



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

DIREITO DO ESTADO

JULIANE FRANÇA BARBOSA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO
VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO REALIZADA ATÉ O
PRIMEIRO TRIMESTRE, COM BASE NO
JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 124.306/RJ**

Salvador

2018

JULIANE FRANÇA BARBOSA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO
VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO REALIZADA ATÉ O
PRIMEIRO TRIMESTRE, COM BASE NO
JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 124.306/RJ**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito do Estado.

Salvador

2018

JULIANE FRANÇA BARBOSA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO
VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO REALIZADA ATÉ O
PRIMEIRO TRIMESTRE, COM BASE NO
JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 124.306/RJ**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018.

RESUMO

À luz dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, propõe-se a analisar a criminalização do aborto no Brasil como um desdobramento da influência de valores morais e religiosos na legislação, o que se revela como fruto da sociedade patriarcal e do poder da igreja católica, resultando na violação de alguns direitos de titularidade da mulher. Tal situação fática primeiramente fere os princípios da laicidade do Estado, da liberdade de consciência e da liberdade de religião. Por outro lado, a fim de esclarecer alguns fatores incidentes sobre essa temática, aborda-se a proteção jurídica do nascituro e seus aspectos circundantes, que englobam algumas considerações sobre o início da vida, destacando-se as teorias existentes na doutrina a respeito do assunto, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Comprovando-se a magnitude da problemática do aborto, apresenta-se o arcabouço jurídico internacional de proteção dos direitos da mulher, por meio de documentos oriundos de conferências e convenções realizadas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), tais como a III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Baseando-se em recente decisão do STF, exarada no Habeas Corpus nº 126306, defende-se a interpretação conforme a Constituição dos artigos que tipificam o aborto no Código Penal, concluindo-se pela descriminalização da interrupção da gravidez provocada no primeiro trimestre, com base na primazia dos direitos fundamentais relativos à liberdade, autonomia, reprodução e integridade psicofísica da mulher.

Palavras-chave: Constituição. Direitos fundamentais. Aborto. Laicidade. Liberdade. Mulher.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 LAICIDADE DO ESTADO E LIBERDADE RELIGIOSA.....	9
3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	16
4 A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO NO BRASIL	23
5 JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 124.306/RJ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E O VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO	32
6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
7 VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DA MULHER	46
8 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER.....	52
8.1 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À PRIVACIDADE, À LIBERDADE E À AUTONOMIA.....	53
8.2 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS.....	56
8.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO	58
8.4 VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA.....	61
8.5 VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	62
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que acompanha o desenvolvimento da sociedade, o que necessariamente enseja diversas modificações ao longo do tempo, a bem de contemplar o advento de novos arranjos e demandas sociais.

Afora as discussões e questionamentos que se travam acerca do real caráter científico da ciência jurídica, não se pode negar que a persecução do maior nível de objetividade e neutralidade possível deve imperar como objetivo primário, tanto do legislador, quanto do aplicador do Direito. O Estado não pode estar a serviço de interesses majoritários, que, no fundo, apenas revelam a perpetuação de velhas práticas, tais como o preconceito e a discriminação. Pelo contrário, o Estado deve açambarcar a responsabilidade de garantir que em todas as esferas de seu domínio, sejam observados os direitos e garantias da coletividade, do ponto de vista de sua universalidade.

Assim, o interesse pela abordagem de um tema polêmico como o aborto, surge da necessidade de se discutir as consequências reais da confusão entre o público e o privado, bem como da interferência negativa dos valores religiosos nos assuntos de interesse público, a fim de demonstrar o equívoco que surge do distanciamento da objetividade acima aludida.

Nesse sentido, o problema do presente estudo insere-se justamente na busca da superação da visão obsoleta que circunda a temática do aborto, a qual é tão nociva, a ponto de continuar tratando-o como uma questão criminal e não como um (grave) problema de saúde pública.

Frise-se que defender um possível direito ao aborto não é o objetivo deste estudo, pois tal desiderato fugiria completamente do cerne da discussão, que é a violação a direitos fundamentais da mulher. Dessa forma, à luz destes direitos consagrados na Constituição Federal, busca-se apresentar os fatores que justificam a descriminalização da interrupção voluntária da gestação realizada no limite do primeiro trimestre, como uma possível forma de sopesar os interesses da mulher e do nascituro.

Para tanto, este trabalho foi dividido em oito capítulos, de forma a condensar os principais aspectos que envolvem a temática do aborto, sem desprezar, no entanto, o aspecto

histórico, considerado de suma importância na explanação de qualquer assunto.

No segundo capítulo, apresenta-se o arcabouço histórico e jurídico dos princípios da laicidade do Estado e da liberdade religiosa, demonstrando-se o caráter nocivo da criminalização do aborto frente a eles.

No capítulo seguinte, adentra-se na questão da criminalização do aborto no ordenamento jurídico nacional, apontando-se alguns aspectos que influenciaram tal concepção.

No quarto capítulo, expõe-se a tutela jurídica conferida ao nascituro na legislação nacional, abordando-se as teorias acerca do início da vida e da personalidade jurídica do feto, tais como as teorias natalista, concepcionista e condicionalista.

Após, optou-se por abordar o julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, ocorrido no Supremo Tribunal Federal, que, tanto deu origem ao interesse pela presente pesquisa, quanto a fundamentou. Nesse ponto, destaca-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, em razão da vultosidade das fundamentações apresentadas.

Em seguida, no capítulo sexto, faz-se um breve retrospecto acerca da teoria dos direitos fundamentais, tendo em vista que a violação destes é a base para a consideração da descriminalização do aborto como medida não só possível, como urgente.

No capítulo sétimo, aborda-se a persistência da criminalização do aborto, em que pese o variado arcabouço internacional dos direitos da mulher, representado notadamente pela III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, bem como pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

No último capítulo, trata-se da inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação realizada até a 12ª semana, com fulcro na violação a direitos fundamentais da mulher, os quais são explicitados um a um nos subtópicos seguintes e englobam o direito à privacidade, liberdade e autonomia; os direitos sexuais e reprodutivos; o direito à igualdade e à não discriminação de gênero; o direito à integridade psicofísica e o direito à saúde.

Relacionadas as premissas citadas, conclui-se que o objetivo do presente trabalho é esclarecer a importância do respeito aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, o que, por certo não se coaduna com as visões ultrapassadas que insistem

em ignorar a proibição do aborto como uma realidade urgente de ser repensada.

2 LAICIDADE DO ESTADO E LIBERDADE RELIGIOSA

Em termos gerais, a modernidade representou uma verdadeira cisão entre o Estado e a Igreja. Isso porque, uma relação que era tão próxima no passado, teve que dar lugar a um contexto de valorização da liberdade dos indivíduos de se guiarem por suas próprias convicções religiosas, sem a interferência coercitiva do poder estatal. Tal mudança foi resultado da emergência do Estado Democrático de Direito, que se consolidou na Europa ao longo do século XIX, “com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais” (BARROSO, 2010, p. 278).

No Brasil, esse processo ocorreu de forma emblemática. O poder do Estado, representado inicialmente pela Coroa Portuguesa, era tão incisivo nesse campo, que, mesmo tendo sido formado por uma infinidade de povos, caracterizado pela forte miscigenação e logicamente pela presença de variadas crenças religiosas, o povo brasileiro conviveu todo o período colonial e imperial sob a égide da supremacia da Igreja Católica e o conseqüente silenciamento das outras manifestações religiosas.

Não por acaso, a Constituição do Império, de 1824, instituída “em nome da Santíssima Trindade”, previa expressamente em seu texto a instituição da Igreja Católica como religião oficial do governo imperial, legando às outras religiões a permissão apenas para o culto doméstico.¹

Como destaca Priscilla Nobre Rocha (2010, p. 12), o Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890 – responsável por proibir “a intervenção da autoridade federal e dos estados federados em matéria religiosa”, bem como consagrar a plena liberdade de cultos, é considerado um marco da desvinculação entre o Estado brasileiro e o catolicismo, doutrina que, até então, era a religião oficial do país, conforme o já citado artigo 5º da Constituição Imperial, e com referência, ainda, ao art. 103, que instituía a obrigatoriedade de o Imperador, antes de sua aclamação, jurar manter a religião católica apostólica

¹ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

romana.²

Em seguida, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em fevereiro de 1891, a ideia de laicidade estatal foi erigida ao *status* de norma constitucional, por meio da expressa vedação à União e aos Estados federados de estabelecerem, subvencionarem ou embaraçarem o exercício de cultos religiosos, conforme Artigo 11, §2º.³ Nesse ponto, faz-se necessário frisar que as Constituições posteriores mantiveram basicamente a mesma disposição – a Constituição de 1934, por meio do Artigo 17, incisos II e III; a Carta de 1937 em seu Artigo 32, alínea “b”; o Diploma Constitucional de 1946, através do Artigo 31, incisos II e III e a Constituição de 1967, por meio do Artigo 9º, inciso II.

A Constituição Federal de 1988, atualmente vigente no Brasil, como não poderia ser diferente, mantendo a concepção que, à época da Constituinte, já se encontrava arraigada, estabeleceu a laicidade como uma das características da organização do Estado, por meio do Artigo 19, inciso I.⁴

A instituição do Brasil como Estado laico no ordenamento jurídico nacional, portanto, resultou numa harmonização lógica com os ditames do regime democrático, bem como com os princípios republicanos, pois, na visão de Luis Felipe Miguel (2012, p. 03) “se a vontade do povo deve ser soberana, então não pode estar constrangida *a priori* pela necessidade de observância a regras dogmáticas de qualquer natureza.” Assim, tendo em vista a pluralidade religiosa nacional, qualquer violação à soberania popular “que não esteja logicamente vinculada à universalização das condições de seu exercício se coloca contra a democracia como forma de governo” (MIGUEL, 2012, p. 03).

² Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

³ Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: 1º) [...] 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

⁴ 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 público;

É preciso esclarecer, no entanto, que o conceito de laicidade que se defende nesse estudo, muito além de significar a neutralidade do Estado em relação à escolha de uma religião oficial, ou até mesmo no que tange ao estabelecimento de eventual proibição ou privilégio direcionado a alguma confissão, representa a necessidade precípua de distinção de espaços próprios e específicos para o poder político e para a fé separadamente, já que esta última faz parte do âmbito eminentemente privado de cada indivíduo. O poder político, por sua vez, por ser exercido pelo Estado no âmbito público, segundo o entendimento de Daniel Sarmiento (2005, p. 62) “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.”

Considerando que a laicidade estatal se justifica também em razão da pluralidade religiosa, é coerente afirmar que “a liberdade religiosa constitui um dos princípios fundamentais da laicidade” (ORO, 2011, p. 230). Isso porque, a nenhum indivíduo pode-se impor coercitivamente a prática de determinado credo, estando todas as pessoas livres tanto para exercerem a multiplicidade de crenças existentes, quanto para absterem-se de qualquer denominação religiosa.

Destacando-se o respeito à democracia e a imperiosa separação entre o interesse público, que eminentemente possui caráter universal, e as denominações religiosas, que fazem parte da esfera privada, pontua-se a contribuição do Ministro Marco Aurélio de Melo sobre o tema, exarada no julgamento da ADPF nº 3510/DF:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao constituir o país como um Estado

Democrático de Direito, consagrando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos como um de seus fundamentos, representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, trouxe a liberdade de consciência e de crença como um de seus baluartes, por meio do Artigo 5º, inciso VI, que preconiza: “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.” Além disso, o VIII do mesmo artigo estabelece que “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.”

No tocante ao reconhecimento da liberdade religiosa no âmbito internacional, tendo o Brasil como um dos países signatários, destaca-se a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu art. 18, estabelece o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião a todos os seres humanos, incluindo-se “a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.”

Como se percebe pelos dispositivos legais citados e até mesmo por uma imposição lógica, a noção de liberdade religiosa (ou de crença) está completamente ligada aos conceitos de liberdade de consciência e de pensamento. Isso ocorre porque independentemente de o indivíduo manifestar ou não uma determinada crença religiosa, esta primeiramente parte de sua própria consciência. Assim, mesmo que não houvesse a proteção à liberdade de crença de forma autônoma na Constituição Federal, este direito estaria fora da órbita de ingerência do Estado, pois é abarcado pelo direito à livre manifestação do pensamento, que está previsto no inciso IV do Artigo 5º da Constituição.

Além disso, considerando a pluralidade religiosa como uma derivação do princípio constitucional da liberdade de crença e tendo em vista o compromisso de se garantir a isonomia dentro dessa esfera plural, é preciso reconhecer que exigências que se baseiam em convicções religiosas e ideológicas próprias de um determinado grupo social, ainda que majoritário, em detrimento das razões públicas, jamais obterão legitimidade numa sociedade abertamente pluralista (SARMENTO, 2005, p. 63).

Enfatizando essa dimensão pluralista e ao mesmo tempo igualitária, Daniel Sarmento

(2007, p. 03) defende que o princípio da laicidade estatal, além de relacionar-se intimamente com o direito fundamental à liberdade religiosa, está diretamente ligado a um princípio de igual relevância, o da igualdade:

Em uma sociedade pluralista como a brasileira, em que convivem pessoas das mais variadas crenças e afiliações religiosas, bem como indivíduos que não professam nenhum credo, a laicidade converte-se em instrumento indispensável para possibilitar o tratamento de todos com o mesmo respeito e consideração. Neste contexto de pluralismo religioso, o endosso pelo Estado de qualquer posicionamento religioso implica, necessariamente, em injustificado tratamento desfavorecido em relação àqueles que não abraçam o credo privilegiado, que são levados a considerar-se como 'cidadãos de segunda classe'. Tais pessoas, como membros da comunidade política, são forçadas a se submeterem ao poder heterônomo do Estado, e este, sempre que é exercido com base em valores e dogmas religiosos, representa uma inaceitável violência contra os que não os professam (SARMENTO, 2007, p. 04).

Em relação à necessidade de desvinculação entre as esferas religiosa e política, Luis Felipe Miguel (2012, p. 03) defende que o reconhecimento da liberdade de crença, como direito liberal, e a necessidade da laicidade do Estado, como imperativo democrático, convergem para essa separação, pois implicam no impedimento de qualquer imposição coercitiva na seara religiosa.

É preciso pontuar também que o princípio da laicidade estatal comporta variadas dimensões, que envolvem tanto a proteção das diversas manifestações religiosas instituídas ou não de forma organizada, quanto a vedação de influências religiosas, sejam elas majoritárias ou não, nos assuntos de interesse público, sendo esta última questão de maior envergadura para o desenvolvimento do presente trabalho. A este respeito, transcreve-se o entendimento de Daniel Sarmiento (2007, p. 03):

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros, etc. Sob esta perspectiva, a laicidade opõe-se ao regalismo, que se caracteriza quando há algum tipo de subordinação das confissões religiosas ao Estado no que tange a questões de natureza não-secular. Mas, do outro lado, **a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária.** (grifo nosso)

Isto posto, defende-se que a laicidade estatal e a liberdade religiosa, muito além de

significarem a neutralidade do Estado quanto às questões morais e religiosas e a garantia dos cidadãos de manifestarem livremente seus particulares sentimentos de fé, representam o imperativo de que nenhuma religião poderá influenciar os atos estatais, tampouco influir na aplicação dos direitos fundamentais, que, como se sabe, são caracterizados justamente pela universalidade, tais como o direito à liberdade de expressão, o direito à autodeterminação e os direitos ligados à reprodução.

Embora se trate de um princípio constitucional, é preciso reconhecer que a laicidade estatal é flagrantemente violada no Brasil de forma institucionalizada, em diversas situações.

Uma delas se verifica no uso de crucifixos nas instalações de alguns órgãos do Judiciário, a exemplo do Supremo Tribunal Federal. Obviamente, trata-se de um símbolo religioso, que faz referência ao cristianismo. Dessa forma, para Daniel Sarmiento (2007, p. 10), “é óbvio que quem luta pela manutenção dos crucifixos em espaços públicos, não o faz por razões estéticas, mas pela sua identificação com os valores religiosos que este símbolo encarna”, bem como “pela sua crença, refletida ou não, sobre a legitimidade de o Estado tornar-se um porta-voz destes mesmos valores”.

Outro exemplo é a expressão “sob a proteção de Deus”, constante no ADCT, que embora seja autoexplicativa quanto à alusão a uma crença específica, foi considerada pelo STF como irrelevante do ponto de vista normativo, por não se tratar de norma jurídica. Um caso parecido com este é a expressão “Deus seja louvado” na moeda nacional, que suscita a constatação de que, muitas vezes, sob o argumento da tradição, o Estado mantém posturas que revelam a não neutralidade religiosa.

Considerando a tradição religiosa do país, bem como os aspectos patriarcais da sociedade brasileira, é preciso pontuar que a inserção e a manutenção do tipo penal aborto na legislação pátria contabiliza mais um exemplo, que, à semelhança dos citados acima, incontestavelmente, alude aos valores cristãos e, por consequência, viola o princípio da laicidade do Estado. Isso porque, a proteção da vida em potencial reflete “uma crença na importância objetiva e intrínseca da vida humana”, a qual possui “um conteúdo claramente religioso” (DWORKIN, 2009, p.228).

É preciso se pensar na implementação da laicidade do Estado, a partir do prisma da

famosa separação entre o público e o privado, já que se trata de um processo contínuo, construído na prática e no amadurecimento social (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 85), de forma que não haja confusão entre os assuntos de interesse público e as questões privadas.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Além do aspecto religioso, demonstrado no capítulo anterior, a criminalização do aborto no Brasil é permeada de fatores históricos, sociais, culturais e políticos.

No que tange ao fatores histórico-sociais, sabe-se que a mulher sempre teve um papel subalterno no âmbito da família patriarcal. Analisando-se os costumes domésticos, não se pode negar que as mulheres foram e são ensinadas desde cedo a valorizarem o casamento e a maternidade. Nesse sentido, a tradição sempre ditou que antes do casamento, deveriam reportar-se aos pais e depois aos maridos, os quais detinham total controle sobre todos os aspectos de suas vidas, numa relação de dominação, caracterizada pela expressão do poder legítimo do homem, em razão principalmente de sua força física. Tal arranjo configura até os dias atuais uma elevada assimetria entre homens e mulheres na esfera de participação política, à medida em que dificulta o acesso pleno das mulheres à cidadania (MIGUEL, 2012, p. 02).

Nesse sentido, a partir da compreensão do Estado como uma estrutura fundada dentro da cultura patriarcal e da Igreja como uma instituição fundamentada por uma teologia desenvolvida a partir do patriarcado, “é possível entender de que maneira historicamente os direitos das mulheres são negados em plenitude até os dias atuais” (CAMPANARO, 2014, p. 19).

Para Danielle Ardaillon (1997, p. 03) “[...] o conjunto dos enunciados sobre o aborto exteriorizam basicamente os parâmetros valorativos da nossa sociedade sobre o papel social e político que ela atribui às mulheres”. Esta autora argumenta ainda que a questão da proibição do aborto também envolve um problema político, à medida em que exclui do âmbito de decisão a opinião feminina, num processo em que as mulheres são destituídas de cidadania plena:

O exame da polêmica discursiva sobre o aborto na sociedade brasileira contemporânea indica que esta sociedade, que se manifesta através da opinião pública ou de pareceres de suas instituições, tende a escolher soluções pragmáticas e que situações de crise tendem a ser resolvidas sem envolver a responsabilização de indivíduos políticos plenos (ARDAILLON, 1997, p. 10).

Em relação ao aspecto religioso, considerando as conclusões do capítulo anterior,

percebe-se a confluência entre os ditames do patriarcado e os interesses da Igreja, que sempre agiu para manter os costumes, principalmente no que tange à manutenção do casamento. Assim, é possível afirmar que a proibição do aborto na tradição católica inicialmente estava ligada ao adultério, que poderia ser ocultado pela interrupção da gravidez, bem como à promiscuidade, pela qual o sexo era realizado sem a finalidade de procriação.

Na visão de Luis Felipe Miguel (2012, p. 05), a condenação do aborto pela Igreja não necessariamente é uma questão de dogma ou de ciência, mas uma reafirmação de seu poder de influência, uma aposta política que busca reforçar a tradição da autoridade eclesiástica.

Ronald Dworkin, por sua vez, argumenta que o imaginário da maioria das pessoas, certamente influenciado pela religião cristã, associa o aborto a uma ofensa ao caráter sagrado da vida, pois “acreditam que o feto é uma criatura humana viva em desenvolvimento, e que algo intrinsecamente mau ocorre, uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada” (DWORKIN, 2009, p. 15).

Para o citado autor, em sua essência, as leis que proíbem o aborto não visam impedir um assassinato, pois além do caráter repressivo e punitivo, a lei teria um caráter moral, almejando compelir as pessoas a se apercebam do valor inerente da vida (DWORKIN, 2009, p. 94). Dessa forma, a crença no valor absoluto e intrínseco da vida tem um conteúdo claramente religioso, no qual, a regra moral deve valer para todos de forma impessoal e indistinta, descartando-se a problemática individual, com vistas a perpetuar o compartilhamento desses valores coletivamente:

Não é verdade que a decisão individual de uma mulher de fazer um aborto só afete a ela mesma (...), pois é inevitável que as decisões individuais afetem valores coletivamente compartilhados. Parte do significado do sagrado é a noção do tabu, e certamente é mais difícil manter um tabu contra o aborto, e ensinar nossos filhos a respeitá-lo, em comunidade na qual os outros não apenas o rejeitam como também o violam abertamente. (DWORKIN, 2009, p. 208).

Sobre o confronto entre a moral coletiva e os princípios pessoais, Marcelo Neves (2014, p. 59) entende que a própria ideia de moralidade comunitária é controversa, pois, apesar do caráter heterogêneo, pressupõe valores comuns compartilhados por todos os

pertencentes a determinado grupo social, o que nem sempre reflete os princípios morais próprio de cada indivíduo. Esse aspecto é particularmente problemático quando enfrentado na seara normativa, “sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moral comunitária”. Antes de tudo, é preciso se pensar em mecanismos adequados para legitimação do “dissenso estrutural presente na esfera pública a respeito da determinação dos direitos e deveres constitucionais” (NEVES, 2014, p. 47).

Os valores morais e religiosos compartilhados pela comunidade não devem ser reproduzidos pelo Estado através das normas legais, primeiro porque não se pode afirmar que haja consenso sob esses aspectos na esfera individual, segundo porque se trata de questão de foro íntimo, que não pode ser objeto da ingerência estatal. No caso do aborto, apesar dessa regra ser desrespeitada, sobretudo quando se pensa na histórica confluência entre os interesses religiosos e a esfera pública, Ronald Dworkin (2009, p. 230) assevera que “[...] a um estado não compete prescrever o que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor últimos da vida humana, sobre por que a vida tem importância intrínseca, e sobre como esse valor é respeitado ou desonrado em diferentes circunstâncias.”

Levando-se em consideração as características culturais do Brasil, no que tange especialmente à tradição católica, típica dos países colonizados, não há dúvida de que a criminalização do aborto foi resultado da influência dos valores cristãos na atividade legislativa, como prova de que a laicidade do Estado é apenas um ideal. Para Soraia da Rosa Mendes (2013, p. 18) “O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas”, pois essa influência compromete a afirmação do Estado Democrático de Direito, haja vista que implica no desrespeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, após a independência, a criminalização do aborto no Brasil deu-se com o Código Criminal de 1830, o qual, por meio do art. 199, constante da seção denominada “Infanticídio”, previa a pena de prisão mais trabalho por um a cinco anos para aquele que ocasionasse o aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher grávida. Se a prática ocorresse sem o consentimento da

mulher, a pena seria dobrada, sendo que não havia a previsão do autoaborto.⁵

O Código Penal de 1890, por sua vez, trouxe o crime de aborto em capítulo próprio, prevendo pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, a hipótese de autoaborto. Também foi neste diploma legal que apareceu de forma inédita uma remissão indireta ao chamado “aborto necessário”, que ocorreria quando praticado pelo médico ou parteira, com o fim de salvar a gestante de morte inevitável.⁶

Na sequência, no capítulo denominado “Crimes contra a vida”, o Código Penal de 1940 trouxe as hipóteses de autoaborto, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante. Além disso, o código inovou ao trazer as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, como excludentes de ilicitude.⁷

⁵ 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.

⁶ 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 consecuencia 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 annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prisão cellular por um a cinco annos.

Parapho 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 propria.

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 profissão por igual tempo ao da condemnação.

⁷ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Mais recentemente, no ano de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF de número 54, cujo pedido consistiu na declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Julgada no dia 12 abril de 2012, a ação foi deferida, sob o fundamento, segundo o voto do Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, de que a tipificação penal da gravidez do feto anencéfalo não se coaduna com a Constituição Federal, no que se refere aos princípios da laicidade do Estado e da dignidade da pessoa humana, bem como à proteção da liberdade, da privacidade, da autonomia e da saúde. Assim, considerando que a decisão passou a ter eficácia contra todos e efeito vinculante, foi criada mais uma hipótese de excludente de ilicitude, na figura do chamado aborto terapêutico.⁸ Faz-se importante ressaltar que o diagnóstico da anencefalia, nesse caso, deve seguir os critérios da Resolução CFM nº 1.989, de 10 de maio de 2012, responsável por definir os parâmetros para efeito de reconhecimento da necessidade de interrupção da gravidez.

Afora a análise dos casos em que se estabelece excludente de ilicitude para o crime de aborto, é preciso reconhecer que a conjuntura política, cultural e social da época em que o Código Penal atualmente vigente no Brasil foi publicado modificou-se completamente. Nesse sentido, muitos juristas criticam a forma arcaica em que alguns temas são tratados pelo direito penal pátrio.

Uma das mais sensatas críticas que se faz é justamente em relação às disposições que tratam do crime de aborto, especialmente porque naquela época o regime constitucional era outro, aliás, muito diferente do atual, principalmente no tocante à primazia dos direitos

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:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁸ Ver Inteiro Teor do Acórdão, ADPF Nº 54/DF, disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 12 dez. 2017.

e garantias fundamentais.

Não se pode negar, portanto, que há uma grave incongruência entre os princípios constitucionais consagrados no atual texto constitucional e alguns bens jurídicos tutelados pelo direito penal, quando deveria ser o contrário. Nessa senda, relevante é o posicionamento de Canotilho e Vital Moreira citados por Raimundo Amorim de Castro (2010, p.11):

Sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, refletindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos fatos a criminalizar. Pelo menos parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídicos-penais.

Nesse sentido, defende-se que a legislação penal obrigatoriamente deve respeitar o arcabouço dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal, o que também deve ser observado na aplicação da lei, sempre do ponto de vista da interpretação sistemática, a fim de conferir coesão ao ordenamento jurídico.

Além disso, em respeito ao Estado Democrático de Direito, deve-se prezar ao máximo pela efetivação do princípio da laicidade estatal, como uma consequência lógica das diretrizes democráticas, pois, como ensina Luís Felipe Miguel (2012, p. P. 3), “se a vontade do povo deve ser soberana, então não pode estar estrangida *a priori* pela necessidade de observância a regras dogmáticas de qualquer natureza”, que, por seu caráter excludente, naturalmente não são capazes de contemplar a pluralidade de concepções culturais, filosóficas e religiosas presentes na sociedade.

Por outro lado, tendo em vista o inafastável envolvimento de valorações morais e axiológicas nessa questão, é preciso advertir, segundo a visão de Luís Roberto Barroso (2005, p. 99), que “não se trata de pregar [...] um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade.” Para o referido autor, “em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas” (BARROSO, 2005, p. 99).

Este é um argumento válido, à medida e que se reconhece tratar-se de uma questão de

ordem íntima, que deve ser resguardada no âmbito privativo de cada mulher.

4 A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO NO BRASIL

A fim de conferir a necessária neutralidade que toda pesquisa científica exige, respeitando-se as nuances que envolvem a temática do aborto, abordar-se-á neste capítulo a questão da tutela jurídica do nascituro em geral, especialmente a fim de esclarecer se essa proteção abrange aspectos constitucionais, porventura capazes de gerar colisão de direitos.

É consabido que no crime de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida intrauterina. Porém, apesar de atribuir ao nascituro o direito à vida, posto que inseriu o aborto no rol de crimes contra a vida, o legislador penal não se desincumbiu de definir qual momento consideraria como iniciada a vida humana, o que, na visão de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 91) redundou em flagrante descuido com o dever de taxatividade, já que a indicação do início legal da gravidez constituiria parte relevante do tipo penal.

Ficando a cargo da jurisprudência e da doutrina tal definição, a maioria dos penalistas, a exemplo de Rogério Greco, entendem que para fins de proteção da lei penal, "a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação (GRECO, 2017, p. 526)".

Precipuamente, para além das definições científicas e filosóficas, cumpre conceituar a denominação jurídica "nascituro", esclarecendo-se em seguida as possíveis consequências dessa definição para as conclusões do presente trabalho. Sabe-se que a partir da formação do zigoto – produto da fecundação – até o nascimento, o embrião formado é chamado de nascituro, sendo assim:

[...] para o Direito, nascituro é todo o ser que já foi concebido e que ainda não nasceu independentemente da fase gestacional (zigoto, embrião, feto). Nascituro é sinônimo de concebido e não nascido, portanto, não se trata da prole eventual ou das futuras gerações (CAVAGNOLI; HENKES, 2015, p. 132).

Nessa mesma linha de inteligência, vale citar o posicionamento do renomado escritor De Plácido e Silva citado por Alessandro Moura (2011, p. 05), para quem o nascituro é:

[...] o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa. Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou,

para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.

Embora existam variadas discussões jurídicas acerca do início da vida humana, havendo alguns que defendem que este momento se dá a partir da própria fecundação ou da nidificação, e outros que argumentam ocorrer somente após a formação encefálica ou até mesmo a partir da viabilidade extrauterina, é preciso advertir que há uma diferença substancial entre vida humana intrauterina e vida humana em sentido genérico:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera 'in materiam brutam', mas contra um homem na 'ante-sala' da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem 'in spem' [...] (HUNGRIA *apud* MELLO, 2012, p. 61).

Importante ressaltar que tais definições doutrinárias partem do disposto no Artigo 2º do Código Civil de 2002, que praticamente repetiu o Artigo 4º do Código Civil de 1916, ao dispor que a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida, sendo assegurados pela lei os direitos do nascituro desde a concepção.

Nesse sentido, existem algumas teorias doutrinárias que buscam definir qual momento deve ser considerado, juridicamente, como o início da vida humana, o que influi diretamente na aquisição da personalidade civil e conseqüentemente dos direitos a ela inerentes.

A teoria natalista, representada pelo posicionamento do legislador civil, sustenta que o feto não possui personalidade civil e, por este motivo, não é considerado pessoa, já que o nascimento com vida é o marco para a aquisição de proteção jurídica. Assim, os natalistas defendem que os direitos assegurados ao nascituro pela legislação civil são taxativos e se este fosse pessoa de fato, todos os direitos subjetivos previstos no ordenamento jurídico pátrio lhe seriam conferidos automaticamente (OLIVEIRA, 2011, p. 10).

As críticas a esta teoria propugnam que se trata de um entendimento literal e essencialmente patrimonialista, pois desconsidera a importância das garantias fundamentais representadas pelos direitos personalíssimos, os quais também deveriam

ser de titularidade do nascituro:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária (TARTUCE, 2007, p. 08).

A teoria condicionalista, por sua vez, apesar de reconhecer que o nascituro possui personalidade civil desde a concepção, sustenta que o nascimento com vida é uma condição para a implementação dos direitos a que faz jus, pois estes estariam suspensos. Sendo assim, se a existência do feto não se configura fora do ventre materno, ou por ter ocorrido um aborto ou por tratar-se de um natimorto, não há perda ou transmissão de direitos, como ocorreria se ao nascituro fosse reconhecida uma personalidade ficta (LOPES *apud* OLIVEIRA, 2011, p. 11). Neste sentido, são as ponderações de Salvo Venosa (2013, p. 142):

Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

Completamente contrária às anteriores, tem-se a teoria concepcionista. Seus adeptos asseveram que o nascituro possui personalidade jurídica a partir da concepção, e, por consequência, merece tutela jurídica independentemente do nascimento. Para eles, a vida juridicamente tutelada pelo ordenamento pátrio, começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Outra teoria formulada pela doutrina é a teoria genético-desenvolvimentista. Essa concepção fundamenta-se na potencialidade e no desenvolvimento gradual do embrião, o qual contempla variados aspectos, tais como a nidação, a formação da placa neural, a atividade cerebral e a viabilidade extrauterina.

Do ponto de vista biológico, é importante frisar que, independentemente da fase embrionária, não há dúvida de que existe vida intrauterina em potencial a partir da fecundação. Porém, partindo-se do aspecto jurídico, a questão demanda uma análise objetiva, a qual necessariamente envolve uma discussão acerca da real possibilidade de

titularização de direitos pelo nascituro.

Nesse contexto, é preciso reconhecer que a interpretação do dispositivo legal que trata da personalidade civil no Código Civil de 2002, com respeito às opiniões contrárias, até mesmo por haver uma referência aos direitos do nascituro, não pode ser outra, a não ser a de que, para o ordenamento jurídico pátrio, o feto não possui personalidade civil, pois, apesar de concebido, obviamente falta-lhe o atributo do nascimento com vida. Isso porque, “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte (BRITTO, 2008, p. 163)”.

Assim, a discussão acerca da natureza jurídica do nascituro sugere inequivocamente que apesar de possuir direitos na esfera civil, os quais estão taxativamente elencados no Código Civil, a exemplo da sucessão testamentária, o ser que ainda não nasceu não pode ser considerado como pessoa, como se percebe pelo seguinte entendimento:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. (PEREIRA *apud* PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 07).

Apresentada, portanto, a tutela jurídica infraconstitucional dada ao nascituro no ordenamento nacional, resta esclarecer as consequências jurídicas deste entendimento no tocante aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente o direito à vida.

Apesar da celeuma que envolve o tema do aborto, este não é tratado no Texto Constitucional. Muito embora tenham havido tendências discursivas no âmbito da Constituinte, a neutralidade imperou:

Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria com o nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. [...] (SILVA, 2005, p. 203).

Ao versar sobre os direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna assevera que é garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade do direito à

vida.

Nesse sentido, assinala-se que a personalidade civil, cuja definição foi atribuída à legislação infraconstitucional, significa o atributo que torna a pessoa humana um sujeito de direitos na ordem civil. Tal definição serve de parâmetro para a titularidade de direitos e deveres pelos cidadãos, incluindo-se aqueles que, devido a sua importância, foram erigidos à condição de direitos fundamentais.

Sendo assim, tendo em vista que o Código Civil adotou a teoria natalista, segundo a qual o nascituro somente adquire personalidade civil a partir do nascimento com vida, sinaliza-se que seus direitos, além de serem eventuais, restringem-se àqueles constantes da legislação infraconstitucional.

Tal entendimento foi devidamente ratificado com o julgamento de duas importantes ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADI nº 3510 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, julgadas em 2008 e 2012, respectivamente.

A ADI nº 3510, proposta pelo ex-Procurador Geral da República, Drº Cláudio Lemos Fonteles, tinha por objeto o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (Lei da Biossegurança) de 24 de março de 2005, que aduz:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A argumentação do requerente cingia-se no sentido de que tal dispositivo legal contrariava a dignidade da pessoa humana, a partir do pressuposto de que ao embrião deveria ser garantida a inviolabilidade do direito à vida. Para tanto, sustentou que o início da vida humana se daria a partir da fecundação.

Tratou-se de um julgamento de alta relevância, eis que envolveu o tema da vida humana, o qual, além da visão jurídica, foi analisado sob os pontos de vista científico, médico, filosófico, religioso, ético e social.

Contra-pondo-se aos argumentos defendidos pelo requerente, de que o embrião humano por si só já seria sujeito de direito e que por esse motivo deveria ter sua vida resguardada – em seu voto – o Ministro Ayres Britto, trouxe à tona a questão da personalidade civil definida no Código Civil pátrio como ponto de partida para a consideração da vida humana não somente sob o aspecto biológico, mas também em seu sentido biográfico:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que **se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano.** Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, **sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações** e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres", propriamente. **O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida**, renove-se a proposição. (grifos nossos)

Frise-se que tal posicionamento, embasado na legislação infraconstitucional, não possui qualquer incompatibilidade com o Constituição Federal, pois esta não definiu um marco para o início da vida humana. Nesse caso, uma norma constitucional que tratasse especificamente do tema e seus reflexos, notadamente quanto à tutela jurídica do nascituro, seria pressuposto imprescindível para a análise ou não de eventual incompatibilidade.

Além disso, é perceptível que a proteção da vida intrauterina foi um tema propositalmente restringido ao âmbito do regramento ordinário, pois, à época da Constituinte, não faltaram tentativas para inseri-lo no texto constitucional, como se percebe, mais uma vez pela lição do Ministro Ayres Britto, quando do julgamento da ação citada:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa [...]. Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante

para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança 'in vitro' apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Nessa mesma oportunidade o Ministro esclareceu ainda, de forma bastante contundente, que a aplicação dos direitos e garantias fundamentais se dão em favor do indivíduo-pessoa, o que decerto exclui o embrião do direito fundamental à inviolabilidade da vida, pois a Constituição Federal:

Quando fala da 'dignidade da pessoa' é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]. 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 garantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a 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 igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º).

A ADPF nº 54/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, como mencionado no capítulo 3 deste trabalho, teve como objeto a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto.

Esta ação, assim como a ADI nº 3510, ensejou o enfrentamento do tema da vida humana e da proteção jurídica do nascituro, sendo que seu julgamento representou uma alteração significativa, responsável por modificar em parte a interpretação dada aos dispositivos da legislação penal que tratam do aborto, passando a excluir do âmbito de incidência deste tipo penal a realização da "antecipação terapêutica do parto" nos casos de anencefalia. Frise-se que esta denominação é usada em contraposição ao aborto apenas porque no primeiro caso, baseando-se em critérios médicos, considera-se que o feto é um natimorto,

portanto, não possui vida em potencial.⁹

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio de Mello defendeu que o caso não se trata de aborto, pois este é crime contra a vida em potencial, estando evidente que o feto anencéfalo não tem expectativa de vida extrauterina.

Ao posicionar-se sobre o eventual direito à vida do nascituro nos casos de anencefalia, o Magistrado discorreu sobre o caráter não absoluto deste direito. Para corroborar tal assertiva, citou o fato da Constituição Federal permitir a pena de morte na hipótese de guerra declarada, bem como os próprios dispositivos da lei penal que permitem o aborto:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

A partir das explanações científicas e médicas acerca da situação biológica do feto anencéfalo, percebe-se que, no caso da interrupção voluntária da gestação, o argumento que vincula o início da vida humana à formação e pleno funcionamento do cérebro como parâmetro é o mais coerente. Tal fato, inclusive, sustenta-se por meio do conceito de morte válido no ordenamento pátrio, a qual, de acordo com a Lei nº 9.434/1998 (Lei de Doação de Órgãos), dá-se no momento em que se constata a morte cerebral do indivíduo.

Esse entendimento se coaduna perfeitamente com a teoria genético-desenvolvimentista, pois no momento em que se estabelece o início da atividade cerebral como marco da vida, tanto em seu começo, como em seu fim, está sendo considerada uma gradação valorativa.

No julgamento da referida ADPF, alguns ministros defenderam uma posição semelhante, segundo a qual o direito à vida possui gradações. Nesse sentido, à medida em que o desenvolvimento do indivíduo progride, sua tutela jurídica torna-se mais intensa. Para fundamentar esta tese, citaram o fato de que a pena cominada para o crime de aborto

⁹ Ver página 33 do inteiro teor do acórdão, ADPF Nº 54/DF, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 28 jan. 2018.

provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos) é menor do que a de infanticídio (dois a seis anos), sendo que esta, por sua vez, é consideravelmente menor do que a do crime de homicídio (de seis a vinte anos).¹⁰

Nesse sentido, mesmo não havendo um consenso científico quanto ao início da atividade encefálica, inclusive devido ao caráter progressivo da gravidez, para fins de análise do caso concreto, que, no presente estudo, envolve a possibilidade de interrupção da gestação de forma segura, em observância a direitos fundamentais da mulher, optou-se por considerar a 12ª semana como marco temporal, a partir do qual pode-se considerar a vida intrauterina como objeto passível de ser penalmente tutelado.

¹⁰ Ver página 105 do inteiro teor do acórdão, ADPF nº 54/DF, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 29 fev. 2018.

5 JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 124.306/RJ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E O VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO¹¹

O *habeas corpus* nº 124.306/RJ foi impetrado no Supremo Tribunal Federal contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concluiu pelo não-conhecimento do *habeas corpus* nº 290.341/RJ, este impetrado em decorrência da decretação da prisão preventiva dos acusados que, após terem sido presos pela prática dos crimes previstos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, foram soltos através de um pedido de liberdade provisória, sendo que tal decisão, posteriormente, foi objeto de recurso deferido em favor da acusação pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que deu origem ao *writ* não conhecido no STJ.

O julgamento se deu no dia 09 de agosto de 2016, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello. Em seu voto, o Relator admitiu o *writ* e deferiu a ordem para afastar a prisão provisória, confirmando a liminar anteriormente concedida, com o fundamento de que a liberdade dos acusados não atentava contra o prosseguimento da instrução criminal, sendo desarrazoado considerar apenas a gravidade do delito para a restauração da prisão.

Componente da Primeira Turma do STF, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto acompanhando integralmente a Relatoria, no sentido de conceder a ordem de ofício.

A Ministra Rosa Weber também concluiu pela concessão da ordem de ofício, tendo juntado voto escrito em seguida, sobre o qual se faz breve comentário. Ressalte-se que, apesar do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso tê-lo precedido, optou-se por comentá-lo posteriormente neste capítulo, em razão da vultosidade das fundamentações apresentadas.

A fim de conferir legitimação aos artigos 124 a 126 do Código Penal, a Ministra Rosa Weber sustentou a necessidade de interpretá-los conforme a Constituição,

¹¹ Ver inteiro teor do acórdão, *Habeas corpus* nº 124.306/RJ, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 29 fev. 2018.

desqualificando-se o crime de aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre, conforme proposição do Ministro Luís Roberto Barroso.

Sustentou que, muito embora se trate de uma questão jurídica delicada, principalmente em razão dos aspectos éticos, morais e religiosos envolvidos, o debate acerca da prática do aborto por decisão da mulher constitui uma realidade fática antiga, do ponto de vista social, político e acadêmico, o que conclama o enfrentamento do tema a partir dos princípios constitucionais próprios da democracia, favorecendo a não ingerência do Estado nas questões de foro íntimo, em benefício da supremacia da responsabilidade pública.

A Ministra admitiu a existência de colisão entre direitos fundamentais no caso concreto, consubstanciados pelo direito à vida, em relação ao nascituro, e pelo direito à autonomia reprodutiva, em relação à mulher.

Ademais, foram apresentadas as experiências verificadas sobre o tema no direito comparado, com destaque para o caso conhecido nos Estados Unidos como *Roe versus Wade*, de 1973. Neste caso, uma lei do estado do Texas, que permitia o aborto apenas na hipótese de risco à saúde da gestante foi considerada inconstitucional. A Suprema Corte Americana, baseando-se em jurisprudência de oito anos antes, considerou que o direito à privacidade da mulher deveria ser respeitado, em detrimento do interesse estatal de tutelar os direitos do embrião. Com base no critério da viabilidade extrauterina, o aborto no primeiro trimestre da gestação foi legalizado como regra geral, devendo os estados regulamentarem a prática ocorrida no segundo trimestre, proibindo-se a interrupção da gravidez no terceiro trimestre.

Outro caso citado foi o *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2012 e originado a partir da análise de uma sentença que declarou inconstitucional um decreto executivo, o qual regulava o procedimento de fecundação *in vitro* no país, resultando na interrupção da prática.

À exceção de questões formais, o argumento utilizado na sentença exarada pela Sala Constitucional da Costa Rica baseava-se na violação do direito à vida e à dignidade da pessoa. No entanto, a Convenção Interamericana concluiu pela responsabilização internacional da Costa Rica pela violação da privacidade, da integridade pessoal, da

autonomia pessoal, da saúde sexual e do direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico.

Além disso, o ponto convergente desta decisão com a questão do aborto deu-se em razão da nova dimensão interpretativa do artigo 4.1 da Convenção Interamericana do Direitos Humanos. O dispositivo legal trata do direito à vida e possui a seguinte acepção: “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”.

Nesse julgamento, o citado artigo foi interpretado de forma histórica, sistemática e evolutiva, de forma a concluir que os direitos do embrião não possuem caráter absoluto, já que havia um consenso equivocado por parte da população leiga de que o fato de o artigo conter as expressões “em geral” e “desde o momento da concepção”, significava a proibição de algumas práticas, a exemplo da fertilização *in vitro* e da interrupção genérica da gravidez. Nesse sentido, transcrevo parte da decisão que esclarece a interpretação que deve ser feita principalmente a respeito da partícula “em geral”:

En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Por tanto, la Corte concluyó que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

A decisão concluiu ainda que a proteção do direito à vida é gradual e incremental, de acordo com o desenvolvimento, devendo ser interpretado de forma proporcional, em razão de não possuir supremacia sobre outros direitos.

Nesse sentido, tendo em vista que o Brasil é signatário da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conhecida popularmente como Pacto de São José da Costa Rica, trata-se de um julgamento importantíssimo para o ordenamento jurídico brasileiro, o qual

traz consequências práticas especialmente para a interpretação constitucional.

Outro argumento utilizado pela Ministra Rosa Weber, em seu voto, foi o aspecto sanitário. Através de dados estatísticos globais, que apontaram menores taxas de aborto nos países em que há normatização legal da prática, além de altos índices de mortalidade materna nos países em desenvolvimento, a Magistrada asseverou:

Fica demonstrada, das pesquisas realizadas por instituições internacionalmente reconhecidas na área das ciências biológicas, que o designado aborto clandestino é realidade ascendente dos países que não disciplinaram juridicamente a prática da interrupção da gravidez por decisão da mulher no primeiro trimestre da gestação, que implica sérios riscos de saúde e aumento da mortalidade materna por complicações dos procedimentos clandestinos de aborto, os quais são utilizados pelas mulheres que não possuem condições econômicas de custear o tratamento particular. Aqui, precisamos apontar a séria situação de ausência de política pública estatal. A ingerência estatal no primeiro trimestre da gestação deve militar em favor da proteção da mulher em ter condições seguras de realizar a interrupção voluntária da gestação. Ou seja, como experimentado nos países que descriminalizaram o aborto, deve ocorrer no espaço de formatação de políticas públicas de educação sexual, como meio de desestimular e prevenir a ocorrência destes. Por outro lado, a redução do número de procedimentos de aborto deve ocorrer a partir de uma consciência construída no espaço da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos, a fim de analisar melhor a questão posta em juízo. Em seu voto, inicialmente, sustentou a inadequação da via eleita, já que, segundo a jurisprudência da Primeira Turma, não cabe *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional. Porém, considerando a magnitude da matéria, resolveu analisar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

Nesse caso concreto, além de considerar que não havia motivação suficiente para a decretação da prisão preventiva, o Ministro passou a examinar outras razões que, no seu entendimento, fundamentavam a concessão da ordem. Este é o ponto relevante para este trabalho, pois, na esteira do que foi estabelecido nas ações analisadas anteriormente no âmbito do STF sobre o tema do aborto e do direito à vida, este julgamento representou um avanço muito significativo, haja vista a enorme contribuição dada ao estudo da dogmática constitucional, por meio da discussão sobre a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, com base na violação a direitos fundamentais das mulheres e ao princípio da proporcionalidade.

Partindo da necessidade de analisar a constitucionalidade do tipo penal aborto, no citado julgamento, Luís Roberto Barroso asseverou que a compatibilidade com a Constituição pressupõe que a criminalização de determinada conduta envolva “a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.”

Em relação à condição jurídica do nascituro, o Ministro ponderou sobre a existência de duas visões antagônicas e ao final concluiu que o feto ainda não possui vida plena até o terceiro mês da gestação, sendo que este que seria o marco temporal a partir do qual se daria a formação da atividade cerebral:

De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, Luís Roberto Barroso asseverou que este “destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida”. Tal princípio enseja alguns pressupostos para sua devida aplicação no sistema jurídico, fundados nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito:

[...] a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde (BARROSO, 2016, p. 07).

Nessa linha de argumentação, em seu voto, o Ministro preleciona que a tipificação penal do aborto não se justifica, pois, além de não ser plenamente adequada à proteção do direito à vida do embrião e, no entanto, ensejar mais custos do que benefícios, há outros meios capazes de proteger o bem jurídico em tela, sem violar os direitos das mulheres.

Considerando que a violação a direitos fundamentais das mulheres mostra-se como o argumento de maior relevância para a discussão da criminalização do aborto no Brasil, optou-se, neste trabalho, por tratar deste ponto em capítulo próprio, a fim de elucidar as

contribuições dadas pelo citado julgamento. Antes disso, apresentar-se-á algumas breves considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais.

6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina dos direitos fundamentais é um dos temas mais importantes do direito público. Na modernidade, representa o fundamento do Estado Democrático de Direito, englobando tanto os direitos privados, quanto os direitos públicos (BOBBIO, 2004, p. 31).

Tendo como pressuposto as ideias de John Locke acerca do chamado estado de natureza, Bobbio (2004, p. 35-36) defende que este conceito serviu como mote para a filosofia jusnaturalista justificar o advento da doutrina dos direitos do homem, estes que, segundo o próprio jusnaturalismo, seriam direitos inerentes ao ser humano, independentemente do Estado, abarcando direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Entretanto, ao considerar o contexto social e político da época como fatores essenciais para a assunção destes direitos, o renomado autor afirma que a hipótese de um estado de natureza era mera construção doutrinária:

O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária [...] A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta (BOBBIO, 2004, p. 35-36).

No tocante à evolução dos direitos fundamentais, muitos autores citam o pioneirismo inglês, principalmente em razão da *Magna Carta* de 1215 e do *Bill of Rights* de 1689. Porém, é preciso destacar que estas declarações não eram destinadas a todos, mas somente aos homens livres. No caso da primeira, referia-se mais especificamente à nobreza, e no caso da segunda, ao Parlamento (SILVA, 2005, p. 543).

Segundo o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 544), as primeiras declarações de direito em seu sentido moderno, vieram a surgir apenas em 1776, nos Estados Unidos da América, com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, e em 1789, na França, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia precedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos e, influenciada pela ideia de direitos naturais

propagada pelos iluministas e jusnaturalistas, passou a prever os chamados direitos individuais ou civis, como uma derivação positivada daqueles. Assim, estabeleceu a todos os homens o direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade, bem como o direito à proteção e segurança, e, ainda, à livre expressão religiosa e à liberdade de imprensa.¹²

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, fruto da Revolução Francesa e da necessidade de superar o regime absolutista, teve um caráter mais universal, como se percebe pelo próprio título adotado. Destacou-se por garantir ao homem os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão como direitos naturais e imprescritíveis.¹³

Já no século XX, mais precisamente no dia 10 de dezembro de 1948, a Organização das Nações Unidas – organismo internacional recém-criado à época, com o objetivo de fomentar a paz e o desenvolvimento mundial – proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se tornou um marco na defesa dos direitos humanos em âmbito global, pois foi fundada a partir do compromisso (pelo menos de seus 48 Estados-Membros) de promoção do respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais.

Apoiando-se no pensamento kantiano, Norberto Bobbio (2004, p. 55) afirma que a

¹² Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia:

I - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. [...]

IV - Que nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados; os quais, não podendo ser transmitidos, fazem com que tampouco sejam hereditários os cargos de magistrado, de legislador ou de juiz. [...]

XII - Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos. [...]

XVI - Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.

¹³ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Declaração de Direitos aprovada pelas Nações Unidas representou uma ampliação do âmbito de validade dos direitos humanos, rompendo as fronteiras dos Estados particulares em direção ao sistema internacional:

[...] foi solenemente aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da qual todos os homens da Terra, tornando-se idealmente sujeitos do direito internacional, adquiriram uma nova cidadania, a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado. Naquele luminoso opúsculo que é *A paz perpétua*, Kant traça as linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito pública externo, chamando-o de “direito cosmopolita”. É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquele entre os Estados particulares, mas o direito entre os cidadãos dos diversos Estados entre si [...] (BOBBIO, 2004, p. 55).

Na esteira destas declarações de direitos proclamadas em todo mundo, inúmeras Constituições passaram a adotar os direitos fundamentais como princípios internos.

Nesse sentido, as Constituições brasileiras sempre trataram desses direitos, de titularidade tanto dos brasileiros, quanto dos estrangeiros residentes no Brasil, sendo que “a primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824” (SILVA, 2005, p. 170).

Esclarecida resumidamente a evolução histórica dos direitos fundamentais, tratar-se-á dos conceitos que envolvem esta doutrina.

Segundo Robert Alexy (2015, p. 26), “o catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. Para este autor, juntamente com os emblemáticos conceitos de direito à dignidade, à igualdade e à liberdade, a questão dos fins estatais, da estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social representam um sistema de conceitos-chave do chamado direito racional moderno.

Como aponta José Afonso da Silva (2005, p. 175), a constante ampliação e transformação dos direitos fundamentais ao longo da evolução histórica, dificultam a criação de um conceito preciso do que seriam estes direitos ou do que eles representam.

Em relação ao caráter mutável destes direitos, Norberto Bobbio (2004, p. 09) assevera que por mais fundamentais que sejam, tratam-se de “direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra

velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas". Para este autor, não existem direitos fundamentais por natureza, pois "o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas" (BOBBIO, 2004, p. 13).

Além disso, por conta da variedade de denominações, há uma imprecisão em relação à própria expressão usada para designá-los. Estas expressões incluem: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 175).

No que concerne ao conceito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais pressupõem uma limitação estatal que, legitimada constitucionalmente, afigura-se em benefício das liberdades individuais. Assim, tudo aquilo que do ponto de vista individual constitui um direito fundamental "representa, visto pela perspectiva do Estado, uma norma de *competência negativa* que restringe suas possibilidades de atuação" (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 49).

Nesse sentido, vale destacar o seguinte posicionamento:

Os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desprezará os direitos dos indivíduos. Isso significa o efeito vertical dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o 'inferior (indivíduo) e o 'superior' (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 103).

Em relação ao amparo normativo através da positivação constitucional, Friedrich Muller citado por Robert Alexy (2015, p. 78), aponta que os direitos fundamentais:

[...] são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses 'âmbitos materiais' são transformados em 'âmbitos normativos' por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma.

A partir da evolução histórica, percebeu-se que os direitos fundamentais são heterogêneos, pois não possuem um único fundamento. Nesse sentido, não se pode falar em fundamento, mas em fundamentos dos direitos do homem, haja vista a enorme

variação dos estatutos e, conseqüentemente, das razões que os sustentam (BOBBIO, 2004, p. 14)

Essa heterogeneidade pode ser explicada por outra característica atribuída aos direitos fundamentais, que é a historicidade. Sabe-se que os direitos estão em constante mudança no decorrer do tempo, num processo que tanto pode gerar novos direitos, como também ampliar os existentes ou até mesmo extingui-los.

A partir dessa variedade, os estudiosos passaram a enumerar as chamadas dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

A primeira geração de direitos fundamentais compreende os direitos civis e políticos, constituindo as chamadas liberdades públicas. Trata-se da liberdade individual que todo ser humano possui de resistir e de se opor contra o Estado, daí o uso do termo liberdade negativa, que redundando na não interferência alheia no âmbito da autonomia do indivíduo, incluindo-se a abstenção de determinados comportamentos por parte do Poder Público. Em razão dos direitos políticos, inclui-se, ainda, a noção de liberdade como sinônimo de participação na tomada de decisões.

Tratam-se de direitos altamente subjetivos, que simultaneamente excluem-se o âmbito de ingerência do Estado e balizam os limites de sua atuação juridicamente e constitucionalmente outorgada. Sobre essa dualidade, nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 17):

[...] ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o "status" fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.

Dentre esses direitos, encontram-se as liberdades de religião, de opinião, de imprensa e de associação, bem como o direito à vida, à propriedade, à igualdade, à autonomia, à privacidade, à honra, à dignidade, entre outros. Na Constituição Federal de 1988, a maioria destes direitos estão no *caput* do artigo 5º e seus incisos, sendo que os direitos políticos constam nos artigos 14 a 16.

Os direitos de segunda geração, no entanto, referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos, que contemplam a coletividade. Ao contrário das liberdades públicas, esses direitos pressupõem uma ação positiva do Estado (BOBBIO, 2005, p. 09).

Em relação ao surgimento desses direitos, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 548) preceitua que eles passaram a ser constituídos não apenas em decorrência da intensificação da participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, principalmente, em razão da pressão dos movimentos sociais, notadamente aqueles denominados socialistas, que sustentavam que “as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto”. Nesse sentido, a assunção dos direitos sociais, cuja implementação resulta na melhoria das condições de vida, representou a ampliação da igualdade meramente formal, conquistada anteriormente na esfera das liberdades públicas, para a igualdade material.

Esses direitos, diferentemente das liberdades civis, conclamam uma atuação positiva do Poder Público, sem, no entanto, retirar dos direitos fundamentais em geral o caráter igualmente objetivo, do ponto de vista de sua aplicação, tal como defende Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 14):

[...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.[...] de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais [...].

Os direitos sociais estão inseridos na Constituição Federal no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no capítulo II, denominado “Dos direitos sociais”, no qual constam, entre outros, os direitos à educação, ao trabalho, à saúde e à moradia.

A terceira geração de direitos, fortemente influenciada pelo direito transnacional, engloba os chamados direitos de solidariedade ou direitos difusos. Tratam-se de garantias dirigidas à coletividade, cujos esforços de implementação destinam-se à preservação de valores universais, a exemplo da paz, do desenvolvimento humano, do meio ambiente e dos bens considerados como patrimônios da humanidade.

Como asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do *habeas corpus* nº 124.306/RJ, devido a sua importância, “os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas”. Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, nesta oportunidade, Barroso também fez um valioso comentário:

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia.

No que tange à relação entre as normas de direito fundamental, segundo o ensinamento de Robert Alexy (2015, p. 101), em termos teóricos, nenhum destes direitos devem se sobrepor entre si, pois não há hierarquia entre eles:

Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto.

No entanto, eventualmente, a aplicação de tais direitos eventualmente pode entrar em conflito. A solução a ser dada dependerá da análise ponderada do caso concreto e da utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da interpretação sistemática da Constituição, ou seja, “sua interpretação enquanto conjunto, que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu” (DIMOULIS e MARTIS, 2014, p. 171).

Passando da teoria à prática, no caso do aborto, os principais argumentos contrários à descriminalização giram em torno da violação do direito à vida do nascituro, o que criaria um conflito entre direitos. Para os adeptos desta concepção, o início da vida se dá com a fecundação, o que justificaria plenamente a criminalização do aborto em qualquer fase da gestação.

No plano jurídico, tal perspectiva não encontra legitimidade, por vários motivos.

Em primeiro lugar porque, para sua titularidade, o direito à vida consagrado

constitucionalmente pressupõe a qualidade de pessoa. Como exposto anteriormente, de acordo com a legislação infraconstitucional, o início da personalidade civil no Brasil dá-se a partir do nascimento com vida, sendo que os direitos salvaguardados ao nascituro, notadamente de ordem patrimonial, para sua concretização efetiva, dependem da eventualidade do nascimento. Além disso, o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como visto, não deixa dúvida em relação ao *status* de proteção jurídica do nascituro, frente aos direitos da mulher.

Em segundo lugar, nos primeiros meses da gestação não se pode falar em vida em sentido pleno, pois, o desenvolvimento biológico do embrião ocorre de forma gradual. No que tange à proteção jurídica, o ordenamento jurídico nacional segue esta mesma lógica de carácter gradativo. Como exemplo disso, o próprio Código Penal estabeleceu pena maior para o homicídio do que para o aborto e/ou infanticídio, além do fato de prever excludentes de ilicitude para o crime de aborto, privilegiando tanto o direito à vida, quanto a dignidade da mulher, em detrimento da vida do feto. Nesse sentido, de acordo com as opiniões já esposadas neste trabalho, o início da atividade cerebral é o parâmetro a partir do qual se confere maior proteção jurídica ao nascituro, pelo menos no que tange ao direito à vida, sendo que o desenvolvimento pleno só é factível a partir do início das atividades cerebrais, que, para a maioria dos estudiosos, passa a ocorrer a partir da 12ª semana de gestação.

Entretanto, entende-se que o caso não envolve ponderação entre o direito à vida do nascituro e os direitos fundamentais da mulher, haja vista que a interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre não constitui, no sentido jurídico, ofensa à vida do feto.

7 VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DA MULHER

Tendo em vista as transformações sociais e culturais que impactaram sobremaneira as relações de gênero, resignificando o papel da mulher na sociedade e desmistificando a questão da sexualidade, e, considerando a emergência dos direitos fundamentais como corolários do Estado Democrático de Direito, vários documentos internacionais passaram a prever diretrizes especialmente voltadas para a valorização da mulher enquanto sujeito de direitos.

Vinte anos após a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, foi realizada no Irã, a I Conferência Internacional de Direitos Humanos, em 1968. Declarando a necessidade de a comunidade internacional fomentar o respeito às liberdades fundamentais, sem distinção de raça, cor ou sexo, e reconhecendo que a discriminação contra a mulher continuava sendo realidade em diversas partes do mundo, a conferência declarou em seu artigo 15:

O fato de que a mulher não goze dos mesmos direitos que o homem é contrário à Carta das Nações Unidas e às disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. A aplicação cabal da Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher é uma necessidade para o progresso da humanidade.

Além disso, naquela época já se reconhecia o planejamento familiar como direito fundamental dos pais, como se percebe pela leitura do artigo 16, o qual preconizou que “a comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças”, sendo que “os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento.”

Nesse sentido, em 1979, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, cujo documento foi promulgado definitivamente pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. O artigo 1º conceitua a discriminação contra a mulher como:

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

Nessa linha de positivação, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1993, realizada em Viena, manteve o apelo à igualdade entre homens e mulheres, bem como a necessidade de eliminação de qualquer forma de discriminação contra a mulher, através dos artigos 18 e 39:

18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. [...]
39. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela à erradicação de todas as formas de discriminação, flagrantes ou ocultas, de que as mulheres são vítimas.

A declaração resultante da conferência também reafirmou o direito ao planejamento familiar e avançou ao prever o direito à saúde física e mental das mulheres em seu artigo 41:

41. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece a importância das mulheres poderem usufruir o mais elevado padrão de saúde física e mental ao longo das suas vidas. No âmbito da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra/ as Mulheres, bem como da Proclamação de Teerã de 1968, a Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma, com base na igualdade entre homens e mulheres, um direito da mulher a cuidados de saúde adequados e acessíveis e ao mais vasto leque possível de serviços de planejamento familiar, assim como à igualdade de acesso ao ensino, a todos os níveis.

Dentro do Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, agência da ONU responsável por tratar especificamente de aspectos populacionais e reprodutivos, foi realizada em 1994 a III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, tendo sido considerada a mais importante dentre as que a precederam, realizadas em Bucareste (1974) e na Cidade do México (1984).

No capítulo VII, que trata especificamente dos direitos de reprodução e saúde reprodutiva, o relatório da referida conferência definiu os direitos de reprodução da seguinte forma:

[...] os direitos de reprodução [...] se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Prevendo ainda o direito à saúde sexual, à assistência e ao bem-estar reprodutivo, o relatório trouxe o conceito de saúde reprodutiva:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer.

Como se percebe, ao tratar dos direitos reprodutivos, o relatório engloba a saúde sexual e reprodutiva, bem como o planejamento familiar, como direitos a serem implementados no âmbito dos países signatários. Além disso, assume a saúde da mulher como um compromisso global, considerando o aborto como um problema de saúde pública, cujas complicações devem ser tratadas independentemente do caso, devendo prioritariamente ser reduzido com ações de prevenção à gravidez indesejada:

Todos os governos e organizações intergovernamentais e não-governamentais são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher, a considerar o impacto de um aborto inseguro na saúde como uma preocupação de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar. A prevenção de gravidezes indesejadas deve ser dada sempre a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto. Mulheres com gravidez indesejada devem ter pronto acesso a informações confiáveis e a uma orientação compreensível. Todas as medidas ou mudanças com relação ao aborto no sistema de saúde só podem ser definidas, no âmbito nacional ou local, de acordo com o processo legislativo nacional. Em circunstâncias em que o aborto não contraria a lei, esse aborto deve ser seguro. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento de complicações resultantes de aborto. Os serviços de orientação pós-aborto, de educação e de planejamento familiar devem ser de imediata disponibilidade, o que ajudará também a evitar repetidos abortos.

Em 1994 também foi realizada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará. No relatório resultado da convenção ficou consignado que: “Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos.”

Alguns dos direitos estabelecidos foram: o direito à vida, à integridade física, mental e moral, o direito à dignidade, à liberdade e à segurança pessoais, a igualdade perante a lei, o direito a não ser submetida a tortura e o direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças.

Além disso, a convenção destacou a proteção à liberdade da mulher para o exercício pleno dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, reconhecendo ainda o direito a não ser vítima de violência, considerando-se esta como gênero do qual todas as formas de discriminação são espécies.

Em 1995, em Pequim, no âmbito da Organização das Nações Unidas, aconteceu a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que foi a mais importante dentre as anteriores, ocorridas no México (1975), em Copenhague (1980) e em Nairobi (1985). A Conferência resultou numa Declaração de 25 artigos, nos quais os participantes reafirmaram o compromisso com a “a igualdade de direitos e a inerente dignidade humana das mulheres e dos homens”, com “a plena implementação dos direitos humanos das mulheres e meninas, como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, bem como com:

12. O empoderamento e o avanço das mulheres, nesses incluído o direito à liberdade de consciência, religião e crença, contribuindo assim para atender às necessidades morais, éticas, espirituais e intelectuais de homens e mulheres, individual ou coletivamente, e, desse modo, lhes garantindo possibilidade de realizarem todo o seu potencial na sociedade, e a construírem suas vidas de acordo com suas próprias aspirações.

A Declaração afirmou ainda que os “os direitos da mulher são direitos humanos”, assegurando que “as mulheres e meninas gozem plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, reconhecendo explicitamente “[...] o direito de todas as mulheres de controlarem todos os aspectos de sua saúde em especial o de sua própria fertilidade”, como “essencial ao seu empoderamento”.

Nessa conferência, os governos participantes se comprometeram a implementar uma Plataforma de Ação composta por uma série de objetivos estratégicos, entre quais estão: “promover o acesso da mulher durante toda sua vida a serviços de atendimento à saúde, à informação e a serviços conexos adequados, de baixo custo e boa qualidade” e “reconhecer que as consequências, para a saúde, dos abortos feitos em más condições constituem um grande problema de saúde pública”.

Além disso, ficou definido que “os governos, em cooperação com as organizações não governamentais, os meios de informação, o setor privado e as organizações internacionais pertinentes, inclusive os órgãos adequados das Nações Unidas”, devem:

[...] reforçar as leis, reformar as instituições e promover normas e práticas que eliminem a discriminação contra as mulheres e encorajar tanto as mulheres quanto os homens a assumirem a responsabilidade de seu comportamento sexual com respeito à procriação; garantir o pleno respeito à integridade da pessoa, tomar medidas para garantir as condições necessárias para que as mulheres exerçam seus direitos no que diz respeito à procriação e eliminar as leis e práticas coercitivas; [...]

Em relação à gravidade dos problemas gerados em decorrência do aborto, a Declaração reconheceu que “o aborto inseguro põe em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos”, acentuando que, em que pese a magnitude da situação, “a maioria dos óbitos, problemas de saúde e lesões podem ser evitados, mediante a melhoria do acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, métodos de planejamento familiar eficazes e sem riscos e atenção obstétrica de emergência”.

No objetivo estratégico relativo à promoção de pesquisa e difusão de informações sobre saúde da mulher, a questão do aborto foi novamente citada como um grave problema de saúde pública:

[...] considerando que o aborto sem condições de segurança constitui uma grave ameaça à saúde e à vida das mulheres, promover pesquisas com vistas a compreender melhor e a enfrentar com mais eficácia as causas e as conseqüências do aborto induzido, inclusive seus efeitos sobre a subsequente fertilidade e sobre a saúde reprodutiva e mental, e das práticas anticoncepcionais, além de pesquisas sobre o tratamento de complicações resultantes de abortos, e os cuidados pós-aborto; [...]

Portanto, todos os governos, bem como as organizações intergovernamentais e não governamentais foram instados adotar medidas que revigorem o compromisso com a saúde da mulher, e, já que o aborto feito em condições inadequadas é uma questão de saúde pública, deverão adotar esforços a fim de “reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar”, sendo que “a prevenção da gravidez não desejada deve merecer a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto”, garantindo-se às as mulheres que engravidam sem o desejar, “o pronto acesso a informação confiável e orientação solidária”.

O documento foi além e definiu claramente que “em todos os casos, as mulheres devem

ter acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos”, sendo que “serviços de orientação, educação e planejamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos prontamente à mulher”, contribuindo-se para evitar abortos repetidos. Ademais, os governos foram instados a “considerar a possibilidade de rever as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais”.

Tendo em vista os documentos citados, percebe-se que a discussão do aborto no âmbito internacional tem avançado, apesar de não necessariamente atingir resultados efetivos no âmbito dos Estados, a exemplo do Brasil, que até o momento não envidou esforços para rever sua legislação penal.

A ampliação da discussão, como se vê, envolve a constatação de que a criminalização, além de não alcançar o resultado desejado, a ponto de coibir novas práticas abortivas, resulta na violação a direitos fundamentais da mulher, com forte impacto nas mulheres pobres. Tal problema deve ser enfrentado a partir da consideração destes direitos como direitos humanos, que ensejam uma atuação vigilante, preventiva e atuante do Estado, principalmente na implementação de medidas que diminuam os riscos de morte materna, fortalecendo os serviços de saúde voltados para essa população específica, vencendo-se os velhos tabus e preconceitos direcionados à mulher.

8 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE, EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Segundo o entendimento defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *habeas corpus* nº 124.306, para que a criminalização de determinada conduta seja compatível com a Constituição Federal, pelo menos estes três pressupostos devem ser atendidos:

[...] que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

Sabe-se que o bem jurídico no caso do crime de aborto é a vida em potencial do embrião, que, evidentemente, apesar de ser um bem de elevada importância, não pode se contrapor aos direitos da mulher, até mesmo por ser objeto de proteção gradual. Assim, tendo em vista que a criminalização do aborto viola muitos dos direitos fundamentais das mulheres, conclui-se que tal proibição na legislação penal pátria está em dissonância com os ditames constitucionais, motivo pelo qual, impõe-se que os artigos 124-126 do Código Penal sejam interpretados conforme a Constituição Federal, permitindo-se a interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, pelas razões expostas ao longo deste estudo.

Em relação à interpretação conforme a Constituição, Barroso (2010, p. 154) assevera que “a interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação”, sendo que esta ocorre no caso concreto de forma direta ou indireta.

No presente caso, trata-se de aplicação indireta, pois a pretensão baseia-se em uma norma infraconstitucional. Caso em que, para Barroso (2010, p. 154) “a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.”

Assim, seria plenamente possível, em sede de controle de constitucionalidade, que o STF decidisse sobre a questão, determinando a obrigatoriedade da interpretação dos dispositivos que tratam do aborto no Código Penal, conforme a Constituição Federal.

Importante destacar que, neste estudo, não se defende um possível direito ao aborto, pois, haja vista a complexidade e delicadeza da situação, não é razoável pensar que todas as mulheres porventura em estado gestacional, queiram deliberadamente realizar o procedimento. O que se defende, ao contrário, é que as mulheres que necessitem passar por tal experiência, não sejam constrangidas por uma proibição legal que viola frontalmente seus direitos fundamentais à privacidade, à liberdade, à dignidade, entre outros. Atualmente, tal constrangimento é um fato na legislação penal brasileira, como se verá a seguir.

8.1 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À PRIVACIDADE, À LIBERDADE E À AUTONOMIA

Primeiramente, é de destacar que a criminalização do aborto viola a privacidade da mulher, à medida em que a maternidade é uma questão eminentemente de foro íntimo. Assim, considerando que a gestação se dá irremediavelmente no corpo feminino, a decisão de gestar ou não um filho deve partir naturalmente de uma escolha individual. Por esse motivo, no presente estudo, o direito à privacidade, está plenamente ligado aos direitos à liberdade e à autonomia.

Nessa linha, Ferraz Júnior (1993, p. 440) não deixa dúvida sobre a discricionariedade da decisão particular nas questões privadas, ao definir a privacidade como sendo um direito que tem por conteúdo “a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão”.

Isto posto, entendendo-se que a privacidade envolve, entre outros, a relação com o próprio corpo, já que este é um atributo pessoal, “é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade” (SARMENTO, 2005, p. 76).

Sobre a privacidade, Ronald Dworkin (2009, p. 74) acredita que este direito pode ser entendido sob diferentes enfoques. No sentido territorial, ele permite que as pessoas façam o que quiserem em um espaço delimitado, ou seja, não interferindo no espaço de

outrem. Já no sentido da confidencialidade, significa que todos podem guardar suas convicções políticas e pessoais, independentemente de seu conteúdo, sem revelar a ninguém. Diferentemente destes aspectos, a privacidade pode representar a soberania em relação às decisões próprias de cada um. Com a criminalização do aborto, vê-se as definições quanto à confidencialidade e à soberania sobre as decisões pessoais restam violadas, haja vista que a decisão de continuar ou não uma gravidez, muitas vezes, engloba o exercício de convicções pessoais, tendo em vista, ainda, a carga axiológica envolvida no ato de interromper a gravidez.

No que tange ao direito à liberdade, sabe-se que este é imanente à natureza humana, tendo se constituído ao longo da história moderna como fundamento da democracia, sendo que, ainda no século XVIII, Immanuel Kant (2017, p. 83) já preconizava tratar-se do “único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes.” Baseando-se neste ensinamento, Bobbio (2004, p. 27) preleciona que “uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros”, a liberdade é “o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída”, que se traduz na “independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro”.

Nesse sentido, Marilena Chauí (2000, p. 463) defende que a liberdade pressupõe a “ausência de constrangimentos externos e internos”, ensejando “uma capacidade que não encontra obstáculos para se realizar, nem é forçada por coisa alguma para agir”, pois, “trata-se da espontaneidade plena do agente, que dá a si mesmo os motivos e os fins de sua ação, sem ser constrangido ou forçado por nada e por ninguém”.

Sendo assim, considerando que a gestação é uma questão íntima, que faz parte da órbita privativa da mulher, é de se concluir que com a criminalização do aborto, tal como se vê atualmente na legislação brasileira, o Estado não apenas constrange as mulheres, ao se imiscuir em questão tão pessoal, quanto as impõe coercitivamente a manutenção de uma gravidez indesejada, em flagrante afronta a sua liberdade de decisão. Tal imposição poderia ser classificada como uma “gravidez compulsória, que representa uma limitação potencial permanente à soberania das mulheres sobre si mesmas (MIGUEL, 2012, p. 05).

Pode-se dizer que a liberdade das pessoas como conceito global parte da junção entre a

liberdade de ação e a liberdade de vontade (ALEXY, 2015, p. 220). Para o denominado autor, “a base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.” Partindo deste pensamento, no caso do presente estudo, o titular da não-liberdade é a mulher, sendo que o obstáculo à liberdade é a própria tipificação penal do crime de aborto e o objeto da liberdade é a disposição sobre o próprio corpo.

Como desdobramento do direito à liberdade, tem-se o direito à autonomia. A partir do momento em que o indivíduo se concebe como um ser livre, abre-se para ele o “poder para dar-se normas, dispor sobre seus interesses de acordo com as próprias regras ou leis”, pois, “dizer que uma pessoa é autônoma é reconhecer que tem aptidão para decidir livremente sobre matérias de seu interesse” (SZTAJN, 2008, p. 34).

Ao analisar as decisões dos tribunais norte-americanos sobre o tema do aborto, Ronald Dworkin (2015, p. 220) denominou o princípio da autonomia procriadora como uma ramificação do princípio geral da privacidade, o qual encontra legitimidade não apenas no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, mas em todo o Ocidente:

O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte-americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções. [...] Em sentido amplo, o princípio da autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática (DWORKIN, 2015, p. 233).

Nesse sentido, Dworkin (2009, p. 210) também traz como objeto de discussão a noção de responsabilidade moral, no sentido de que quando o Estado criminaliza uma prática que notadamente advém de convicções eminentemente pessoais do indivíduo, coloca-se em oposição os objetivos de responsabilidade e conformidade, que são diferentes entre si e naturalmente se excluem. Assim, ele argumenta que “se pretendermos a responsabilidade, no final devemos deixar os cidadãos livres para decidir como lhes parecer melhor, pois é isso que implica a responsabilidade moral”, porém, se o objetivo for a conformidade, “exigiremos, ao contrário, que os cidadãos ajam de uma maneira que poderia ser contrária a suas próprias convicções morais.”

Com a criminalização do aborto, não resta dúvida de que o Estado, em vez de propiciar

o exercício da responsabilidade moral, a bem separar as esferas de interesse público e de interesse privado, optou por exigir a conformidade do cidadão à lei, anulando o espaço de análise ética de cada um, numa clara demonstração de coerção e desrespeito às liberdades individuais.

Dessa forma, reconhecendo-se que a opção pela manutenção ou não da gestação é, para todas as mulheres, uma questão eminentemente privada, que, além de envolver uma decisão sobre seus próprios corpos, envolve ainda consequências permanentes sobre o rumo de suas vidas, deve-se admitir que, ao criminalizar o aborto, o Estado extrapola suas prerrogativas, violando os mais importantes baluartes dos direitos civis, que são a liberdade e a privacidade.

8.2 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Sabe-se que por muito tempo a sexualidade da mulher esteve associada à procriação. Influenciado pela ideologia patriarcal e religiosa, historicamente, o Estado sempre incentivou a maternidade, tendo “no corpo da mulher o lugar de realização de seus principais objetivos”, sem que esta fosse “consultada sobre sua intimidade sexual, suas decisões acerca do seu planejamento familiar, sendo silenciada e invisibilizada durante séculos” (OLIVEIRA, 2015, p. 26).

Foi nesse contexto que a legislação penal nacional alçou o aborto como crime contra a vida, não restando dúvidas sobre a influência dos valores cristãos na escolha do legislador, tampouco sobre a defasagem de tal regramento nos dias hodiernos.

Com o advento do movimento feminista, bem como dos “recursos tecnológicos de regulação da fecundidade, a mulher passou a experimentar a sexualidade descentralizada da reprodução” (OLIVEIRA, 2015, p. 32). Nesse sentido, passou a reafirmar o exercício dos direitos sobre o próprio corpo, num processo através do qual surgiu a noção de harmonização entre a liberdade corporal e a liberdade de consciência, abrindo-se espaço para a importância dos direitos reprodutivos.

Flávia Piovesan (2002, p. 07) defende a necessidade de se dar um enfoque mais apurado

na construção dos direitos reprodutivos, haja vista os variados aspectos que eles representam, tais como a concepção, a contracepção, o parto e o aborto. Esta autora sustenta, ainda, que à medida em que estes direitos são negados à mulher, a sua dignidade moral decai, pois a ela é atribuído “um lugar de submissão”, reforçado pela cultura patriarcal que, imbuída de elementos morais e religiosos, relutam em aceitar a legitimidade dos direitos de reprodução, cuja titularidade é exclusiva da mulher.

A III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, ocorrida em 1994, definiu o os direitos de reprodução como aqueles responsáveis por garantir que todo casal tenha liberdade e responsabilidade para decidir se pretende ou não ter filhos, e, em caso afirmativo, escolher a quantidade e o momento oportuno para tanto, sem qualquer tipo de coerção, discriminação ou violência. Além disso, o conceito engloba o direito à informação e meios para o usufruto da saúde sexual e reprodutiva de forma plena.¹⁴

Assim, sob a perspectiva dos direitos humanos, bem como das relações de gênero equitativas, pode-se dizer que os direitos sexuais e reprodutivos apontam para “um campo de liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência” (PIOVESAN, 2002, p. 06)

Nesse sentido, o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, inspirado pela dicção do artigo 16 da I Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1968¹⁵, passou a prever o direito ao planejamento familiar, que, “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”, deve ser exercido de forma livre pelo casal, “competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para

¹⁴ Capítulo VII* DIREITOS DE REPRODUÇÃO E SAÚDE REPRODUTIVA [...]

7.2 [...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

¹⁵ 16. A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento; [...]

o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Dessa forma, vê-se que a positivação constitucional está em estreita harmonia com os documentos internacionais, comprovando-se a validade dos direitos reprodutivos no âmbito da tutela constitucional nacional e, por consequência, a violação destes por meio da legislação penal.

Ao tipificar a interrupção voluntária da gestação por meio do crime de aborto, a legislação penal claramente viola os direitos citados, uma vez que discrimina a mulher em razão do exercício de seu direito de escolha sob os aspectos reprodutivos, restringindo o exercício de suas liberdades fundamentais e notadamente ferindo sua dignidade moral, ao passo em que, simultaneamente, impõe-lhe a manutenção coercitiva da gravidez.

Entende-se que o direito ao livre planejamento familiar, disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal, insere-se no rol de direitos sexuais e reprodutivos, haja vista que seu conteúdo se volta para a noção de liberdade de decisão.

Devido a importância deste direito, em 1996, foi criada a Lei nº 9.263, que tem por escopo regular o direito ao planejamento familiar, trazido pela Carta Magna de 1988. Além de uma prestação positiva, efetivada na disponibilização de todos os meios de informação sobre concepção e contracepção, além da prestação de atividades básicas de atenção à saúde reprodutiva, entende-se que este direito envolve também uma dimensão negativa, à medida em que veda a adoção de medidas coercitivas por parte do Estado nesse campo, favorecendo a liberdade de decisão do casal.

8.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A Convenção sobre a Eliminação de Todas Formas de Discriminação contra a Mulher realizada pela ONU em 1979, conceituou a discriminação contra a mulher como sendo:

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

Nesse sentido, o Artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, determina que em termos constitucionais, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”, à luz do próprio caput do mesmo dispositivo legal, o qual propugna que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

A igualdade de gênero é um desdobramento do princípio geral da igualdade e representa um avanço na conquista dos direitos da mulher. Assim, quando a Constituição primeiramente proclama que, perante a lei, não deve haver distinção de qualquer natureza entre os indivíduos, está reafirmando a vedação a todas as formas de discriminação, inclusive aquela referente ao sexo, que também está consignada no Texto Constitucional, por meio do inciso IV do artigo 3º, o qual proclama que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O princípio da igualdade é representado no Texto Constitucional tanto em sua modalidade material (ou substantiva), quanto em sua vertente formal (ou jurídica). Ao consagrar a promoção do bem comum, sem discriminação de qualquer ordem, como um dos objetivos fundamentais do país, o legislador constitucional assumiu o compromisso de extinguir as desigualdades fáticas existentes na sociedade, o que remete, portanto, à persecução de meios positivos para atingir a igualdade material. Por outro lado, ao determinar a igualdade de todos perante a lei, a Constituição Federal garante a igualdade formal, haja vista que a expressão “perante a lei” remete à proibição de que atos legais estabeleçam distinções de qualquer natureza entre os indivíduos.

Assim, considerando que a gravidez é um fator biológico, que invariavelmente coloca a mulher em condição de desigualdade fática em relação ao homem, sendo impossível, nesse caso específico, estabelecer uma equiparação material entre os sexos, o Estado, no mínimo, deve garantir que esta diferença não seja objeto de distinção legal, que é exatamente o que acontece com a tipificação penal do aborto nos termos atuais, ato que ao mesmo tempo distingue e desqualifica a mulher como sujeito de direitos.

Com vistas à superação da desigualdade apontada, é preciso reconhecer que “a criminalização do aborto gera uma grave assimetria, impondo às mulheres limitações no

manejo do próprio corpo com as quais os homens não sofrem” (MIGUEL, 2012, p. 04). Dessa forma, “na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não” (BARROSO, 2016, p. 12).

A decisão de realizar ou não a interrupção da gravidez parte da liberdade de consciência, tendo em vista que, indubitavelmente, envolve uma valoração moral, espiritual ou ética por parte da mulher. Sendo assim, a lei não deve servir de parâmetro diferenciador no tocante a qualquer aspecto que envolva o exercício desta liberdade especificamente. Esta visão é compartilhada no seguinte posicionamento:

[...] a proibição do aborto ofende as cláusulas constitucionais de processo legal justo e igual proteção: seria estranho que a melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais não insistisse em que as pessoas têm o mesmo direito de seguir sua própria consciência nas questões profundamente espirituais. (DWORKIN, 2009, p. 231).

Nessa mesma linha de intelecção, Daniel Sarmiento (2005, p. 79) assertivamente aduz que “[...] a vedação em questão viola a igualdade entre os gêneros na medida em que subjugava as mulheres, impondo a elas um ônus que em nenhum contexto se exigiria que os homens suportassem.” O doutrinador vai além e aponta para uma grave realidade social descortinada no contexto de criminalização do aborto, ao apontar que “[...] essa proibição ofende ainda a igualdade social, já que produz impactos muito mais marcantes sobre as mulheres de baixo poder aquisitivo.

Dessa forma, segundo o entendimento de Greice Menezes (2009, p. 196), considerando que as “as mortes por aborto atingem preferencialmente mulheres jovens, de estratos sociais desfavorecidos, residentes em áreas periféricas das cidades” e que “são também mais acometidas as negras que apresentam um risco três vezes superior de morrer por essa causa, quando comparadas às brancas”, é de admitir que a tipificação penal em comento propicia também a desigualdade social e racial, à medida em que “afeta de maneira distinta as mulheres segundo seus recursos econômicos, discriminando aquelas que, por carência de meios suficientes, se veem obrigadas a recorrer ao aborto inseguro” (PIMENTEL, 2012, p. 73).

Assim, é preciso reconhecer a violação triplamente apontada, perpetrada pela legislação penal. Primeiro no tocante à discriminação de gênero, em razão de promover a distinção

e restrição da mulher em relação ao homem, resultando em anulação do exercício das liberdades individuais, à luz do conceito de discriminação adotado pela ONU no âmbito da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Segundo, porque tal distinção efetivamente propicia a desigualdade de gênero, ao colocar a mulher em condição de desvantagem. E terceiro, por proporcionar a desigualdade social entre mulheres de menor e maior poder aquisitivo.

8. 4 VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

Segundo a socióloga Daniele Ardaillon (1997, p. 09) “o corpo [...] é o centro de nossa existência, ele expressa a imersão no mundo e, portanto, a própria condição da eventualidade de nossa liberdade.” A gravidez é um fato que gera transformações psíquicas altamente marcantes na relação da mulher com seu próprio corpo, pois, “[...] quando se manifesta a consciência de uma dualidade entre a consciência do corpo e o corpo, entre sujeito e objeto, o sujeito vê-se obrigado a manter um diálogo entre o ser e o ter corporal, para conseguir a reestruturação do todo” (ARDAILLON, 1997, p. 04).

Assim, em se tratando de uma gestação indesejada, há uma ruptura maior nesse diálogo, sendo o aborto a representação de um “desfecho de uma crise moral na busca da restauração da totalidade do ser e do ter corporal, ou seja, da consciência da coesão individual para a mulher que rejeita a gravidez naquela sua situação existencial” (ARDAILLON, 1997, p. 04).

Devido a sua importância, pode-se afirmar que a integridade psicofísica é atributo do princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual, o indivíduo é privado de qualidade de vida. Além disso, remete ao direito ao próprio corpo, bem como ao direito à segurança, expresso no artigo 5º da Carta Magna.

Nesse sentido, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (de 1989), trata do direito à integridade pessoal em seu artigo 5º, o qual aduz que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Assim, não resta dúvida de que a gestação forçada reflete a ingerência do Estado no

corpo da mulher, numa situação em que este deixa de ser tido como um atributo pessoal e passa a ser objeto de regulação estatal, desequilibrando-se os eixos físico e psíquico. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do *habeas corpus* nº 124.306/RJ, esclareceu sobre o impacto da criminalização ora criticada:

A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser.

Além de tudo, é preciso considerar que, independentemente das razões, uma mulher que decide interromper a gravidez, por si só, já se encontra em estado de elevado sofrimento psicofísico, em razão da carga axiológica e moral envolvida no processo, bem como das próprias transformações orgânicas provenientes. Dessa forma, a tipificação do aborto resta por intensificar ainda mais essa angústia, ferindo frontalmente a integridade da mulher.

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, princípio maior do ordenamento jurídico nacional, que inclusive está no cerne dos direitos materialmente fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um deles, deve-se garantir à mulher o direito ao próprio corpo, tornando-a sujeito de direito, capaz de repelir invasões de ordem privada e de ordem pública à sua integridade pessoal, a exemplo do que foi exposto na presente pesquisa.

8. 5 VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Considerando que se trata de um direito social, pontua-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, já o previa de forma genérica e específica, em seus artigos 22 e 25:

Artigo XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. [...]

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação,

vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Nessa linha de inteligência, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992, possui expressa previsão de que os Estados reconheçam “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”

No âmbito nacional, a Carta Magna definiu a saúde como um dos direitos sociais (artigo 6º), sendo dever do Estado garanti-la “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, conforme artigo 196.

Daniel Sarmiento (2005, p. 72) argumenta que o direito à saúde de forma genérica, “envolve tanto um aspecto defensivo, como uma dimensão prestacional”. Sendo que, na vertente defensiva, “atua como um mecanismo de bloqueio, para impedir que condutas do Estado ou de terceiros venham a lesar ou ameaçar a saúde do titular do direito”, por outro lado, no aspecto prestacional, “impõe ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas.”

No contexto do presente estudo, o direito à saúde é violado essencialmente no que tange à saúde reprodutiva, porém, ocorre nas duas dimensões apontadas por Daniel Sarmiento. Nesse sentido, o conceito de saúde reprodutiva foi definido mais especificamente no âmbito da III Conferência Internacional sobre População, ocorrida no Cairo em 1994, e denota claramente a amplitude de sua abrangência:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer.

Destaca-se que a realidade cotidiana mostra que historicamente a criminalização do aborto no Brasil tem resultado em grave risco e elevada exposição da saúde e da vida das mulheres em idade fértil, fato que atinge majoritariamente aquelas de menor poder aquisitivo. Tal fato poderia ser evitado, por meio da adoção de uma política pública

coerente e eficaz, que efetivamente tratasse o aborto como problema de saúde pública (SARMENTO, 2005, p. 44). Nesse ponto, é preciso ressaltar que “a legislação em vigor não ‘salva’ a vida potencial e fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres” (SARMENTO, 2005, p. 44).

Como prova de que o aborto realizado clandestinamente gera severas consequências para a saúde da mulher, a partir da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Pequim em 1995, declarou-se expressamente que se trata de um problema de saúde pública, responsável por colocar em risco a vida de muitas mulheres, o qual deve ser enfrentado pelos Estados de forma eficaz, melhorando-se o atendimento à saúde, sob o prisma dos métodos de planejamento familiar e da atenção obstétrica de emergência.

Para Flávia Piovesan (2002, p. 04), “[...] pertencer ao gênero feminino interfere no modo pelo qual os direitos humanos são exercidos, respeitados ou violados.” Nesse contexto, a autora argumenta que não se pode ignorar a mortalidade materna como fator de violação dos direitos humanos, especificamente do direito à maternidade segura, tendo em vista se trata de “um dos fatores de mortalidade mais evitáveis e preveníveis”.

Assim, considerando a vulnerabilidade principalmente da população de baixa renda, que não possui acesso a serviços de emergência em saúde, a proibição do aborto acaba por gerar mais problemas, comprometendo em geral a saúde da mulher e aumentando os índices de mortalidade materna.

Tal cenário conclama uma ação enérgica do Estado, a fim de solucionar a questão a partir da causa e não das consequências, sob pena de se negar um dos direitos sociais mais básicos, que é a saúde.

CONCLUSÃO

A partir das exposições delineadas no presente estudo, observa-se que os direitos fundamentais são de tão grande importância, que, além de terem força normativa própria, servem como parâmetro de aplicação do direito como um todo, haja vista o caráter balizador de seu conteúdo. Tal constatação se deu no presente trabalho, principalmente em razão da pesquisa relativa ao arcabouço protetivo da mulher no âmbito dos documentos internacionais, até mesmo porque muitos destes inspiraram a Constituição Federal de 1988.

Em que pese a relevância apontada, sabe-se da dificuldade que se enfrenta cotidianamente na aplicação desses direitos, o que demonstra que a simples positivação por si só, não constitui um fator estanque. O que se verifica, cada vez mais, é que a luta pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais é um trabalho contínuo e interminável, haja vista as próprias transformações sociais.

No que tange à possibilidade jurídica de se rever a legislação penal relativa ao aborto, a título de controle de constitucionalidade, tendo em vista os julgados apontados nesta pesquisa, acredita-se que não se trata de um ideal distante, inclusive porque os problemas advindos dessa realidade são bem maiores do que os benefícios porventura vislumbrados pelo legislador de 1940, o que conclama uma atuação urgente e proativa do Estado, seja através do Poder Legislativo, seja por meio do Poder Judiciário.

Ademais disso, a presente pesquisa concluiu que a tutela jurídica do nascituro, cuja vida em potencial é o objeto de proteção da lei penal, não é capaz de suplantiar os direitos fundamentais da mulher, haja vista que se restringem à legislação infraconstitucional. Assim, acredita-se que a interrupção voluntária da gestação efetivada no limite do primeiro trimestre atende plenamente aos ditames de razoabilidade e segurança, resultando principalmente na diminuição da desigualdade existente entre homens e mulheres.

O Direito precisa avançar, no sentido de fortalecer a valorização do ser humano considerado em si mesmo, pois, somente assim, poderá se pensar na revisão e

superação de equívocos histórico-sociais, tais como a cultura patriarcal, que, curiosamente, até os dias atuais, reflete-se em práticas atentatórias da dignidade da pessoa humana, principalmente de minorias, a exemplo das mulheres. Assim, quando se verifica que até os dias atuais, a sociedade ainda discute a necessidade de garantir às mulheres a observância de um direito mínimo como o de liberdade, a constatação acima não parece capaz de surpreender.

Nesse sentido, faz-se necessário rever o quanto antes a proibição do aborto, quando este é fundado única e exclusivamente na decisão da mulher, a fim de se alcançar mais um passo na história.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, out./set. 1999.

ARDAILLON, Daniele. O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro. Discursos sobre o aborto em número e gênero. v. 05, n. 02, 1997. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12155/11425>> Acesso em: 10 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. v. 88, p.439-459, 1993.

GARCIA, Filipe Rodrigues. O aborto: diálogo entre os direitos do nascituro e os direitos da mulher grávida à luz da constituição federal de 1988. *Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas*. Sete Lagoas, v. 1, p. 19-40, n. 1/2015

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

KOTTOW, Miguel. A Bioética do Início da Vida. In: _____. *Bioética e Saúde novos tempos para mulheres e crianças?* Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. cap. 1. p. 19-38.

MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo: reflexões sobre a criminalização do aborto no Projeto de Novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/6939/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>> Acesso em: 24 dez. 2017.

MENEZES, Greice. Pesquisa sobre aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, p. 193-204, 2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. *Revista de Estudos feministas*. v. 20, n.3, p. 657-672, set./dez., 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000300004/23819>> Acesso em: 15 dez. 2017.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Alana Lima de. A relação entre os sexos na modernidade e o direito ao livre planejamento familiar. *Revista Síntese Direito de Família*, v. 16, n. 92, p. 25–39, out./nov., 2015.

ONU. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em 10 fev. 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2017.

ONU. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 30 jan. 2018.

ONU. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>> Acesso em: 20 dez. 2017

ONU. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf> Acesso em: 10 jan. 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos reprodutivos como Direitos Humanos*. 2002. Disponível

em<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=direitos+reprodutivos+como+direitos+humanos+&btnG=> Acesso em: 15 dez. 2017.

ROCHA, Priscila Ferreira Nobre. *Liberdade religiosa e os limites de intervenção de um estado laico no âmbito das confissões*. 2010. Monografia (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16241/16241.PDF>> Acesso em 05 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, março-abril de 2004. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=CONSTITUI%3%87%3%83O+E+PROPORCIONALIDADE%3A+O+DIREITO+PENAL+E+OS+DIREITOS+FUNDAMENTAIS+ENTRE+PROIBI%3%87%3%83O+DE+EXCESSO+E+DE+INSUFICI%3%8ANCIA+&btnG=> Acesso em: 13 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. Porto Alegre, mai. 2007. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=O+Crucifixo+nos+Tribunais+e+a+Laicidade+do+Estado&btnG=> Acesso em: 12 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 43-82. abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>> Acesso em: 14 out. 2017.

SZTAJN, Rachel. Bioética e ortotanásia ou autonomia privada e direito à vida. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. ano 3, n. 4, p. 31-40, jan./jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v. 06, p. 541-558, 2005. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, p. 155-177, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.