemos as principais teorias abordadas no trabalho. Começemos com Dworkin.

O autor, em "*Domínio da vida*", Dworkin questiona se o Estado pode ou deve interferir nas decisões particulares dos indivíduos, que dizem respeito à sua fé, punindo práticas como o aborto. Ele explica que o aborto, na sociedade ocidental, é proibido com base em dois tipos de argumentos: o derivativo e o independente. O argumento derivativo diz que o embrião é um ser humano, o que faz dele um sujeito de direitos, e, por isso, digno de tutela jurídica, logo deve ter seus interesses defendidos contra os da mãe, enquanto o independente diz que ele é digno de proteção em razão do valor intrínseco sagrado de sua vida, um bem jurídico inviolável. O autor explica que nenhuma das linhas de pensamento, se adotadas a ferro e fogo, admitem excludentes da ilicitude. A linha derivativa porque, se se trata de um sujeito de direitos, ele deve ter seus interesses tutelados independentemente, inclusive de sua viabilidade extrauterina<sup>371</sup>. A linha independente, por sua vez, em razão do fato de que toda vida é igualmente sagrada, inclusive a do feto que causa risco à vida da mãe, por exemplo<sup>372</sup>. No entanto, a maioria dos países em que a conduta é criminalizada, o que inclui o Brasil estabelecem exceções, ainda que em situações muito

---

<sup>371</sup> Logo, com base nele, não se poderia admitir o aborto sentimental (o aborto necessário não haveria por onde negar, por se tratar de estado de necessidade). Além disso, nosso Código Civil diz que a personalidade começa no nascimento com vida, e houve projetos para colocar na CF, tanto na época da constituinte quanto posteriormente, por meio de emenda, que a personalidade começa na concepção, mas não passaram.

<sup>372</sup> Assim como a do anencéfalo, ou a do feto proveniente de estupro; logo, não se poderia, com base nesse argumento, autorizar o aborto em nenhuma dessas hipóteses. Além disso, o Brasil é laico.

restritas, logo ponderam os direitos do feto em determinados contextos. Além disso, a linha de pensamento independente, que se baseia na sacralidade da vida, não pode prosperar num contexto de democracia, pluralismo e Estado laico, porque, se o Estado não se vincula a nenhuma religião, não pode impor um preceito religioso aos seus subordinados, que devem poder escolher que religião seguir ou não seguir religião alguma. E, quanto à linha derivativa, que defende a personalidade jurídica do feto, além de o Brasil não adotar a teoria concepcionista – como se vê pelo art. 2º do Código Civil, embora tenha havido tentativas de colocá-la na Constituição, durante sua elaboração e após, que não vingaram –, para o autor, não faz sentido tutelar os direitos de um ser sem interesses a serem resguardados; então, o ponto central na questão não é, propriamente, determinar quando se dá o início da vida ou que valor intrínseco lhe cabe, mas em que momento convém que o Direito passe a lhe conferir tutela. Assim, na mesma obra, Dworkin pondera sobre a partir de que momento o feto passa a possuir interesses dignos de tutela, e conclui ser o momento do advento do seu cérebro, que lhe confere senciência, sem a qual ele em nada se assemelha a um ser humano, pois não detém nenhuma capacidade cognitiva ou sensitiva, sequer rudimentar. Ele explica que, para a Ciência, este marco ocorre na 12ª semana de gravidez, e não por outra razão é esse o prazo adotado pela esmagadora maioria das legislações permissivas ao aborto a partir do qual ele se torna crime, ressalvando-se apenas situações excepcionais, de malformação incompatível com a vida extrauterina ou risco de vida para a mãe.

Outro conceito trabalhado pelo autor, tanto em “*Domínio da vida*” quanto em “*Justiça para ouriços*”, aplicável à problemática do aborto, é o conceito de responsabilidade, que indica que o Estado deve transferir ao cidadão a prerrogativa de tomar qualquer decisão de cunho moral, mas não sem antes lhe transmitir toda a informação relativa aos desdobramentos de tal decisão, já que, uma vez que se decida, deverá que conviver com as consequências de sua escolha. Isso é assim porque, sendo a moral relativa, o Estado não poderia impor ao cidadão que escolha agir dessa ou daquela forma, segundo esses ou aqueles preceitos morais, dos quais ele pode não compartilhar. Quanto a isso, os serviços de aconselhamento a que as mulheres grávidas são submetidas quando optam por abortar em grande parte dos países europeus é um exemplo claro de aplicação deste princípio dworkiniano, uma vez que, antes de fazer jus ao procedimento, elas são alertadas sobre os desdobramentos físicos e psicológicos do ato, além de lhes serem apresentadas alternativas e, só

então, após um prazo fixado pela lei (normalmente 3 a 5 dias), confirmando sua intenção, elas podem se submeter ao tratamento médico de interrupção da gravidez. Ou seja, o Estado lhes impõe um período, ainda que curto, de ponderação a respeito da própria escolha moral, mas lhe transfere a prerrogativa da escolha e a responsabilidade sobre ela.

Ainda, em “*A virtude soberana*”, o autor questiona se uma maioria moral tem direito a limitar a liberdade dos indivíduos simplesmente por desaprovar suas opções de vida, e responde a essa pergunta em “*Levando os direitos a sério*”. Dworkin defende a ideia de que os cidadãos são e devem ser respeitados como sendo livres e iguais. Na verdade, a igualdade entre eles implica em sua liberdade, já que, se todos têm igual capacidade de discernimento para fazer as próprias escolhas, devem ser livres para fazê-las cada qual a sua e viver com elas, sem a interferência do Estado ou dos seus pares. Isso se aplica ao aborto por razões óbvias: naturalmente, não se pode querer impor a maternidade a uma mulher. Tentar fazer isso pode gerar diversos resultados, dentre os quais sua morte em razão de complicações de um aborto inseguro, mas nunca em que ela se torne mãe como a sociedade ou o Estado desejam. Será que é razoável tornar o aborto crime (ou permitir que continue sendo), impingindo às mulheres, sobretudo as pobres, a um sofrimento desumano, apenas por se tratar o aborto de ato moralmente reprovável? É claro que não.

Nesse ponto, entram as teorias de Kelsen e Tércio Sampaio, sobre a separação do Direito e a Moral, para o bem do próprio Direito, que, só assim, pode imperar sobre uma sociedade plural (Kelsen com a Teoria Pura e Tércio Sampaio com a Teoria da Institucionalização das Normas), também, a Teoria do Discurso de Habermas, que diz que, na democracia contemporânea, diante do relativismo axiológico vigente, só os debates públicos podem determinar a ética da sociedade, e, ainda, a Teoria da Justiça de Rawls, que defende que só pode haver justiça onde houver equidade entre os indivíduos, logo restringe o ponto de chegada dos discursos a que se referem a teoria habermasiana, limitando-os a certos princípios inafastáveis no trato social, e, por fim, a Teoria do Desacordo Moral Razoável, de Waldron, que diz, em linhas gerais, que, para respeitar a liberdade e a igualdade entre os cidadãos, em se tratando de questões sobre as quais recaiam desacordos de ordem moral, o papel do Estado é permitir e garantir que os indivíduos realizem seu próprio projeto de vida boa, sem a interferência dos indivíduos de morais diversas ou do próprio Estado. Esse é o ponto principal de nossa tese.

Trata-se de um importante desafio dos Estados de Direito democráticos contemporâneos, que, embora inafastável, representa uma dificuldade significativa para os legisladores e aplicadores da lei, que sofrem resistência da sociedade, da Igreja, muitas vezes, e, inclusive, resistência interna. Aqueles que são contra a prática do aborto e não se importam com o fato de que a vida privada alheia não lhes diga respeito estão contentes em que a lei que o criminaliza ainda vigore. No entanto, é preciso se atentar para que o mal causado por ela é muito maior do que o mal que ela almeja evitar. A mulher que não quer ser mãe não será, e ninguém pode forçá-la, mesmo que tente. E ninguém deve tentar, sobretudo não a lei, porque não há razão de ser. Até o 3º mês de gravidez, não há outro sujeito de direito cujos interesses tutelar, além da mãe.

Querer impedir que a mulher tenha controle sobre a própria sexualidade é tratá-la como objeto, ao invés de sujeito de direitos. Um meio, não um fim em si mesmo, como qualquer ser humano deve ser tratado. Criminalizar o aborto, proibindo que seja feito na rede pública de saúde, de graça e com segurança, “*é desrespeitar a liberdade, a intelectualidade, a dignidade, e, enfim, a humanidade da mulher, reduzindo-a a uma espécie de instrumento reprodutor insensível e desumanizado*” (MELLO, P., 2010, p. 43). Lembremo-nos da alegoria do violinista, de Judith Thomson. Ninguém é obrigado a prover a vida de outrem contra a vontade.

O aborto clandestino, por ser a causa de elevados índices de mortalidade materna e internações de mulheres, se desdobra num grave problema de saúde pública, reconhecido como tal pela Organização Mundial da Saúde. Então, quando se discute o aborto, é importante pensar que não se trata de ser contra ou a favor, mas de encarar a discussão na esfera da justiça social e do reconhecimento de um direito. Mesmo para diminuir os eventos, a legalização é um meio eficaz, mas com todo o preparo que ela pressupõe, é claro. Políticas públicas de assistência e aconselhamento, para começar.

As mulheres têm direito de escolher, é o seu corpo, elas não têm que estar grávidas só porque são biologicamente capazes. O Estado precisa reconhecer isso e parar de puni-las por se tratar de uma decisão supostamente reprovável. E o pior é que não se trata apenas de ser um Estado antiliberal. Nosso Código Penal, ao menos nesse ponto, tem uma conotação eminentemente religiosa, porque apenas cerceia a liberdade daquele que pode decidir por fazer algo contra a lei de Deus (como se Deus pudesse entrar na equação). Segundo o que dispõe, afora o caso de não

haver outro meio de salvar a vida da mãe, somente o estupro, ou seja, a relação sexual que ocorreu contra a vontade da mulher, justifica o aborto. Mas ele se esquece de quantas outras violências as mulheres podem ser vítimas depois de uma relação sexual com a qual consentiu, como rejeição pela família ou em seu meio social, carência afetiva, abandono, desemprego, doença (porque nem aborto para poupar a saúde da mãe o Brasil autoriza), miséria. A própria fome pode ser vista como estado de necessidade. A vinda de mais um filho pode prejudicar a vida dos demais. É como diz Marco Segre em “*Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida*” (In: CAVALCANTE; XAVIER, 2006, p. 57): parece que a mensagem que o legislador quer passar é que, se a mulher fez sexo porque quis, ou seja, cometeu o pecado original, deve arcar com as consequências. Isso poderia fazer sentido na década de 1940, quando o mesmo Código falava em “mulher honesta” e “mulher virgem”, mas não hoje em dia.

Como por mais de uma vez foi dito, a ameaça de punição não impede ou diminui a ocorrência de abortos. Ao contrário, aumenta. Porque as mulheres não têm oportunidade de discutir o assunto e, na dúvida, fazem. Também, a baixa punibilidade da prática, mesmo se tratando de crime, revela que há aceitação pela sociedade, já que são poucas as denúncias, assim como por parte do sistema, já que pouco se condena. Isso, por si só, mostra como a descriminalização é o único caminho, porque tratar desta matéria no âmbito penal, supostamente a última *ratio* do sistema jurídico, último artifício de que se valer para o controle social, é desproporcional e inadequado. São políticas públicas de assistência médica e psicológica que vão dissuadir mulheres de abortar e, principalmente, a possibilidade de falar sobre isso sem que se trate de um crime. Para que o ato de torne seguro e, principalmente, se torne raro, a descriminalização é, de fato, um caminho necessário.

É inquestionável que o tratamento do aborto no âmbito penal é inútil, já que não atinge os fins a que se destina (mais benéfico, não só às mulheres, mas aos fetos, seria a regulamentação da prática, para que não acontecessem os excessos que ocorrem na clandestinidade, e mesmo legalmente, diante da lei nos termos em que vigora), além de extremamente gravoso, com altíssimo custo social. E, como se não bastasse, o fato de este dispositivo legal ser ineficaz, já que não evita os eventos que objetiva evitar e, além disso, tem baixíssima aplicabilidade, contraria os pressupostos teóricos da função da pena, sem os quais ela não pode se legitimar. O dispositivo criminalizador do aborto não atinge o fim de prevenção geral (segundo a

qual a ameaça de punição dissuade os demais membros da sociedade para que não cometam o crime), não atinge o fim da prevenção especial (segundo a qual sujeito que delinuiu e foi punido não volte a delinquir, já que, em geral, as mulheres, por fim, não são punidas), e não atinge também, portanto, o fim de retribuição ou ressocialização. Não atinge fim algum senão o de causar um problema de saúde pública seriíssimo. Qual o seu sentido, então? Em nome de quê a autonomia e a dignidade das mulheres vêm sendo ofendidas pela lei de tal forma que elas preferam a morte a obedecer a sua ordem?

Então, isto leva ao seguinte questionamento: se não há vantagem prática na manutenção da criminalização do aborto, qual é a sua razão de ser? Para que se pune o autoaborto e o aborto consentido? Diante da ineficácia social, seria sua finalidade apenas moral? Confirmar como “melhor moral” a de quem não o pratica e/ou é contra a sua prática? Parece ser nada mais nada menos que uma tentativa (frustrada) de adestramento, de tentativa de perpetuação da imagem da mulher como uma figura submissa, que se resume na imagem de mãe de família. Justificativa, jamais, mas isso pode ter tido uma explicação quando surgiu, mas não mais.

Alega-se que o que motiva a criminalização do ato é a necessidade de se proteger a vida do feto, que é ser humano e ser vivo e merece proteção. Mas não há insumo em preceitos científicos para defender esta tese. Nem no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, na prática, as vidas dos fetos são salvas pela criminalização? Protege-se a vida do feto com a criminalização do aborto? Se o aborto voluntário não aparece nas estatísticas penitenciárias? Se sua prática chega ao limite de mais de um milhão de eventos por ano, logo não é inibida, mas antes, por não ser discutida, estimulada? Não. Com a criminalização, não se salva a vida dos fetos, apenas condena-se a vida das mães.

A vida humana intrauterina não é, e nem pode ser, protegida pela Constituição com a mesma intensidade que a vida de alguém que já nasceu. O Código Penal, por isso, como dito, pune diferentemente o aborto e o homicídio. Porque o fato de haver um feto não quer dizer que vá haver uma criança, e isso também está incutido no sentimento social. Um aborto espontâneo certamente causa grande sofrimento, mas não um sofrimento comparável ao causado pela perda de um filho nascido. Do mesmo modo, e, pela mesma razão, a proteção ao nascituro não deve ser uniforme durante toda a gestação, ela deve ser proporcional à viabilidade extrauterina do feto. O fato de haver um embrião não quer dizer que vá haver um feto, e muito

menos uma criança, depois disso. O tempo de gestação, portanto, precisa ser levado em conta. Na própria ADPF 54, mais de um Ministro defendeu que o direito do feto à vida não é absoluto, e sua proteção cresce conforme avança a gestação, o que deve repercutir na ponderação de interesses da mãe e do feto (dentre eles estava o Ministro Lewandowski, que, diga-se de passagem, votou contrariamente à procedência da ação). Falta estampar isso na lei.

Ao completar 12 semanas, o feto adquire feições humanas e passa a desenvolver seu sistema nervoso central, adquirindo alguma sensibilidade e a capacidade rudimentar de raciocínio. Por isso é que – quando não basta dizer que, aí, o feto adquire aptidão para sentir dor e seu interesse em não senti-la passa a prevalecer sobre o da mãe de ficar grávida se quiser estar (já que ela teve seu tempo de decidir) – diz-se que é quando começa a vida humana. Porque, se o Estado não tutela a vida de quem não tem mais atividade cerebral, porque considera não haver vida, mesmo havendo um coração batendo, não deve, também, tutelar a vida de quem não tem atividade cerebral, ainda. Se é o fato de haver vida que o impede de autorizar o aborto, então deve partir do pressuposto de que não há vida, assim como faz com os pacientes com morte cerebral.

Independente da justificativa que nossos legisladores queiram dar quando tornarem isso possível, ou, melhor dizendo, legal, a mulher deve ter o direito de abortar por escolha (sem ter que alegar motivos) até as 12 semanas de gravidez. E deve ter assistência médica e psicológica em qualquer caso, tanto se decidir pelo sim, quanto se decidir pelo não. Mas a decisão deve ser sua, porque é o seu corpo e a sua vida. Este é um imperativo numa sociedade pluralista que se pretende democrática e respeitadora das diferenças. A lei não pode mais dizer o que determinado grupo quer que ela diga. Há diversos outros grupos igualmente merecedores de respeito e consideração. Aliás, é razoável pensar que, para o Direito, devem importar os indivíduos e a coletividade, não os grupos. Os grupos se formam com base em critérios que o Direito não pode abarcar, ou terá respaldo por parte dos que abraçarem, mas não dos outros. E isso é algo que ele deve evitar. O povo se faz de indivíduos, e os indivíduos merecem respeito e consideração em sua individualidade. Católico, ateu ou protestante é só mais uma coisa que o indivíduo pode ser. Isso é muito pouco para defini-lo. E se não é o bastante para definir um indivíduo, quem dirá todo o povo de um país.

Não importa se a maioria é católica, ou mesmo se a maioria é contra a legalização do aborto – o que, aliás, não é uma verdade<sup>373</sup> –. Há muito tempo a democracia deixou de ser um lugar onde a vontade da maioria deve prevalecer. É como dizia o ex-Primeiro Ministro britânico Clement Attlee: “*A democracia não é apenas a lei da maioria, é a lei da maioria respeitando o direito das minorias*”. Além disso, ao contrário do que os defensores da perpetuação da criminalização do aborto parecem temer, a legalização da prática não vai obrigar ninguém a ela, apenas conceder o direito de escolha. Quem não acha que seja correto continuará podendo se abster de fazer. É contra o aborto? Não faça um. Mesmo porque a descriminalização tão-só acarretará a substituição do controle exercido através do sistema penal por outras formas de controle social, como as políticas públicas de saúde e assistência social<sup>374</sup>. A ideia da descriminalização não é apenas fazer com que o ato deixe de ser proibido, mas que se torne seguro e desejavelmente raro. A possibilidade de realização na rede pública de saúde ajudará no primeiro aspecto, e a possibilidade de discutir o assunto e receber assistência psicológica para a apresentação das opções e suporte na decisão ajudará no segundo.

E, por fim, voltando a onde tudo começou, vale repetir o que parece inquestionável: por violar inúmeros direitos das mulheres, os dispositivos criminalizadores do aborto devem ser retirados do ordenamento; por diversas razões, eles são inconstitucionais, e sua existência, embora não freie os eventos, limita o exercício do direito com segurança para as mulheres pobres. Portanto, as mulheres têm direito à cessação da criminalização; pelo direito ao corpo, pelo direito à saúde física e mental, pelo direito à dignidade, pelo direito à autonomia, pelo direito à liberdade de crença, pelo direito à igualdade, pelo direito à assistência médica, pelo direito ao planejamento familiar. E, principalmente, porque o aborto é uma escolha moral, que elas, por isso mesmo, devem poder fazer sem a interferência do Estado. Como desacordo moral razoável, não é uma questão que deveria ser taxada em lei. Pelo bem da lei e pelo bem do povo.

---

<sup>373</sup> Mais a respeito em: <<http://www.catolicas.org.br/pesquisas/conteudo.asp?cod=3325>>. Último acesso em: 28/02/2014.

<sup>374</sup> É no mesmo sentido o entendimento de Daniel GARCIA (2009, p. 139): “*Este trabalho não é a defesa de uma tese para que ocorra, tão-somente, uma despenalização ou a descriminalização do aborto, como grassa a maioria dos doutrinadores, mas, sim, uma desjudicialização ou desjurisdicionalização. Uma alternativa plausível e coerente seria a substituição dos tribunais por instâncias de natureza não-penal, no âmbito administrativo, por exemplo, intentando alcançar uma conjuntura de menor exclusão social e, ao mesmo tempo, protetivo da vida e dignidade das inúmeras mulheres que se encontram em estado gravídico indesejado*”.

Em sua sustentação oral pela CNTS, na ADPF 54, Barroso declarou: “*Hoje, neste Tribunal, estamos discutindo questão decisiva do direito reprodutivo. Direito da mulher de não ser apenas um útero à disposição da sociedade, mas de decidir*”. A procedência da ação, sem dúvidas, foi um passo importante para isso, mas foi apenas o começo. Ele lembrou aos Ministros que as mulheres atravessaram gerações em busca de igualdade e reconhecimento de seus direitos: “*o direito de não ser propriedade do marido, o direito de se educar, o direito de votar e ser votada*”. E disse que era chegada a hora de dar a elas o direito de interromper uma gestação (a de um feto anencéfalo), se este for o seu desejo. “*Levar ou não essa gestação a termo tem que ser escolha da mulher*”, ele disse. Na verdade, levar ou não qualquer gestação a termo (contanto que se decida em tempo hábil) deve ser sua escolha. Por isso, na ocasião, ele mesmo ressaltou que o Estado não tem o direito de decidir pela mulher, e destacou que países modernos não criminalizam a interrupção da gestação, citando o Canadá, Estados Unidos, França Alemanha, Reino Unido, Espanha, Portugal, Holanda, Japão e Rússia. “*A criminalização é um fenômeno do subdesenvolvimento. Estamos atrasados e com pressa. O Estado tem de se empenhar para evitar abortos, para a prevenção de doenças e adoção de métodos contraceptivos*”. Sem dúvidas.

Na data do julgamento da ADPF, o então advogado, hoje Ministro do STF, declarou, ainda, que aquele era um dia para nunca mais esquecer, já que, reconhecendo o direito de a mulher interromper a gestação de um feto inviável em nome dos seus direitos reprodutivos, estar-se-ia inaugurando o marco zero de uma nova era para a condição feminina no Brasil. Fato. Mas é hora de dar um novo passo.

Trabalhemos no sentido de que o lema das Jornadas Brasileiras pelo Direito ao Aborto Legal e Seguro se torne, enfim, uma verdade: “*Aborto: as mulheres decidem, a sociedade respeita e o Estado garante*”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABORTO EM DEBATE. *Aborto: um direito atacado pela moral religiosa*. 2011. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=2523>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ACKERMAN, Bruce. *We, the people*. Foundations. Harvard University Press, 1993, pp. 3-33.

AGÊNCIA BRASIL. *CNBB diz que defesa do aborto é “criar mentalidade de violência”*. 2013a. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cnbb-diz-que-defesa-do-aborto-e-criar-mentalidade-de-violencia,ee1fe01a4fc8d310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Conselho Federal de Medicina defende aborto até 3º mês de gravidez*. 2013b. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/conselho-de-medicina-defende-aborto-ate-o-3-mes-de-gestacao,a433d71176c8d310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Defendemos a autonomia da mulher, diz presidente da CFM sobre aborto*. 2013c. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/defendemos-a-autonomia-da-mulher-diz-presidente-do-cfm-sobre-aborto,546ce7da1fc8d310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Deputado: médicos a favor do aborto têm atitude criminosa*. 2013e. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/deputado-medicos-a-favor-do-aborto-tem-atitude-criminosa,efc06647cf69d310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Feministas consideram progresso apoio do Conselho de Medicina ao aborto*. 2013d. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/feministas-consideram-avanco-apoio-do-conselho-de-medicina-ao-aborto,18cfe7da1fc8d310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Maioria das brasileiras que abortam são católicas, diz estudo*. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u397652.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *ONU cobra Brasil por baixa presença feminina no Congresso*. 2013g. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,onu-cobra-brasil-por-baixa-presenca-feminina-no-congresso,837211,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Relator do novo Código Penal: decisão sobre aborto é dos parlamentares*. 2013f. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/relator-do-novo-codigo-penal-decisao-sobre-aborto-e-dos->

[parlamentares,ae6ee7da1fc8d310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html](http://parlamentares.ae6ee7da1fc8d310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html)>. Último acesso em: 28/02/2014.

AGÊNCIA CNTS. *Saúde em Pauta*. nº 349. 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/Agencia349-2011.doc>>. Último acesso em: 28/02/2014.

AGUIAR, Ana Beatriz Natario de. *Escândalo político: o caso Lurian*. Monografia (Curso de Marketing Político). Centro Universitário de Brasília. Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas. 2005. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/2638/1/20164820.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen*. Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/demo\\_kelsen.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.htm)>. Último acesso em: 28/02/2014.

AMBROS, Mauro Cabrera; RECCHIA, Anderson; RECCHIA, Jeferson Ambros. *Aspectos éticos e jurídicos do aborto*. Saúde, Santa Maria, vol. 34a, n. 1-2: pp. 12-15, 2008. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistasauade/article/download/6490/3943>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ANDRADE, Igor Ascarelli Castro de. *O liberalismo político de Rawls ante a teoria discursiva de Habermas: o consenso por sobreposição e a razão pública na fundamentação liberal do Estado Democrático de Direito*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 177-202, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/82/78>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ANDRADE, Juliana. *Abortos inseguros matam 70 mil mulheres por ano em todo o mundo, aponta relatório*. 2007. Disponível em: <[http://www.direitos.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3300&Itemid=1](http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3300&Itemid=1)>. Último acesso em: 28/02/2014.

ANNENBERG, Flávia. *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisas com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo: existe relação de precedente entre eles?* Orientadora: Fernanda Terrazas. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Monografia (Curso de Formação). 2008. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/414\\_flavia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/414_flavia.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

ARANDA, Fernanda. *Aborto supera câncer de mama em internações no SUS*. 2010. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/saudedamulher/aborto+supera+cancer+de+mama+em+internacoes+pelo+sus/n1237794630553.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ARANHA, Guilherme Arruda. *Os direitos humanos e a Teoria Pura de Kelsen*. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo7.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ARDAILLON, Danielle. *Para uma cidadania de corpo inteiro: a insustentável ilicitude do aborto*. Anais do XII Encontro Nacional de Estudos populacionais da ABEP. Caixambu, 2000 v. 1, 29p. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Para%20uma%20Cidania%20de%20Corpo%20Inteiro%20-20A%20Insustent%20E1vel....pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ARONOVICH, Lola. *Mulher, esse ser irresponsável que só quer abortar*. 31/01/2011. Disponível em: <<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2011/01/mulher-esse-ser-irresponsavel-que-so.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ATALIBA, Geraldo. *O Judiciário e minorias*. Revista de informação legislativa, v.24, nº 96, pp. 189-194, out./dez. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181799/000433557.pdf?sequence=1>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BARROS, Andréa; CRUZ, Angélica Santa; SANCHES, Neuza. “*Nós fizemos aborto*”. 17/09/1997. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/aborto/1513.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I)*. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. v.2, n. 21 (2012a). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 19, jan./jun. 2012b, pp. 109-137. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-109-Artigo\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso\\_%28Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_Direitos\\_Fundamentais\\_e\\_Casos\\_Dificeis%29.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-109-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_%28Supremo_Tribunal_Federal_Direitos_Fundamentais_e_Casos_Dificeis%29.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. *Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural*. Revista Virtual da AGU. Ano VIII nº 77, jun/2008. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79754&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79754&ordenacao=1&id_site=1115)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BASTOS NETO, Osvaldo de Oliveira. *Do Positivismo Jurídico ao Liberalismo Igualitário: apontamentos sobre Kelsen e Dworkin*. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-positivismo-juridico-ao-liberalismo-igualitario-apontamentos-sobre-kelsen-e-dworkin,38280.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BERGAMO, Mônica. *Mônica Serra contou ter feito aborto, diz ex-aluna*. 16/10/2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1610201011.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOFF, Leonardo. *Entrevista*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 17-22.

BORGES, Jerry Carvalho. *Aborto no Brasil: mortes em silêncio*. 2010. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/colunas/por-dentro-das-celulas/aborto-no-brasil-mortes-em-silencio>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BORIS, Gabriel; MIGUEZ, Maria Cristina. *Aborto: pouco debate e muita urgência*. Disponível em: <[http://www.brpress.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4397:aborto-pouco-debate-e-muita-urgencia-&catid=57:brasil&Itemid=97](http://www.brpress.net/index.php?option=com_content&view=article&id=4397:aborto-pouco-debate-e-muita-urgencia-&catid=57:brasil&Itemid=97)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRAGA, Isabel; ÉBOLI, Evandro. *Comissão da Câmara aprova PEC que autoriza entidade religiosa a questionar lei no Supremo*. 27/03/2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/comissao-da-camara-aprova-pec-que-autoriza-entidade-religiosa-questionar-lei-no-supremo-7962320>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Congresso Nacional. *Código Penal*. 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Congresso Nacional. *Código Penal*. 1890. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo\\_norma=DEC&data=18901011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Congresso Nacional. *Código Penal*. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Congresso Nacional. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei 9434 (Lei de Transplantes)*. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen). *InfoPen Estatísticas: Relatórios Estatísticos-Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação*. 2005-2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Ministério da Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Magnitude do Aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa*. 2005b. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag\\_aborto.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

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

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009b. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livreto.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009a. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro\\_aborto.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Lênio Streck: Criamos um caos interpretativo com a recepção equivocada de teorias estrangeiras*. 06/09/2013. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111151](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111151)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Direito de Família. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo)*. N. 1.183.378-RS (2010/0036663-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. RSTJ, a. 24, (226): 602-644, abril/junho 2012a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2012\\_226\\_capQuartaTurma.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2012_226_capQuartaTurma.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Direito Constitucional. *Pesquisas com células-tronco embrionárias*. N. 3510 [Inteiro teor do acórdão]. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Direito Penal. *Aborto de anencéfalos*. N. 54 [Alegações finais]. 2009. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf54-alegacoesfina.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Direito Penal. *Aborto de anencéfalos*. N. 54 [Inteiro teor do acórdão], 2012b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Direito Penal. *Aborto de anencéfalos*. N. 54 [Petição Inicial], p. 3-4, 2012c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo 661*. 9 a 13 de abril de 2012d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRESCIANI, Eduardo. *Comissão aprova proposta que submetem decisões do STF ao Congresso*. 04/04/2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,comissao-aprova-proposta-que-submete-decisoes-do-stf-ao-congresso,1024977,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRÍGIDO, Carolina; LEALI, Francisco. “É preciso uma revolução no modo como o Supremo atua”, diz Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/e-preciso-uma-revolucao-no-modo-como-supremo-atua-diz-ministro-luis-roberto-barroso-10669190#ixzz2jcZaawaq>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRITO, Ricardo. *Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia*. 10/03/2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,comissao-do-novo-codigo-penal-amplia-regras-para-aborto-legal-e-eutanasia,846404,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRUM, Eliane. *O aborto e a má fé*. 2013. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/eliane-brum/noticia/2013/08/o-babortob-e-ma-fe.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

BRUNO, Zenilda Vieira. *Abortamento na adolescência*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas para decidir, 2006, pp. 87-100.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. *O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin*. Sequência (Florianópolis), n. 65, p. 155-188, dez. 2012. ISSN 2177-

7055. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n65/n65a08.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CABRAL, Otávio. *Direito não é fé*. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/060509/entrevista.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CABRAL, Themys. *Segredo guardado a sete chaves*. 2010. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=66085>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislatura atual: deputados em exercício*. 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Dep\\_Lista.asp?Legislatura=54&Partido=QQ&SX=QQ&Todos=None&UF=QQ&condic=QQ&forma=lista&nome=&ordem=nome&origem=None](http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Dep_Lista.asp?Legislatura=54&Partido=QQ&SX=QQ&Todos=None&UF=QQ&condic=QQ&forma=lista&nome=&ordem=nome&origem=None)>. Último acesso em: 28/02/2014.

CAMPOS, Carmen H. de. *Aborto no Brasil: a irracionalidade da criminalização*. Porto Alegre: Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. 2007. 21p. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/BCOTXT/Aborto%20no%20Brasil%20irracionalidade.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CANDOTTI, Ennio. *Na terra como no céu*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. pp. 61-66.

CARVALHO, Bruna Carolina. *Ex-aluna de Mônica Serra: "Eu não esperava tanta repercussão"*. 16/10/2010. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/eleicoes/ex-aluna-de-monica-serra-quoteu-nao-esperava-tanta-repercussaoquot,6c7a78ad60e2d310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CARVALHO, Teresa Robichez de. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal*. Orientador: Nádia de Araújo. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2006. Capítulo 3. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/8598/8598\\_4.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/8598/8598_4.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin*. Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun. 1997. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/988/000988.pdf?sequence=3>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. *Por um Estado laico de fato!* 2008. Disponível em: <<http://www.catolicasonline.org.br/editorial/conteudo.asp?cod=247>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CAVALCANTE, Alcilene; BUGLIONE, Samantha. *Pluralidade de vozes em democracias laicas: o desafio da alteridade*. In: MAIA, Mônica Bara. *O direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, pp. 105-140.

CHADE, Jamil. *ONU cobra Brasil por mortes em abortos de risco*. 2012a. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,onu-cobra-brasil-por-mortes-em-abortos-de-risco,837576,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco*. 2012b. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,onu-critica-legislacao-brasileira-e-cobra-pais-por-mortes-em-abortos-de-risco,837316,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *ONU recomenda o fim da criminalização [do aborto]*. 2012c. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,onu-recomenda-o-fim-da-criminalizacao-,846505,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pp. 1-140.

CLEMENTE, Aleksandro. *A justiça de toga: um ensaio interpretativo da obra de Ronald Dworkin sobre a influência da moral no Direito*. Revista Acadêmica Eletrônica Sumaré. 6. ed. Jul/dez 2011. Disponível em: <[http://www.sumare.edu.br/Arquivos/1/raes/06/raesed06\\_artigo03.pdf](http://www.sumare.edu.br/Arquivos/1/raes/06/raesed06_artigo03.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

COELHO, Mário. *Entidades religiosas podem contestar leis no STF, diz CCJ*. 27/02/2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/entidades-religiosas-podem-contestar-leis-no-stf-diz-ccj/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

COLARES, Juliana. *Aborto é mais que uma polêmica. É um problema de saúde pública*. 2010. Disponível em: <[http://www.feminismo.org.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2351:aborto-e-mais-que-uma-polemica-e-um-problema-de-saude-publica&catid=95:direito-sexuai-e-reprodutivos&Itemid=124](http://www.feminismo.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2351:aborto-e-mais-que-uma-polemica-e-um-problema-de-saude-publica&catid=95:direito-sexuai-e-reprodutivos&Itemid=124)>. Último acesso em: 28/02/2014.

COLÉGIO BRASILEIRO DE ESTUDOS DA SAÚDE (CEBES). *Entrevista com Thomaz Rafael Gollop*. 24/07/2013. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/aborto/24-07-2013cebes\\_abortoequestaodesaudeenaomoedadetrocaeleitoral.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/aborto/24-07-2013cebes_abortoequestaodesaudeenaomoedadetrocaeleitoral.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

COMISSÃO DE CIDADANIA E REPRODUÇÃO. *Brasil tem apenas 65 serviços para aborto legal*. 07/11/2013. Disponível em: <<http://www.ccr.org.br/noticia-detalle.asp?cod=15280>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação*. 2013b. 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...)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Código de Ética Médica*. 2009. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Conselhos de Medicina se posicionam a favor da autonomia da mulher em caso de interrupção da gestação*. 2013a. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23661](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661)>. Último acesso em: 28/02/2014.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Confirma posicionamento do CFP sobre o parecer do CFM, que defende a liberação do aborto em gestações de até 12 semanas*. 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/posicionamento/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Posicionamento do Conselho Federal de Psicologia sobre o aborto*. 2012. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/posicionamento-do-conselho-federal-de-psicologia-sobre-o-aborto/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

COSTA, Ana Maria. *E o Estado não é laico?* 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-o-estado-nao-e-laico-9354.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

COSTA, Grazielle Furtado Alves da. *Solidariedade e Soberania nos discursos sobre “mulher” nas Conferências do Cairo e de Beijing*. Orientador: Nizar Messari. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2003, Capítulo 4. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/4045/4045\\_5.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/4045/4045_5.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

CRUZ, Fernanda. *Paulistanos protestam contra o Estatuto do Nascituro*. 15/06/2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-15/paulistanos-protestam-contr-estatuto-do-nascituro>>. Último acesso em: 28/02/2014.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi. da. *Aborto e moral*. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Aborto – um problema ético da saúde pública*. Revista Bioética, vol. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/441/324](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/441/324)>. Último acesso em: 28/02/2014.

DIAS, Maria Berenice. *Aborto é crime?* 2010. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?q=http://www.mariaberenice.com.br/uploads/8\\_aborto\\_%25E9\\_crime.doc](http://www.google.com.br/url?q=http://www.mariaberenice.com.br/uploads/8_aborto_%25E9_crime.doc)>. Último acesso em: 28/02/2014.

DIEGO, Marcelo. *Aborto mata 275 vezes mais onde é proibido*. 14/03/1999. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft14039911.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciência saúde coletiva. 2010, vol. 15, pp. 959-966. ISSN 1413-8123.

DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. *Aborto e razão pública: o desafio da anencefalia no Brasil*. Revista Mandrágora “Gênero, Religião e Políticas Públicas”, 2007, nº 13, Ano XIII, pp. 22 – 32. Disponível em: <<http://www.metodista.br/ppc/netmal-in-revista/netmal03/aborto-e-razao-publica-o-desafio-da-anencefalia-no-brasil/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil*. Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 440, mai-ago/2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/aborto\\_suprema\\_brasil.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/aborto_suprema_brasil.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIP, Andréa. *Com 1 milhão de abortos por ano, mulheres pobres ficam à margem da lei*. 17/09/2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/com-1-milhao-de-abortos-por-ano-mulheres-pobres-ficam-a-margem-da-lei,0401571f0cd21410VqnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. *Aborto – implicações na vida e saúde das mulheres e dilemas éticos no atendimento ao aborto previsto em lei*. VII Congresso Brasileiro de Enfermagem Obstetrícia e Neonatal. I Congresso Internacional de Enfermagem Obstetrícia e Neonatal. 2011. Disponível em: <[http://www.redesindical.com.br/abenfo/viicobeon\\_icieon/mesas/16.pdf](http://www.redesindical.com.br/abenfo/viicobeon_icieon/mesas/16.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais*. In: MAIA, Mônica Bara. *O direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, pp. 67-104.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

ÉBOLI, Evandro. *Dilma enfrenta lobby religioso para vetar projeto que dá assistência a vítimas de estupro*. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/dilma-enfrenta-lobby-religioso-para-vetar-projeto-que-da-assistencia-vitimas-de-estupro-9118345>>. Último acesso em: 28/02/2014.

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia*. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063091.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Entre o científico e o confessional*. 14/03/2009. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/suplementos/not\\_sup338981,0.htm](http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup338981,0.htm)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *STF retoma audiência pública sobre fetos anencéfalos*. 27/08/2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,stf-retoma-audiencia-publica-sobre-fetos-anencefalos,231870,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. *O drama do aborto: em busca de um consenso*. Campinas: Komedi, 2004.

FEGHALI, Jandira. *Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 205-219.

FERNANDES, Ana Sofia. *O porquê dos temas da Saúde Sexual e Reprodutiva de Jovens. Uma questão de direitos humanos e desenvolvimento sustentável*. 2005. Disponível em: <<http://www.redejovensigualdade.org.pt/documenta/PorquedosTemasdaSaudeSexual.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105-113.

FERREIRA, Elisa. *Evolução do número de interrupções voluntárias da gravidez (IVG) na Europa*. 2007. Disponível em: <<http://www.esquerda.net/media/abortoEuropa.ppt>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FERREIRA, Natália Braga. *Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy*. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. n. 2 (2010). Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290/1853>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FOLHA ONLINE. *Drauzio defende legalização do aborto em sabatina na Folha*. 22/03/2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u68004.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014

FREIRE, Nilcéa. *Aborto seguro: um direito das mulheres?* *Cienc. Cult.* [online]. 2012, vol. 64, n. 2, pp. 31-32. ISSN 0009-6725. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a13v64n2.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FREITAS, Carolina. *Serra: descriminalizar aborto liberaria “carnificina”*. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,serra-descriminalizar-aborto-liberaria-carnificina,569911,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Concordância com questões relativas ao aborto*. 2006a. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/concordancia-com-questoes-relativas->>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Razões para realizar o aborto*. 2006b. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/razoes-para-realizar-o-aborto>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GALLUCCI, Mariângela. *Aborto de anencéfalos vai passar por 11 a 0*. 29/08/2008. Disponível em: <<http://www.ccr.org.br/noticias-detalle.asp?cod=4050>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GARCIA, Daniel Melo. *Abortamento, uma realidade social: abordando juridicamente aspectos históricos, econômicos e sociais para a possibilidade da desjurisdicionalização e a descaracterização do aborto como prática delitiva*. XI Revista do CEPEJ, Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009, pp. 129-140. Disponível em: <<http://www.direito.ufba.br/publicacoes/Revista%20do%20CEPEJ%20-%20N%2011.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GARCIA, Marcelo. *Consenso para quê?* 2013. Disponível em: <<http://saudeglobal.org/2013/07/31/consenso-para-que/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Em defesa da vida, o aborto*. Clubjus, Brasília/DF. 15/10/2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32494>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. *A Lei nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado*. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11373](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373)>. Último acesso em: 28/02/2014.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; BEVILACQUA, Helga Lutzoff; LAPA, Thaís de Souza. *Aborto e Religião nos Tribunais brasileiros – análise dos dados referentes a casos de anencefalia e má formação fetal julgados pelos tribunais estaduais e superiores no período de 2001 a 2006*. Comissão de Cidadania e Reprodução. Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva. Instituto para a Promoção da Equidade. 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/anencefalia\\_ma\\_formacao\\_08092008.PDF](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/anencefalia_ma_formacao_08092008.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

GONDIM, Elnôra; RODRIGUES, Osvaldino Marra. *John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações*. Diversa, Ano 1, nº 2, pp. 131-146, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1\\_artigo08\\_Elnora\\_Gondim.PDF](http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

GUARAGNI, Fábio André. *Concretização da liberdade individual e autonomia moral do homem na disponibilidade sobre o próprio corpo e a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. In: Revista Jurídica, Unicuritiba, v.1, n. 30, pp. 341-359, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/576/446>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GUEDES, Néviton. *A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. 05/11/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#ftnref4>>. Último acesso em: 28/02/2014.

GUERREIRO, Gabriela. *Aborto no começo da gravidez é vetado por relator do Código Penal*. 22/08/2013. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/22-08-2013fsp\\_abortonocomecodagravidezvetadoporrelatordocodigopenal.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/22-08-2013fsp_abortonocomecodagravidezvetadoporrelatordocodigopenal.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUIMARÃES, Saulo Pereira. *Petição online reúne 120 mil contra Estatuto do Nascimento*. 10/06/2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/peticao-reune-120-mil-contra-estatuto-do-nascituro>>. Último acesso em: 28/02/2014

HADDAD, Tathiana Machado Araújo. *Diplomacia pública: a política externa brasileira e as ONGs na Conferência de Beijing (1995)*. Orientadora: Letícia de Abreu Pinheiro. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Instituto de Relações Internacionais, 2007, Capítulo 4. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/10180/10180\\_5.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/10180/10180_5.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

HAJE, Lara. *Projeto tipifica como crime o auxílio ao aborto e o anúncio de meio abortivo*. 22/07/2013. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/22-07-2013agenciacamara\\_projetotipificacomocrimeoauxilioaoaborto.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/22-07-2013agenciacamara_projetotipificacomocrimeoauxilioaoaborto.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

IBGE. *Curiosidades: Brasil tem mais mulheres*. 2013. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/curiosidades/brasil-tem-mais-mulheres>>. Último acesso em: 28/02/2014.

IBOPE/CDD. *86% dos católicos discordam da excomunhão de mulheres que recorrem ao aborto*. Disponível em: <<http://catolicasonline.org.br/ExibicaoNoticia.aspx?cod=554>>. Último acesso em: 28/02/2014.

IBOPE. *Majoria Católica não concorda com privilégios à Igreja*. 2009. Disponível em: <<http://catolicasonline.org.br/ExibicaoNoticia.aspx?cod=525>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Para 78% dos católicos, excomunhão por aborto não contribui para diminuir a prática*. 2009. Disponível em: <<http://www.overbo.com.br/portal/2009/09/29/ibope-para-78-dos-catolicos-excomunhao-por-aborto-nao-contribui-para-diminuir-a-pratica/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa IBOPE/CDD indica que a maioria da população brasileira acredita que nenhuma mulher pode ser obrigada a ser mãe*. 2010. Disponível em: <<http://www.catolicasonline.org.br/pesquisas/conteudo.asp?cod=3325>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Temas ligados ao comportamento das pessoas e a posição da Igreja Católica*. 2006/2007, pp. 19-24. Disponível em: <[http://www4.ibope.com.br/opiniao\\_publica/downloads/opp008\\_cdd\\_mai07.pdf](http://www4.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp008_cdd_mai07.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

ISAIA, Cristiano Becker; CARPES, Alessandra Barcelos. *O retorno à discussão entre Direito e Moral: a moralidade como legitimadora do Direito*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria/RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/filosofia-juridica/direito-moral.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

JORNAL DA CNTS. *Informativo da Confederação Nacional dos Trabalhadores*. Julho/Agosto de 2008. Disponível em:

<<http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/JornalCNTSJulhoAgosto2008.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

JORNAL DO SENADO. *Relatório do Código Penal mantém aborto como crime*. 21/08/2013. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/24-07-2013conjur\\_projetodeestatutodonascituroinviabilizapesquisacomcelulas-tronco.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/24-07-2013conjur_projetodeestatutodonascituroinviabilizapesquisacomcelulas-tronco.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade: proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUSKOSKI, Matheus. *Justificação pública em John Rawls: o papel do consenso sobreposto e da razão pública*. Anais do III Congresso Internacional de Filosofia Moral e Política: Ação, justificação, legitimidade. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011. Disponível em: <<http://iiicifmp.ufpel.edu.br/anais/2/cdrom/mesas/mesa11/06.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

LACERDA, Muriqui. *Extremismo religioso e hipocrisia*. 09/10/2010. Disponível em: <<http://muriqui-lacerda.blogspot.com/2010/10/extremismo-religioso-e-hipocrisia.html>>. Último acesso em: 28/02/2014

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LAURIA, Thiago. *Tipicidade e moralidade do aborto*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/cursos/curso.asp?id\\_curso=1085](http://www.jurisway.org.br/cursos/curso.asp?id_curso=1085)>. Último acesso em: 28/02/2014.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O direito à liberdade e à vida e a interrupção da gravidez por malformação fetal*. Trabalho apresentado para a disciplina “Bioética e Constituição”, ministrada pela Profa. Maria Cláudia Crespo Brauner, em novembro de 1999, no âmbito do Curso de Mestrado em Direito - UNISINOS/RS. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_revista\\_trf/emagis\\_odireitoaliberdade.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoaliberdade.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Agências reguladoras e democracia no Brasil: entre facticidade e validade*. Orientador: José Maria Gómez. Dissertação (Mestrado) Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2008, Capítulo 3. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/12451/12451\\_4.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/12451/12451_4.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

LIMA, José Antônio. *Quem é a mulher que aborta?* 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG83220-6014-518,00-QUEM%2BE%2BA%2BMULHER%2BQUE%2BABORTA.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

LJUNGGREN, David. *Ativista canadense pró-aborto Henry Morgentaler morre aos 90 anos.* 29/10/2013. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRSPE94S08620130529>>. Último acesso em: 28/02/2014.

LOPES, Adriana Dias. *Aborto: a realidade dos consultórios.* 28/02/2009. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/280109/p\\_068.shtml](http://veja.abril.com.br/280109/p_068.shtml)>. Último acesso em: 28/02/2014.

LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao aborto e liberdades laicas.* Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 185-201, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

LUIZ, Carmen Lucia. *Mulheres em situação de abortamento: um olhar sobre o acolhimento.* In: In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos.* São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 101-110.

LUNA, Naara. *O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico.* Relig. soc. [online]. 2013, vol.33, n.1, pp. 71-97. ISSN 0100-8587. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rs/v33n1/a05v33n1.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MACEDO, Edir. *Ainda sobre o aborto.* 13/10/2008. Disponível em: <<http://www.bispomacedo.com.br/2008/10/13/ainda-sobre-o-aborto/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MACIEL, Everton Miguel Puhl. *A questão do aborto em Ronald Dworkin.* Seara Filosófica. N. 4, Verão, 2011, pp. 29-44. ISSN 2177-8698. Disponível em: <<http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/547/576>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MAGGI, Lectícia. *Aborto mata 250 mulheres por ano no Brasil.* 2010. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/aborto+mata+250+mulheres+por+ano+no+brasil/n1237620888275.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MANO, Maíra Kubík. *Aborto ilegal é 300 vezes mais perigoso para a mulher que o legal.* 2010a. Disponível em: <[http://operamundi.uol.com.br/reportagens\\_especiais\\_ver.php?idConteudo=6972](http://operamundi.uol.com.br/reportagens_especiais_ver.php?idConteudo=6972)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Tabu no Brasil, aborto é menos restrito na maioria dos países.* 2010b. Disponível em: <[http://operamundi.uol.com.br/reportagens\\_especiais\\_ver.php?idConteudo=6968](http://operamundi.uol.com.br/reportagens_especiais_ver.php?idConteudo=6968)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Veja as restrições legais ao aborto em cada país*. 2010c. Disponível em: <[http://operamundi.uol.com.br/reportagens\\_especiais\\_ver.php?idConteudo=6974](http://operamundi.uol.com.br/reportagens_especiais_ver.php?idConteudo=6974)>. Último acesso em: 28/02/2014.

MARTINOTTO, Fernanda. *O STF e a pesquisa em células-tronco embrionárias: uma análise a partir da ADI 3510*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 241-263, vol.1, 2010, ISSN 1678 – 2933. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/view/425/346>>. Último acesso em:

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva. *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. Coimbra: Almedina, 2010.

MAYER, Marcus. *Para as mulheres, com carinho*. 2009. Disponível em: <<http://marcus-mayer.com/blog/2009/03/08/para-as-mulheres-com-carinho/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MAZZINI, Leandro. *Dilma pode sancionar lei que legaliza o aborto*. 2013. Disponível em: <<http://colunaesplanada.blogosfera.uol.com.br/2013/07/10/dilma-pode-sancionar-lei-que-legaliza-o-aborto/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MELLO, Kátia. *O aborto influenciará seu voto?* 2010. Disponível em: <<http://colunas.epoca.globo.com/mulher7por7/2010/10/06/a-questao-do-aborto-influenciara-o-seu-voto/>> Último acesso em: 28/02/2014.

MELLO, Paulo Renato de. *A ineficácia da criminalização do aborto no Brasil contemporâneo: uma defesa da prática irrestrita*. Orientador: Jonas Modesto de Abreu. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. Monografia (Graduação). 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Paulo%20Renato%20de%20Mello.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Vannildo. *Questão [do aborto] é “inegociável”, diz CNBB a Dilma*. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,questao-e-inegociavel-diz-cnbb-a-dilma-,837036,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MENEZES, Greice; AQUINO, Estela M. L. *Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25 Supl. 2: S193-S204, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25s2/02.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MIGUEL, Luis Felipe. *Aborto e democracia*. Revista de Estudos Feministas [online]. 2012, vol. 20, n. 3, pp. 657-672. ISSN 0104-026X. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n3/04.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino. *Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais*. Orientadora: Aline Albuquerque. Monografia (Graduação). Brasília: Centro Universitário de Brasília. 2007. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/733/642>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MORENO, Rachel. *Aborto na Web*. 2011. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4144&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=4144&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *A realidade do aborto no Brasil*. 2012. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6115&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=6115&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *As mulheres merecem ser presas?* 2013a. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6495&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=6495&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *CFP E SBPC pedem descriminalização do aborto no Brasil*. 2013b. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=8133&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=8133&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Rede Feminista Saúde X CPI Aborto*. 2013c. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=445&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=445&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Sobre o aborto e a reforma do Código Penal*. 2013d. Disponível em: <[http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6654&Itemid=101](http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=6654&Itemid=101)>. Último acesso em: 28/02/2014.

MOURA, Ana Lúcia; BRAGA, Juliana. *Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto*. 31/05/2010. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MOVIMENTO DE MULHERES DO BRASIL. *Sobre o Estatuto do Nascituro: carta à Comissão de Finanças e Tributação*. Disponível em: <<http://www.catolicas.org.br/noticias/conteudo.asp?cod=3723>>. Último acesso em: 28/02/2014.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NAHRA, Cinara Maria Leite. *Uma defesa moral do aborto*. Princ. Natal, ano 3, n. 4, p. 72-85, jan/dez 1996. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?q=http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5\\_3\\_2002.pdf](http://www.google.com.br/url?q=http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5_3_2002.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

NASCIMENTO FILHO, João Batista do. *A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto*. Curitiba: Juruá, 2013.

NÉRI, Felipe. *Comissão dá aval para entidades religiosas questionarem leis no STF*. 27/03/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/comissao-da-aval-para-entidades-religiosas-questionarem-leis-no-stf.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

NITAHARA, Akemi. *Protesto contra Estatuto do Nascituro reúne jovens em Copacabana*. 15/06/2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-15/protesto-contr-estatuto-do-nascituro-reune-jovens-em-copacabana>>. Último acesso em: 28/02/2014.

NUBLAT, Johanna; NALON, Tai. *Dilma oficializa sanção à lei que dá garantias a vítima do estupro*. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1320124-dilma-oficializa-sancao-a-lei-que-da-garantias-a-vitima-do-estupro.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional*. Orientador: Adriano Pilatti. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2012a, Capítulo 4. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432\\_2012\\_cap\\_5.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432_2012_cap_5.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *A Constituição da Mulher Brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional*. Orientador: Adriano Pilatti. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2012b, Capítulo 5. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432\\_2012\\_cap\\_6.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432_2012_cap_6.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *A Constituição da Mulher Brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional*. Orientador: Adriano Pilatti. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2012c, Capítulo 6. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432\\_2012\\_cap\\_7.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432_2012_cap_7.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *A Constituição da Mulher Brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional*. Orientador: Adriano Pilatti. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2012d, Capítulo 7. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432\\_2012\\_cap\\_8.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0721432_2012_cap_8.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

OLIVEIRA, Mariana. *Ministra do STF rejeita libertação de homem que vendia abortivo pela web*. 2013. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/10/ministra-do-stf-rejeita-libertacao-de-homem-que-vendia-abortivo-pela-web.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

OLIVEIRA, Patrícia Fernandes de. *Aborto: argumentos contrários e favoráveis*. Orientador: Sandro de Souza Ferreira. Monografia (Graduação). Novo Hamburgo: Centro Universitário FEEVALE, 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/733/642>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Abortamento Seguro: Orientação Técnica e de Políticas para os Sistemas de Saúde*. 2003. Disponível em: <[http://www.iwhc.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3072&Itemid=751](http://www.iwhc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=3072&Itemid=751)>. Último acesso em: 28/02/2014.

PACHECO, Eliana Descovi. *O aborto e sua evolução histórica*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PAIXÃO, Ivan. *Aborto: aspectos da legislação brasileira*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 189-204.

PEREIRA, Matheus Bevilacqua Campelo. *O positivismo conceitual de Hans Kelsen e o neojusnaturalismo finissiano: um debate em torno da justiça*. Orientador: Adrian Sgarbi. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Departamento de Direito, 2010. Capítulo 3. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17122/17122\\_4.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17122/17122_4.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

PERPÉTUO, Grace. *Professores da UnB recebem premiação inédita por pesquisa sobre aborto no Brasil*. 18/09/2012. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7059>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PINTO, Davi Souza de Paula. *Aborto: Efeitos da proibição e as principais justificativas para a legalização*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2947](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2947)>. Último acesso em: 28/02/2014.

PIRES, Thomaz. *Aborto ficará fora da pauta do Congresso em 2010*. 11/01/2010. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2010/01/11/aborto-ficara-fora-da-pauta-do-congresso-em-2010/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PITANGUY, Jacqueline. *Ética e lei: aborto e o direito das mulheres*. *Jornal do Brasil*, 03/05/2008, Vida, p. A24. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/aborto\\_dir\\_mulheres.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/aborto_dir_mulheres.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

POMPEU, Carolina. *CCJ aprova admissibilidade de PEC que autoriza entidade religiosa a questionar lei no STF*. 27/03/2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/438702-CCJ-APROVA-ADMISSIBILIDADE-DE-PEC-QUE-AUTORIZA-ENTIDADE-RELIGIOSA-A-QUESTIONAR-LEI-NO-STF.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PORTAL G1. *Aborto internou 1,2 milhão de mulheres desde 2002*. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL44773-5603,00.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Mulheres mais velhas e com filhos são as que mais fazem aborto, diz pesquisa*. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL450541-5598,00-MULHE-RES+MAIS+VELHAS+E+COM+FILHOS+SAO+AS+QUE+MAIS+FAZEM+ABORTO+DIZ+PESQUISA.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Remédio abortivo é vendido ilegalmente pela internet*. 2009a. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1391218-5598,00-REMEDIO+ABORTIVO+E+VENDIDO+ILEGALMENTE+PELA+INTERNET.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Saiba o que Dilma, Serra e Marina já disseram sobre o aborto*. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/saiba-o-que-dilma-serra-e-marina-ja-disseram-sobre-o-aborto.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Site internacional oferece para brasileiros abortivo proibido no Brasil*. 2009b. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1394104-5598,00-SI-TE+INTERNACIONAL+OFERECE+PARA+BRASILEIROS+ABORTIVO+PROIBIDO+NO+BRASIL.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PORCIUNCULA, Marcelo do Nascimento Silva. *A democracia no pensamento de Hans Kelsen: pressupostos e condições de sua realização*. Tese (Doutorado). Orientador: Prof. Dr. Adrian Varjão Sgarbi. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Departamento de Direito, 2009. Capítulo 4. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/15781/15781\\_5.PDF](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/15781/15781_5.PDF)>. Último acesso em: 28/02/2014.

PORTO, Rozeli Maria. *“Aborto Legal” e o “Cultivo ao Segredo”: Dramas, Práticas e Representações de Profissionais de Saúde, Feministas e Agentes Sociais no Brasil e em Portugal*. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92987/272552.pdf?sequence=1>>. Último acesso em: 28/02/2014.

PRADO, Débora. *Para organizações da sociedade civil, Estado Laico está ameaçado*. 20/06/2013. Disponível em: <[http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3980:pa](http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3980:pa)>

ra-organizacoes-da-sociedade-civil-estado-laico-esta-ameacado&catid=213:noticias-e-eventos&Itemid=148>. Último acesso em: 28/02/2014.

PRAGMATISMO POLÍTICO. *Proposta que enterra o Estado Laico no Brasil pode ser aprovada na Câmara.* 27/03/2013. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/proposta-enterra-estado-laico-brasil.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

RABAHIE, Júlia. *Religião e conservadorismo impedem avanço no debate sobre aborto no Brasil.* 2012. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/09/descriminalizacao-do-aborto-no-uruguai-deve-nos-orientar-dizem-movimentos-feministas>>. Último acesso em: 28/02/2014.

RACHELS, James. *Moral, aborto e religião.* Excerto retirado de *Elementos de Filosofia Moral*, de James Rachels (Lisboa: Gradiva, 2004). Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Disponível em: <[http://criticanarede.com/eti\\_moralereligiao.html](http://criticanarede.com/eti_moralereligiao.html)>. Último acesso em: 28/02/2014.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Direito Penal que criminaliza aborto não serve à sociedade.* Revista Consultor Jurídico, 4 de julho de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-04/direito\\_penal\\_criminaliza\\_aborto\\_nao\\_serve\\_sociedade](http://www.conjur.com.br/2008-jul-04/direito_penal_criminaliza_aborto_nao_serve_sociedade)>. Último acesso em: 28/02/2014.

RATZINGER, Joseph. “O homem desceu até o fundo do poço do poder, até a fonte de sua própria existência”. In: Folha de São Paulo. 24 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2404200509.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

REIS, Rafael. *Uruguai: em um ano, 6.676 abortos seguros foram realizados e nenhuma morte registrada.* 25/02/2014. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/34136/uruguai+em+um+ano+6.676+abortos+seguros+foram+realizados+e+nenhuma+morte+registrada.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. *Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido: o caso da anencefalia.* Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Departamento de Psicologia, 2008. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/25/TDE-2008-05-28T11:10:21Z-5458/Publico/Flavia%20Regina%20Guedes%20Ribeiro.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/25/TDE-2008-05-28T11:10:21Z-5458/Publico/Flavia%20Regina%20Guedes%20Ribeiro.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

RIBEIRO, Lúcia. *A interrupção voluntária da gravidez: Questões em aberto no interior da Igreja Católica.* Cadernos IHU em formação (Instituto Humanitas Unisinos). Aborto: interfaces históricas, sociológicas, jurídicas, éticas e as consequências físicas e psicológicas para a mulher. São Leopoldo/RS. número 25. 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/137103134/025cadernosihuemformacao-pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

RODRIGUES, Paloma. *Seis capitais terão marchas contra o Estatuto do Nascituro*. 14/06/2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/marchas-contr-o-estatuto-do-nascituro-acontecem-por-todo-o-pais-284.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ROMANZOTI, Natasha. *Fazer abortos pode ser uma escolha moral, sugerem médicos*. 2012. Disponível em: <<http://hypescience.com/fazer-abortos-pode-ser-uma-escolha-moral-sugerem-medicos/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ROSADO-NUNES, Maria José. *Aborto, maternidade e dignidade da vida das mulheres*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 23-42.

\_\_\_\_\_. *O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas*. *Cienc. Cult.* [online]. 2012, vol. 64, n.2, pp. 23-31. ISSN 0009-6725. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a12v64n2.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

ROSCOE, Alessandra; Z Aidan, Patrícia. *As leis de aborto no Brasil e no mundo*. 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/leis\\_aborto.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/leis_aborto.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

SALATIEL, José Renato. *Aborto: a ética e a interrupção da gravidez*. 2010. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/aborto-a-etica-e-a-interrupcao-da-gravidez.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SANTIAGO, Ricardo Cabral. *Saúde da mulher e aborto*. In: MAIA, Mônica Bara. *O direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, pp. 29-42.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 117-180.

\_\_\_\_\_. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 95-137.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. *Boletim Científico, ESMPU, Brasília*, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SASSINE, Vinícius. *Abortos resultam em 10% dos casos de mortalidade de mães*. 2010. Disponível em: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/06/interna\\_brasil,211655/index.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/06/interna_brasil,211655/index.shtml)>. 2010. Último acesso em: 28/02/2014.

SEGRE, Marco. *Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida*. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, pp. 43-60.

SELIGMAN, Felipe. *A CNBB condena plebiscito sobre o aborto*. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u91109.shtml>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SENADO. *Senadoras e senadores em exercício ordenados por seus nomes*. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SILVA FILHO, Manoel Bernardino da. *Do aborto: hipóteses de antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia*. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis. Outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/tiagoeurlac/artigo-para-trabalho-de-direito-2b-log>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SILVA, Rosane. *Pela vida das mulheres: legalizar o aborto!* 28/09/2013. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/content/pela-vida-das-mulheres-legalizar-o-aborto>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SILVEIRA, Denis Coutinho. *A justificação por consenso sobreposto em John Rawls*. PHILÓSOPHOS 12 (1): 11-37, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/4764/4405>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOARES, Evanna. *A norma jurídica em Kelsen: concepção de sanção na norma primária e na norma secundária*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3269>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOARES, Vinícius Batista. *Breves considerações acerca da problemática que envolve a aplicação da jurisprudência de valores*. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 80, p.88-107, ago./set., 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_80/artigos/PDF/Vin%EDciusBatista.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_80/artigos/PDF/Vin%EDciusBatista.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOUSA, Teresinha Gomes Sales. *Aborto voluntário? Visão ética, jurídica e religiosa*. 2002. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?q=http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5\\_3\\_2002.pdf](http://www.google.com.br/url?q=http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5_3_2002.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOUZA, Ana Luiza da Gama e. *Moral e comunidade em Ronald Dworkin*. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.4, n.2, p.1-152, out.2011/mar.2012. Disponível em: <[http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/moral\\_e\\_comunidade\\_em\\_ronald\\_dworkin.pdf](http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/moral_e_comunidade_em_ronald_dworkin.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOUZA, Josias de. *Avança na Câmara projeto que dá a entidades religiosas poderes para questionar leis no STF*. 28/03/2013. Disponível em: <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2013/03/28/avanca-na-camara-projeto-que-da-a-entidades-religiosas-poderes-para-questionar-leis-no-stf/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. *O aborto e sua antijuridicidade*. São Paulo: Lejus, 1997.

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. *Estatuto do Nascituro proíbe pesquisas com células-tronco*. 27/07/2013. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/24-07-2013conjur\\_projetodeestatutodonascituroinviabilizapesquisacomcelulas-tronco.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/24-07-2013conjur_projetodeestatutodonascituroinviabilizapesquisacomcelulas-tronco.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.

TESTA, Fernando Gregianin. *Fé de Habermas e descrença de Ratzinger: ciências naturais e estado entre conservadorismo e modernização*. In: X Simpósio da Associação Brasileira de História das Religiões. GP Ortodoxias e fundamentalismos. Assis, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.abhr.org.br/wp-content/uploads/2008/12/testa-fernando.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

THOMAS, Paula. *Pelo direito de escolha*. 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/pelo-direito-de-escolha/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

TOLEDO, Karina. *Curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, revela estudo*. 2010a. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo,580854,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Uma em cada cinco mulheres de 40 anos fez aborto*. 2010b. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100522/not\\_imp554999,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100522/not_imp554999,0.php)>. Último acesso em: 28/02/2014.

TÔRRES, Renata. *Deputados propõem criação de CPI do Aborto*. 25/04/2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/441118-DEPUTADOS-PROPOEM-CRIACAO-DE-CPI-DO-ABORTO.html>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VALERI, Amanda; FREITAS, Carolina. *Relator diz que não há “pessoa humana embrionária”*. 05/05/2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,relator-diz-que-nao-ha-pessoa-humana-embrionaria,135391,0.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VARELLA, Dráuzio. *Aborto e ética*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/abortamento-e-etica/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *A questão do aborto*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>. Último acesso em: 28/02/2014

\_\_\_\_\_. *Entrevista com o Dr. Mário Burlacchini*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/abortos-espontaneos/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Tomemos a sério o princípio do Estado laico*. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VERARDO, Maria Tereza; SOUZA, Maria Jucinete de. *Aborto: Interrupção voluntária da gravidez*. Disponível em: <<http://www.mulheres.org.br/documentos/aborto.pdf>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VIANA, Francisco José Machado. *Serviços de atendimento ao aborto legal*. In: MAIA, Mônica Bara. *O direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, pp. 171-190.

VIANNA, Túlio. *Aborto: em defesa de qual vida?* 2009. Disponível em: <<http://tuliovianna.org/2009/09/28/aborto-em-defesa-de-qual-vida/>>. Último acesso em: 28/02/2014.

\_\_\_\_\_. *Legalizar o aborto*. 2010. Disponível em: <[http://www.revistaforum.com.br/noticias/2010/09/27/legalizar\\_o\\_aborto/](http://www.revistaforum.com.br/noticias/2010/09/27/legalizar_o_aborto/)>. Último acesso em: 28/02/2014

VIEIRA JÚNIOR, Luiz Augusto Mugnai. *A problemática da ilegalidade do aborto no Brasil (1990 – 2010): Entre a condenação moral religiosa, a criminalização e o direito à saúde, onde ficam as mulheres?* Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em História. Marechal Cândido Rondon, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92987/272552.pdf?sequence=1>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VIEIRA, Humberto L. *Aspectos políticos do aborto no Brasil*. 2001. Disponível em: <<http://www.acidigital.com/vida/aborto/aspectosp.htm>>. Último acesso em: 28/02/2014.

VILLELA, Wilza Vieira; BARBOSA, Regina Maria. *Aborto, saúde e cidadania*. São Paulo: Unesp, 2011.

WALDRON, Jeremy. *Derechos y Desacuerdos*. Traducción: José Luis Martí y Agueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 305-372.

WEBER, Thadeu. *Autonomia e consenso sobreposto em Rawls*. Revista Ethic@. Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 131-153, Dez. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2011v10n3p131/21556>>. Último acesso em: 28/02/2014.

WEIRICH, Prisciana. *O direito da mulher e o aborto*. 2006. Disponível em: <[http://www.univates.br/files/files/univates/graduacao/direito/O\\_DIREITO\\_DA\\_MULHER\\_E\\_O\\_ABORTO.pdf](http://www.univates.br/files/files/univates/graduacao/direito/O_DIREITO_DA_MULHER_E_O_ABORTO.pdf)>. Último acesso em: 28/02/2014.