

# Aborto como direito constitucional

## *Abortion as a constitutional right*

Vladimir Polfzio Júnior

### RESUMO

O direito da mulher de interromper a gestação não desejada, a partir do reconhecimento da supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual assegura à gestante a garantia de buscar a felicidade, constitui a temática central do presente trabalho. Partindo da tipicidade da conduta prevista no Código Penal, com as hipóteses expressas que afastam sua ilicitude, o estudo aborda a evolução jurisprudencial e doutrinária, notadamente sob o enfoque constitucional, que em situações específicas alargou o rol das possibilidades legais de interrupção da gestação. Nesse diapasão, o estudo conclui que a moderna exegese constitucional não permite considerar a mulher como mero instrumento cujo objetivo, quando grávida, seja obrigatoriamente cuidar e zelar pelo nascituro.

**Palavras-chave:** Aborto. Interrupção da gestação. Gravidez. Capacidade reprodutiva.

### ABSTRACT

The women's right to terminate an unwanted pregnancy, starting in the recognition of the constitutional principle of human dignity supremacy, which assures the pregnant woman the happiness pursuit, is the central theme of this work. Starting from the typicality of conduct forecast in the Penal Code, with the expressed hypotheses remove their illegality, the study broaches the jurisprudential and doctrinal evolution, notably under the constitutional approach, that in certain situations has extended the list of legal possibilities for pregnancy termination. In this vein, the study concludes that the modern constitutional exegesis does not consider women as mere instruments whose goal, when pregnant, is taking care of the unborn child mandatorily.

**Keywords:** Abortion. Termination of pregnancy. Pregnancy. Reproductive capacity.

## 1 Introdução

A Lei Penal aduz constituir fato típico a interrupção da gestação, excepcionando as hipóteses em que o estado gravídico resulte de estupro ou importe em risco insuperável à vida da gestante; ainda assim, entendeu o STF, em 2012, em considerar atípico o abortamento de anencéfalo. O tema é sensível se abordado considerando aspectos religiosos e culturais; todavia, o aborto é prática comum, embora permaneça no campo da ilegalidade, levando o Ministério da Saúde a considerar o tema sob o aspecto de “saúde pública”, tamanha sua disseminação na sociedade brasileira, porque a criminalização não impede sua ocorrência mas potencializa seus efeitos. Os legisladores, quiçá aturdidos pela atuação de grupos organizados, especialmente de cunho religioso contrários à descriminalização, obstam a imprescindível adequação da norma repressiva à realidade social (ROCHA, 1996), corroborando assim para um hiato normativo que pode, e deve, ser suprimido pelo Poder Judiciário.

A restrição ao aborto voluntário não se sustenta pela análise de sua constitucionalidade, porque fulmina direitos humanos fundamentais da mulher, que deve ser livre para decidir sobre sua sexualidade e reprodução, e, mais importante, de não ser prejudicada na busca de sua felicidade. A criminalização a torna refém de uma gravidez indesejada, transformando-a em mero objeto cujo escopo é dar à luz uma vida não querida e não amada.

No campo do direito comparado, inúmeros são os exemplos de reconhecimento da autonomia e liberalidade da mulher na decisão de interromper ou não a gestação, positivados em leis nacionais e em tratados internacionais.

Todavia, à míngua de um texto normativo consentâneo à realidade brasileira, é possível extrair da Carta Magna de 1988 os pressupostos autorizativos para o exercício pleno da cidadania da mulher que deseje dar cabo de sua gestação voluntariamente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Qualquer restrição ao exercício desse direito personalíssimo da mulher gestante não se ampara constitucionalmente.

## 2 Crime de aborto

Aborto consiste na interrupção da gravidez, com a consequente morte do feto, que é produto da concepção (JESUS, 2002, p. 424). Ressalta Damásio Evangelista de Jesus (1999, p. 115) que, etimologicamente, significa “privação de nascimento”, oriunda da junção “de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento”. É a destruição da vida que existe no interior do útero materno. Lembra Fernando Capez (2004<sup>1</sup>, p. 108):

A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto [...], pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio.

Na parte especial do Código Penal estão estabelecidos, no Capítulo I, denominado “dos crimes contra a vida”, inserido no Título I, “dos crimes contra a pessoa”, os dispositivos relacionados à interrupção da gestação. São eles: (i) o “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” (art. 124); (ii) o “Aborto provocado por terceiro”, sem o consentimento da gestante (art. 125), ou com seu consentimento (art. 126); e (iii) causas de exclusão da ilicitude, como o “Aborto necessário” (art. 128, I) ou “Aborto em caso de gravidez resultante de estupro” (art. 128, II).

Assim, ocorrendo a interrupção da gestação sem a presença de qualquer das excludentes do art. 128, haveria um fato típico, com a consequente necessidade de aplicação de uma pena. E por se tratar a conduta de crime contra a vida, o processo poderia ser analisado pelo Tribunal do Júri<sup>1</sup>.

### 2.1 Casos de anencefalia

A anencefalia consiste na má formação ou na ausência do cérebro, o que inexoravelmente conduz a uma expectativa de vida muito diminuta. A interrupção da gestação de anencéfalo foi objeto de apreciação pelo STF, porque constitui hipótese não prevista nos incisos do art. 128 do CP.

Em seu voto na ADPF nº 54/DF, o Min. Marco Aurélio (2012, p. 46-47) ponderou sobre os conceitos de morte cerebral e clínica, concluindo:

Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, [...] a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

Ainda que divergentes os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, por maioria, nos termos do voto do relator, Min. Marco Aurélio (2012, p. 69), entendeu o STF que a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Estatuto Repressivo afasta a tipicidade quando o óbice à continuidade do estado gravídico tiver causa na anencefalia. Assim a ementa ADPF nº 54/DF (2012, p. 1):

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Dos votos vencidos, destaco que o Min. Lewandowski (2012, p. 241) apontou que o legislador ordinário não acrescentou essa possibilidade de interrupção da gestação no rol das excludentes, de modo que, à míngua de uma norma editada pelo Congresso Nacional, não cabe ao Judiciário acrescentar nova hipótese de isenção de punição àquelas já elencadas na Lei Penal. O magistrado (2012, p. 247-248), nas razões de seu convencimento, também destacou:

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Já o Min. Cezar Peluso (2012, p. 386) destacou seu convencimento de que a conduta de interromper a gestação de feto com anencefalia “se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto”, asseverando (2012, p. 386-387) que “A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa”. Entendendo que o nascituro “é sujeito de direito”, seja “anencéfalo ou não”, o Min. Peluso (2012, p. 390-393) ressaltou o inestimável valor da vida, bem como a possibilidade de que surjam práticas de eugenia ou eutanásia:

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irremissibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano. Independentemente das características que assuma na concreta e singular organização de sua unidade psicossomática, a vida vale por si mesma, mais do que bem humano supremo, como suporte e pressuposição de todos os demais bens materiais e imateriais, e nisto está toda a racionalidade de sua universal proteção jurídica. Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.

Os Ministros Gilmar Mendes (2012, p. 306-307) e Celso de Mello (2012, p. 365-366), embora julgassem procedente o pedido, divergiram do relator porque desejavam crescer condições para o diagnóstico da anencefalia. Favoráveis à tipificação da conduta como crime de aborto os Ministros Lewandowski (2012, p. 251-252) e Peluso (2012, p. 415). Acompanham o relator os Ministros Rosa Weber (2012, p. 136), Joaquim Barbosa (2012, p. 152), Luiz Fux (2012, p. 171), Cármen Lúcia (2012, p. 236) e Ayres Britto (2012, p. 266).

### 3 Do alcance do direito penal

Para Bianchini (2002, p. 41), “um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo na sociedade”. Para o autor, existe uma dificuldade “na identificação desta classe de bens”, porque essa determinação sobre o que seria ou não digno de ser penalmente tutelado constitui “uma decisão política do Estado”, a qual não pode ser arbitrária, e sim condicionada à estrutura desse Estado, de modo que, “Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem”.

Nesse sentido Capez (2004<sup>2</sup>, p. 10-11), para quem, em um Estado Democrático de Direito, não basta a norma penal descrever formalmente um fato como infração penal sem considerar se há ofensa ao “sentimento social de justiça”. Para o professor, “sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social”.

De fato, em um Estado Democrático e de Direito, é fundamental submeter o tipo incriminador a uma profunda investigação ontológica, porque crime não é necessariamente o que determina o legislador, por um conceito meramente formal, sendo imperativo indagar, antes, se essa conduta tipificada teria a potencialidade de representar um risco aos valores que fundamentam a sociedade (CAPEZ, 2004<sup>2</sup>, p. 11). Isso

porque a norma jurídica, aponta Capez (2004<sup>2</sup>, p. 13), tem por escopo “a proteção de bens jurídicos a partir da solução dos conflitos sociais, razão pela qual a conduta somente será considerada típica se criar uma situação de real perigo para a coletividade”.

A doutrina reconhece a incidência de inúmeros princípios que limitam a atuação do direito penal. Acima deles, como valor-fonte dos direitos fundamentais, está a dignidade da pessoa humana, como já reconheceu o STF, no julgamento do RE nº 477.554, de lavra do Min. Celso de Mello (2011, p. 1), que em sua ementa assenta:

[...] O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Dentre esses princípios, estão o da lesividade e o da proporcionalidade mínima.

O princípio da lesividade aponta que o direito penal deve recair sobre condutas que efetivamente representem um prejuízo à vida em sociedade, conforme a realidade social presente em uma determinada época. Lúcido o escólio de Zaffaroni, Batista e outros (2003, p. 225-226), onde estabelecem:

a) O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. b) Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito da liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surgem quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certa afirmação de que *o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade*, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral. [...]. c) Como consequência do anterior, as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção moral (e o consequente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte

fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem necessita para a respectiva auto realização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência). (grifos no original)

Daí porque entendem Zaffaroni, Batista e outros (2003, p. 226-227) que o *princípio da lesividade* assegura que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”. A conceituação sobre o que seria, pois, *bem jurídico* é imprescindível, embora, como advertam os autores, “habitualmente se proceda logo a uma indevida comparação entre *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo* e *bem jurídico tutelado*”<sup>2</sup>, ambos com conteúdo substancialmente diversos, “pois nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico”, já que “a única coisa suscetível de verificação é que ela confisque um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico”. E completam:

A afirmação de que isso implica uma tutela corre por conta da agência política criminalizante, mas sua verificação não pode ser feita através da lei, mas sim da própria realidade social: o direito penal só manifesta a criminalização primária e a pretensão discursiva tutelar daquela agência; a sociologia é que verifica (como falsa ou verdadeira) a tutela. [...]. Essa distinção é tão necessária quanto perigosa é sua equiparação, porque a ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas. (2003, p. 227)

O *princípio da proporcionalidade mínima* impõe que o direito penal não deve se preocupar quando a lesão ao bem jurídico tutelado for diminuta ou quando a sanção for demasiada. Zaffaroni, Batista e outros ensinam:

A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demons-

trar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. [...]. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela praticou. (2003, p. 230-231)

Inúmeros outros princípios são reconhecidos pela doutrina.

Ao discorrer sobre os princípios que pautam o direito penal, Capez (2004<sup>2</sup>, p. 18-19) lembra que o *princípio da adequação social* impõe que apenas as condutas que afrontem o sentimento social de justiça devem ser tipificadas, isto é, a relevância social constituiria pressuposto para a tipificação da conduta. Nas palavras do professor, pressupõe o tipo penal “uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais”, disso resultando que “as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade”. O autor, entretanto, ressalta as críticas dos estudiosos, lembrando que a lei não pode ser revogada pelo costume e que o magistrado não pode atuar como legislador e considerar “revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo”.

Indica Capez (2004<sup>2</sup>, p. 19-22) também o *princípio da intervenção mínima*, inspirado “na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias”. Por esse princípio, o legislador penal deveria se preocupar tão somente com as condutas que provoquem dano à vida em sociedade, o que realça a característica de subsidiariedade do princípio. Para o professor, apenas quando “os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela” surge a

necessidade de uma norma penal, isto é, “quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito”. E explica:

Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).

Dessarte, a controvérsia reside na identificação da conduta de obstar a gestação um fato típico, uma lesão tamanha à sociedade que exija a imposição de uma sanção. O fato de essa conduta permanecer tipificada não afasta, entretanto, a necessidade de que seja interpretada conforme a Constituição, para que dela se possa extrair um significado atual, de tal sorte a não se divorciar dos princípios que norteiam o direito penal.

Eventualmente, condutas são descriminalizadas, porque o legislador se apercebe que o bem jurídico tutelado não reclama a aplicação de uma pena. Desse processo de despenalização de condutas são exemplos: (i) o uso pessoal de substâncias entorpecentes, que não mais sujeita o agente a pena privativa de liberdade (art. 28, Lei nº 11.343/2006), embora permaneça a nomenclatura de crime; (ii) o adultério, tipificado como crime no Código Penal no art. 240, foi expungido pela Lei nº 11.106/2005.

## 4 Da dignidade da pessoa humana

Dentre os fundamentos constitucionais estabelecidos pelo constituinte de 1988 está “a dignidade da pessoa humana” (art. 1, III). Esse princípio, como explica Moraes (2011, p. 24), “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, e afasta a noção “de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

No STF, o Ministro Ayres Britto, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana no julgamento da ADI nº 4.277/DF (2011, p. 14), assim entendeu o alcance da expressão:

34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, *se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente*. Ou “homofetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. (grifei)

A dignidade da pessoa humana, pois, contém um princípio implícito, que dele decorre naturalmente, que assegura a todos o direito de perseguir a felicidade. Nesse sentido ementa de lavra do Min. Celso de Mello, do STF, relator do RE nº 477.554 (2011, p. 1):

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa

humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado.

Dessarte, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui a garantia reconhecida pelo constituinte de 1988 de que o ser humano deve ser tratado com dignidade, a qual pressupõe respeito às suas convicções pessoais, porque ele possui o direito de ser feliz. No aspecto individual, essa dignidade se revela na não submissão ao interesse coletivo, de modo que a busca da felicidade não pode ser obstada pela eventual norma restritiva. Essa garantia, como salientou em seu voto o Ministro Ayres Britto, já estava consignada na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, que no seu item 1 estabelecia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem, por qualquer contrato, privar ou despojar sua posteridade; ou seja, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, e de buscar e obter felicidade e segurança<sup>3</sup>.

A Carta Magna também dispõe, ao elencar os objetivos fundamentais republicanos, a obrigação de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Disso deflui que a promoção do bem comum, que é o bem estar coletivo, sem diferenças entre uns e outros, é o escopo do Estado Nacional. Sobre o tema, adverte Agra (2012, p. 181):

Quando a Constituição fala que não pode haver preconceito em relação a raça, sexo, cor, idade, origem etc., não está falando, de forma absoluta, que é impossível qualquer tipo de discriminação com base nestes elementos. Por exemplo, pode haver diferenciação de sexo, possibilitando a inscrição de apenas mulheres, em um concurso para trabalhar como carcereira em um presídio feminino. Portanto, o que a Constituição veda são diferenciações com base nos elementos mencionados que não tenham um amparo lógico plausível que os justifique, que eles sejam alçados a critérios diferenciadores sem uma forte motivação que os ampare.

Lembra Ferraz Filho (2013, p. 8) que o bem comum, inerente a “todos os seres humanos”, constitui o “fim último da democracia constitucional

brasileira”, advertindo que não se trata de “um ideal irrealizável”. Agra (2012, p. 129) lembra que os objetivos fundamentais constituem princípios de conteúdo polissêmico, “que impedem definições precisas acerca de sua essência”, concluindo que “formam as normas do *welfare state* brasileiro, isto é, são normas programáticas que têm o objetivo de criar um Estado de bem-estar social. Possuem eficácia mediata, no sentido de que o legislador infraconstitucional não pode afrontar o conteúdo de suas disposições”. Sempre lúcido o conceito de João XXXII (1963) sobre bem comum, definido como “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”, constitui o fim primeiro e último de qualquer ordenamento.

O princípio constitucional do bem comum, sem quaisquer formas de preconceito ou discriminação, portanto, reconhece o direito humano inerente a todos individualmente de não serem diferenciados indevidamente. Nesse mesmo sentido também dispõe o *caput* do art. 5º da Carta Política, encartado no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inserido no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de lavra do constituinte de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Aponta Peña de Moraes (2013, p. 321) que os direitos fundamentais, principalmente “os direitos individuais, procedem à limitação do poder político na medida em que estatuem, relativamente ao Estado e aos particulares, um dever de abstenção”, de modo a assegurar “a existência de uma esfera de ação própria, inibidora de interferências indevidas, de forma que são satisfeitos por um abster-se ou não atuar”.

Seriam tais direitos, assim, exemplos do que denominou Georg Jellinek *status negativus* ou *status libertatis*, porque consistiriam, os direitos

individuais, consequência da inação estatal. Alexy (2012, p. 258), ao discorrer sobre essa teoria, aponta que nessa situação estariam apenas as ações consideradas, para o Estado, juridicamente irrelevantes, como “o saborear de um vinho e o passeio em sua própria propriedade”. Isso porque ao conceito de *status negativo*, como aponta Novelino (2013, p. 381), atualmente são conferidos dois significados: (i) em sentido *stricto*, oriundo do pensamento de Jellinek, “diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não protegidas”; (ii) em sentido *lato*, acolhido majoritariamente pela doutrina, “se refere aos direitos de defesa, ou seja, direitos a ações negativas do Estado que protegem o status negativo em sentido estrito”, ocasionando “uma obrigação negativa endereçada ao Estado para que deixe de fazer algo”.

Ciente das inúmeras críticas à teoria dos *status* de Jellinek, Alexy (2012, p. 270-271) lembra que “o legislador está vinculado aos direitos fundamentais”, sendo inaplicáveis essas teses “sob a vigência da Constituição alemã”. E adverte:

Mas isso não significa que o conceito de *status negativo* tenha se tornado obsoleto. Quando da discussão acerca do conceito de liberdade jurídica não-protégida foi demonstrado que as normas de direitos fundamentais devem ser concebidas também como normas permissivas. A partir dessa base é possível construir o conceito de *status negativo fundamental*. O conceito do *status negativo fundamental* [...] é constituído pela totalidade daquilo que lhe é facultado em virtude de uma norma constitucional permissiva. O *status negativo fundamental* pode ser violado também pelo legislador, como, por exemplo, por meio de estabelecimento de normas proibitivas que contradigam uma norma de direito fundamental permissiva. O problema do conteúdo do *status negativo* é solucionável, portanto, por meio da introdução do conceito de *status negativo fundamental*. (grifei)

A doutrina de Alexy, ainda que amparada na realidade alemã, é pertinente de estudo porque também a Constituição brasileira limita a atuação do legislador superveniente, que está adstrita aos direitos fundamentais nela consagrados. Os direitos e garantias individuais assegurados pelo constituinte de 1988, portanto, tutelam o que deve ser resguardado pelo Poder Público em favor dos indivíduos que compõem a sociedade, seja através da ação, normatizando e disciplinando o exercício de alguns

direitos e garantias, seja por meio da inação, não diminuindo o campo da legalidade do que se é constitucionalmente assegurado.

Neste diapasão, a tipificação da interrupção da gravidez constitui interferência indevida do Estado sobre o corpo da mulher, considerada um simples instrumento para viabilizar o desenvolvimento do feto até seu regular nascimento, em clara violação à garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inc. X, art. 5º, CF). O legislador penal é indiferente à vontade da gestante, ao seu desejo livre e consciente de ser ou não mãe.

## 5 Do novo direito constitucional

Como evolução natural do desenvolvimento dos estudos sobre o alcance das disposições constitucionais, hodiernamente não se pode aturar, no estágio atual do constitucionalismo, palavras e expressões elencadas na Lei Maior desprovidas de resultado prático e efetivo. Como lembra Barroso (2013, p. 288-289),

O novo direito constitucional [...] tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.

O Direito não é estanque, e a jurisprudência nacional, acompanhando a melhor doutrina, entende que o alcance dos direitos fundamentais não deve ser menor do que aquele adequado para atender as necessidades

da sociedade em um determinado momento. Sem essa interpretação consentânea da Carta Política, os conflitos imanentes da própria evolução social não seriam enfrentados com justiça; mais que isso, os fundamentos pretendidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, como a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem comum, seriam lançados meramente à condição de normas programáticas. Preciso José Afonso da Silva (2013, p. 469) ao dispor sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aduzindo que “a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais”. Oportuno escólio de Barroso (2013, p. 334-335):

A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Tome-se como exemplo o conceito constitucional de família. Até a Constituição de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre de uniões homoafetiva. Veja-se, então, que onde havia unidade passou a existir uma pluralidade.

A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais [...]. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade, segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.

Essa evolução na *interpretatio* do Direito é essencial para que se possa adequar a vida em sociedade com o ordenamento jurídico. As normas devem adequar-se à sociedade, e não esta àquela. Evidente que são dos legisladores, em um Estado Democrático de Direito, a atribuição

republicana de criar, revisar e revogar leis; todavia, na hipótese de inércia do Poder Legislativo no cumprimento de suas atribuições, cabe ao Poder Judiciário, no exercício de suas também republicanas atribuições, extrair da norma um sentido que atenda aos anseios da sociedade, notadamente quando busca fundamento em princípios constitucionais.

O Min. Celso de Mello, por ocasião de seu voto no julgamento da ADPF nº 54/DF (2012, p. 359-360), destacou a função contramajoritária que cabe ao Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, de proteção de grupos vulneráveis contra “*excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica*”<sup>4</sup>, assentando:

*Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas tanto nas transformações por que passa a sociedade contemporânea quanto nos compromissos que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional.*

*O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.*

*Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica.*

*É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (grifos no original)*

O cerne da questão, pois, repousa na intolerância com os que comungam de pensamento diverso, o que é agravado quando este pensamento for contramajoritário. Infelizmente, o Brasil possui essa tradição: a escravidão de negros perdurou até 1888, enquanto os estadunidenses a repeliram em 1865<sup>5</sup> (NATIONAL ARCHIVES) e o Reino Unido em 1833<sup>6</sup> (NATIONAL ARCHIVES); o divórcio, aprovado no Brasil pela Lei nº 6.515/1977, havia em França desde 20 de setembro de 1792<sup>7</sup> (BORRILLO, 1986, p. 16).

## **6 Do direito constitucional de interromper a gestação**

O Brasil constitui um Estado laico, no qual dogmas de cunho religioso não podem obstar o direito individual, fundamentado na dignidade da pessoa humana, de buscar a felicidade. Entretanto, o exercício desse direito constitucional é fustigado por normas penais de criminalizam a conduta do aborto.

A questão, sob o prisma constitucional, tem assento na garantia do direito de a mulher exercer sua vontade e, com a interrupção da gestação, buscar sua felicidade. Tampouco a aparente antinomia entre direitos fundamentais se sustenta, pautada numa pretensa ponderação entre direitos constitucionais da mulher com os do nascituro.

Primeiro porque não há direito, ainda que fundamental, absoluto. Todo direito comporta ponderação. Como leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, p. 162), “Tornou-se voz corrente em nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos”. Como exemplos, a pena de morte, permitida na hipótese de conflito externo (art. 5º, XLVII, “a”, CF), e o próprio aborto, nas hipóteses do art. 128 da Lei Penal e hodiernamente também nos casos de anencefalia. Neste último exemplo, o reconhecimento da atipicidade da interrupção da gestação para outros casos além dos descritos na norma incriminadora consistiria na aplicação do princípio constitucional da isonomia.

Segundo porque a decisão de interromper a gestação diz respeito à gestante, no exercício pleno de sua cidadania. É ela quem tem um feto den-

tro de si; é ela quem deve decidir em obstar ou não sua gravidez, porque será com ela o vínculo filial. Neste ponto, nem mesmo o genitor, ou outro familiar, teria direito em impedir juridicamente o cumprimento da vontade manifestada pela gestante, porque é nela que se desenvolve o nascituro; muito menos quem seja estranho ao vínculo familiar da gestante.

Como salientou a Min. Carmem Lúcia em seu voto na ADPF nº 54 (2012, p. 235-236),

*A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final.*

*Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana. Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser. Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde mental e emocional.*

*A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido.*

*A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo. Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado. (grifei)*

Ainda que proferido com relação aos casos de anencefalia, o pensamento esposado pela Min. Carmem Lúcia é pertinente na medida que reconhece à mulher a capacidade de escolha, de optar entre manter a gestação ou não. Essa mesma capacidade de decidir não desaparece diante da sempre tormentosa possibilidade de interrupção voluntária do estado gravídico.

O afeto, reconhecido como “valor jurídico impregnado de natureza constitucional”, paradigma valorizado “como núcleo conformador do conceito de família” pelo STF, na ementa do julgamento do Agr. Reg. RE

nº 477.554/MG (2011, p. 1), não existe quando a gravidez é indesejada, tampouco desaparece pela tipificação da conduta de abortar. Da mesma forma o amor, imprescindível à existência da família, haverá de existir por mera imposição legislativa.

Como salientou o Min. Luiz Fux, do STF, em seu voto na ADI nº 4.277/DF (2011, p. 671),

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro *amor familiar*, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a *comunhão*, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a *identidade*, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (grifos no original)

Quando a gestante não possui afeto nem amor por seu feto, a interrupção da gestação constitui o exercício regular do constitucional direito de buscar sua felicidade. O direito à vida, do nascituro, é condicionado ao desejo da mulher de tê-lo consigo, de permitir-se o afeto e o amor, e não uma imposição; esses sentimentos devem ser voluntários, espontâneos, porque não podem ser impostos normativamente. Nem se diga que haveria prejuízo à família, porque nela o amor é elemento indissociável, de sorte que inexistindo o amor para com o nascituro o vínculo afetivo familiar nunca existiu entre a gestante e o feto.

Não há dúvidas que impor à gestante a obrigação de levar a cabo uma gestação não desejada, não amada, não querida, viola sua dignidade. E mais, impede sua felicidade.

Não se trata, evidente, de constituir uma apologia à obstaculação das gestações, mas sim de conferir dignidade àquela gestante que, desnutrida do amor familiar para com seu feto, possa buscar sua felicidade amparada pelo Direito. A criminalização do aborto, é fato, não impede sua realização diuturna ao longo do território nacional; pelo contrário, apenas estabelece uma barreira intransponível para aquelas que possuem condições financeiras de realizá-lo em melhores condições de segurança e higiene daquelas que, desprovidas de recursos, tentam realizá-lo pelos

meios mais primitivos possíveis, muitas vezes levando a óbito a própria parturiente. Nesse sentido o Ministério da Saúde (2009, p. 13)

Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam que *a ilegalidade traz conseqüências negativas para a saúde das mulheres, pouco cofbe a prática e perpetua a desigualdade social*. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas *mulheres pobres* e pelas que não têm acesso aos *recursos médicos para o aborto seguro*.

O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que *“o aborto é uma questão de saúde pública”*. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma *questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas*. E para essa redefinição política há algumas tendências que se mantêm nos estudos à beira do leito com mulheres que abortaram e buscaram o serviço público de saúde: *a maioria é jovem, pobre e católica e já possui filhos*.

Essa descrição não representa apenas as mulheres que abortam, mas as mulheres brasileiras em geral. Por isso, *a compreensão do aborto como uma questão de saúde pública em um Estado laico e plural* inaugura um novo caminho argumentativo, no qual o campo da saúde pública traz sérias e importantes evidências para o debate. (grifei)

Ademais, a tipificação da interrupção da gravidez manifestada na legislação penal de 1940, por outro lado, revela a realidade de sua época. Vigia o Código Civil de 1916, que estabelecia: (i) ao marido, a chefia da sociedade conjugal (art. 233); (ii) à mulher, autorização do marido para certas atividades, porque sua capacidade era relativa (art. 242, II, III, e IV); (iii) por erro essencial, ao homem pleitear a anulação do casamento se a mulher já fora deflorada, e ignorava essa situação (art. 219, IV). Essa realidade em nada se assemelha aos dias atuais, onde se busca justamente conferir efetividade aos princípios insculpidos na Constituição de 1988.

O Conselho Federal de Medicina- CFM-, expressamente manifestou sua posição em favor ao direito da mulher de decidir interromper a gestação. Em artigo denominado “CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação” (2013), está dito, *in verbis*:

“Somos a favor da vida, mas queremos respeitar a autonomia da mulher que, até a 12<sup>a</sup> semana, já tomou a decisão de praticar a interrupção da gravidez”, afirmou o presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM),

Roberto Luiz d'Ávila, que esclareceu a posição tomada pelo CFM e pelos 27 conselhos regionais de medicina (CRMs), tomada por maioria durante o I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina 2013, acerca de ampliação dos excludentes de ilicitudes penais em caso de interrupção de aborto.

Essa posição será enviada para a comissão de 15 juristas que está analisando a Reforma do Código Penal Brasileiro (PLS 236 2012), atualmente em tramitação no Congresso Nacional. “Quem vai decidir a descriminalização do aborto é a sociedade brasileira, por meio do legislativo, o que nós fizemos foi encaminhar a nossa posição”, enfatizou.

Por maioria, os Conselhos de Medicina concordaram que a Reforma do Código Penal, em processo de discussão, deve afastar a ilicitude da interrupção da gestação em uma das seguintes situações: a) quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”; b) se a “gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”; c) se for “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e d) se “por vontade da gestante até a 12<sup>o</sup> semana de gestação”.

O presidente do CFM também esclareceu que o limite de 12 semanas para que possa haver a interrupção de gravidez se deve ao fato de que, segundo a experiência médica, a partir desse tempo há um risco maior para a mãe. “O outro fator é que a partir de então o sistema nervoso central já estará formado”, explicou.

Roberto d'Ávila enfatizou que até a sociedade brasileira tomar a decisão sobre a descriminalização do aborto, “o CFM continuará a julgar os médicos que praticam o ato”. Um dos fatores que levou o CFM a defender mudanças no Código Penal diz respeito ao princípio da justiça, “já que as mulheres de classe média e alta conseguem interromper suas gravidezes com segurança, enquanto as pobres se arriscam e sofrem as consequências de abortos mal feitos”, afirmou. Atualmente, abortos são a quinta causa de mortalidade materna.

“E assim como defendemos a autonomia da vontade do paciente nos casos de ortotanásia e, estamos trabalhando nesse mesmo sentido em relação às Testemunhas de Jeová, também defendemos que a mulher tenha autonomia sobre seu corpo até um determinado tempo da gestação. Mas, em nenhum momento, seremos favoráveis ao uso do aborto como método contraceptivo”, defendeu o presidente do CFM.

A autonomia para a mulher sobre seu corpo constitui a aspecto relevante dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Revela o exercício pleno da *cidadania* (art. 1<sup>o</sup>, II, CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 1<sup>o</sup>, III, CF), porque lhe faculta o pleno controle

sobre sua vida sexual e reprodutiva; mais ainda, torna o ato da maternidade mais seguro, obstando o seguimento da gravidez indesejada ou inoportuna através de procedimentos médicos que minimizem eventuais sequelas. Não é, e nunca foi, assunto de interesse ao direito penal, porque diz respeito à idiosincrasia da mulher em um dos momentos mais importantes da sua vida; tipificar uma das opções possíveis da gestante, levar ao cabo a gravidez ou obstá-la, é tolher-lhe daqueles princípios fundamentais, porque macula sua alma cidadã e seu direito de buscar a felicidade, consequência da dignidade da pessoa humana.

A miopia do legislador sobre o assunto é inadmissível no moderno constitucionalismo, cabendo ao Poder Judiciário suprir essa desídia para que seja assegurada a abordagem da questão do aborto sob o aspecto de saúde pública. Essa é a ótica pela qual a temática deve ser analisada, porque se trata de uma realidade social presente na vida de milhões de famílias. Do Ministério da Saúde (2001, p. 145-147), destaco:

*O aborto, assunto excluído das discussões científicas e políticas até bem pouco tempo atrás, é, na atualidade, uma das principais questões da agenda internacional, no que diz respeito à saúde e direitos reprodutivos.*

*A discriminação e os agravos à saúde impostos às mulheres, por razões culturais, legais e religiosas que envolvem a questão do aborto, têm contribuído para a precariedade da assistência e aumento da mortalidade e morbidade por esta causa. Falando em nome próprio, as mulheres levaram o que sempre foi considerado “seu problema” ao plano político local, regional e mundial, visando a definição de políticas que incorporem a prevenção do aborto e a ampliação do acesso a serviços de boa qualidade.*

[...]

*No Brasil, apesar da carência de indicadores que permitam aferição do número total de ocorrências de abortamentos na população em geral, os dados oficiais justificam a adoção de medidas preventivas e de promoção da saúde reprodutiva. No contexto da mortalidade materna, a incidência observada de óbitos por complicações de aborto oscila em torno de 12,5% do total dos óbitos, ocupando, em geral, o terceiro lugar entre suas causas, observadas as amplas variações entre os estados brasileiros.*

[...]

Conforme dados registrados nos últimos seis anos pelo SIH/MS, o número global de curetagens pós-aborto parece manter-se estável nos últimos três anos (Quadro 1).

Ano	Número de curetagem pós-aborto
1994	311.561
1995	274.968
1996	246.370
1997	238.874
1998	229.944
1999	235.902

A incidência de abortos na adolescência constitui também grande preocupação social. Do total das internações por abortamento no SIH/SUS no ano de 1998, 22,5% eram de adolescentes. *O atendimento recebido pelas adolescentes nos serviços de saúde é insatisfatório.* Sem apoio e aconselhamento adequados, com frequência, estas jovens engravidam novamente, entrando num *ciclo repetitivo de gravidez- abortamento.*

As medidas necessárias à redução da gravidez não planejada ou indesejada incluem orientações seguras na atenção pós-abortamento, na orientação anticoncepcional, divulgação e oferta da importância da anticoncepção de emergência e garantia de suporte psicológico e social quando necessário. (grifei)

Trata-se, inequivocadamente, de uma situação alarmante, que justifica a adoção de medidas protetivas e preventivas, e não de repressivas ou punitivas. Não cabe, em um Estado Democrático de Direito, a criminalização de uma conduta que, de um lado, vilipendia o direito da mulher acerca de sua sexualidade e de buscar a felicidade, e de outro, resulta no inaceitável índice de terceira maior causa de mortalidade entre gestantes, notadamente quando essa conduta supostamente típica constitui intervenção estatal violadora de direito fundamental tão caro às mulheres.

## 7 Do direito internacional

No âmbito das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral por meio da Resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979, estabelece no seu artigo 12-1 que “Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive

referentes ao planejamento familiar”. A Declaração e Plataforma de Ação de Beijing, acordada na IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em 1995, reconheceu que “os direitos humanos das mulheres incluem o direito de ter controle e de decidir livre e responsavelmente sobre sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de pressões, discriminação e violência”.

No âmbito da União Europeia, em 6 de junho de 2002, o Parlamento Europeu aprovou a Resolução 2001/2128 (INI) sobre direitos em saúde sexual e reprodutiva, na qual há um conjunto de recomendações aos Governos dos Estados-Membros em matéria de anticoncepção, gravidez indesejada e educação sexual afetiva que se baseia, entre outras considerações, na constatação das enormes desigualdades entre as mulheres europeias no acesso aos serviços de saúde reprodutiva, à contracepção e à interrupção voluntária da gravidez em função de sua origem, seu nível de renda ou país de residência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006, estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar o direito das pessoas com deficiência de decidir de forma livre e responsável “sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos” (art. 23, 1, “b”) e que possam conservar “sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 23, 1, “c”).

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte pacificou a divergência em 1973, no julgamento do *case Roe v. Wade*, reconhecendo a constitucionalidade do aborto, que pode ser restringido conforme o tempo de gestação. Jeremy W. Peters (2013) aponta que 41 Estados adotaram leis que restringem a interrupção da gestação, como em *Nort Dakota*, proibida depois de 6 semanas, e *Iowa*, *Virginia* e *Texas*, que a permitem até a 28ª semana; nos Estados de *Colorado*, *New Hampshire*, *New Mexico*, *Oregon*, *Vermont*, *West Virginia*, *New Jersey*, *Alaska* e *Mississippi*, e no *District of Columbia*, não há legislação específica.

Nos Estados Unidos Mexicanos, o aborto é permitido até as primeiras 12 semanas no Distrito Federal desde a modificação do Código Penal do Distrito Federal. Todavia, necessárias algumas ponderações sobre as

peculiaridades mexicanas. O México é formado por 31 Estados mais um Distrito Federal, e cada um deles possui leis penais e de saúde pública, lembrando Francisca Pou Jiménez (2013, p. 138) que “a maioria destas regulações tem pontos em comum e foram emitidas nos anos trinta do século passado”, prevendo penas privativas de liberdade entre 4 e 12 meses para o crime de aborto. A autora (2013, p. 139-143) explica que, no derradeiro ano do século passado, por iniciativa do governo do Distrito Federal, onde afloram “tendências políticas menos conservadoras que as prevalentes no resto do país”, surgiram as primeiras inovações legislativas sobre o tema, inicialmente abrandando sua pena e ampliando as hipóteses de autorização, resultando que em 2007 o crime de aborto passou a ser tipificado apenas após as 12 primeiras semanas de gestação.

No Uruguai, com o advento da Lei nº 18.987, de 22 de outubro de 2012, houve a despenalização do aborto voluntário durante as doze primeiras semanas de gestação (art. 2º).

Na Espanha, a Lei Orgânica nº 2, de 3 de março de 2010, que dispõe sobre a saúde sexual e reprodutiva e a interrupção voluntária da gravidez, autoriza o aborto voluntário até a 14ª semana de gestação (art. 14), até a 22ª semana se houver risco à vida ou à saúde da mãe ou do nascituro (art. 15, “a” e “b”), ou a qualquer tempo se detectadas anomalias ou enfermidades incuráveis (art. 15, “c”).

## ESPANHA

A Lei Orgânica nº 2 contém um preâmbulo<sup>8</sup>, onde estão elencados os motivos que conduziram o legislador espanhol na redação do texto normativo.

Nele está assente que o desenvolvimento da sexualidade e da capacidade reprodutiva está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, constituindo assim direitos fundamentais, que devem ser tutelados e resguardados para garantir a integridade física e moral e a intimidade pessoal e familiar. Daí porque “A decisão de ter filhos, e quando tê-los, constitui um dos assuntos mais íntimos e pessoais que as pessoas enfrentam ao longo de suas vidas, que integra um âmbito essencial da autodeterminação individual”,

não sendo adequado ao Poder Público interferir nesse tipo de decisão, mas sim estabelecer as condições para que decisões dessa natureza “sejam adotadas de forma livre e responsável, disponibilizando aos que necessitem serviços de saúde, de aconselhamento e de informação”. A proteção deste “âmbito de autonomia pessoal tem um singular significado para as mulheres, para quem a gravidez e a maternidade são fatos que afetam profundamente suas vidas em todos os sentidos”, e essa relação peculiar entre os direitos das mulheres com a proteção da saúde sexual e reprodutiva tem sido destacada por vários textos internacionais, aos quais deve se adequar a legislação nacional, buscando alcançar “ao consenso da comunidade internacional nesta matéria, mediante atualização das políticas públicas e incorporação de novos serviços de saúde sexual e reprodutiva”, e por isso “parte da convicção, endossada pelo melhor conhecimento científico, de que uma efetiva e adequada educação sexual e reprodutiva, o acesso universal a práticas clínicas efetivas de planejamento reprodutivo”, às quais se incorporam os mais modernos contraceptivos, cuja eficácia seja comprovada cientificamente, “e a disponibilidade de programas e serviços de saúde sexual e reprodutiva constituem o modo mais efetivo de prevenir, especialmente entre os jovens, as infecções sexualmente transmitidas, as gestações não desejadas e os abortos.”

A norma espanhola aborda de maneira integral a proteção e garantia dos direitos relativos à saúde sexual e reprodutiva, introduzindo definições da Organização Mundial de Saúde sobre a saúde e saúde reprodutiva, e prevê a adoção de um conjunto de ações e medidas nos âmbitos de saúde e educação, estabelecendo “uma nova regulamentação para a interrupção da gestação fora do Código Penal que, seguindo o padrão mais difundido nos países de nosso entorno político e cultural, busca garantir e proteger adequadamente os direitos e interesses presentes, da mulher e da vida pré-natal”.

Reconhece que “O primeiro dever do legislador é adaptar o Direito para os valores da sociedade cujas relações se pretenda regular”, de forma a assegurar que sempre “a inovação da norma gere certeza e segurança para as pessoas a que se destina, porque a liberdade só encontra refúgio na terra firme da clareza e precisão da Lei. Esse é o espírito que inspira a nova regulação de interrupção voluntária da gestação”. Em digressão histórica, esclarece:

*Faz um quarto de século* que o legislador, respondendo ao problema social dos abortos clandestinos, que colocavam em *grave risco a vida e a saúde das mulheres*, e atendendo à consciência social majoritária, que reconhecia a *relevância dos direitos das mulheres em relação à maternidade*, despenalizou certas hipóteses de aborto. A *reforma do Código Penal* representou um avanço ao possibilitar o acesso de mulheres a um *aborto legal e seguro* quando concorresse alguma das indicações legalmente previstas: *grave perigo para a vida ou saúde física e mental da gestante, quando a gravidez fosse resultado de estupro ou quando fosse presumida a existência de graves deformidades físicas ou mentais no feto*. Ao longo desses anos, no entanto, a aplicação da lei tem gerado incerteza e práticas que têm afetado a segurança jurídica, com consequências tanto para a garantia dos direitos das mulheres como para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado e que, contra o objetivo da norma, eventualmente possam colocar em dificuldades os profissionais de saúde responsáveis pela segurança médica nas intervenções de interrupção da gravidez.

A necessidade de reforçar a segurança jurídica na regulação da interrupção voluntária da gravidez foi enfatizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos na sua sentença de 20 de março de 2007, na qual se afirma, por um lado, que “neste tipo de situação as disposições legais devem, em primeiro lugar e antes de tudo, assegurar com clareza a *posição jurídica da mulher grávida*” e, por outro, que “uma vez que o legislador decide permitir o aborto, não deve estruturar seu marco legal de modo que se limitem as possibilidades legais de obtê-lo”.

*Em uma sociedade livre, pluralista e aberta, compete ao legislador, dentro do leque de opções que a Constituição deixa aberto, desenvolver os direitos fundamentais de acordo com os valores dominantes e as necessidades de cada momento histórico*. A experiência acumulada pela aplicação do marco legal vigente, o avanço do reconhecimento social e jurídico da autonomia das mulheres tanto no aspecto público quanto no de sua vida privada, assim como a tendência normativa imperante nos países de nosso entorno, advogam por uma regulação na interrupção voluntária da gravidez conduzida pela clareza, na qual se possa adequadamente garantir tanto a autonomia das mulheres como a eficaz proteção da vida pré-natal como bem jurídico. Por sua parte, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na *resolução 1607/2008*, de 16 de abril, reafirmou o direito de *todo ser humano, e em particular das mulheres, a respeito de sua integridade física e à livre disposição do seu corpo*, e nesse contexto, que *a decisão última de recorrer ou não a um aborto caiba à mulher interessada* e, em consequência, *requereu aos Estados-Membros que despenalizem o aborto dentro de prazos razoáveis de gestação*. (grifei)

O preâmbulo esclarece ainda que a norma reconhece o direito à livre escolha da maternidade, o que implica, dentre outras consequências,

que as mulheres possam tomar a decisão inicial sobre sua gravidez, e que essa decisão, consciente e responsável, seja respeitada. O legislador considerou razoável, de acordo com as indicações dos experts e da análise do direito comparado, estabelecer um prazo de 14 semanas, dentro do qual se garante às mulheres a possibilidade de tomar uma decisão livre e consciente sobre a interrupção da gestação.

## 8 Considerações finais

A laicidade estabelecida pela Constituição Federal não é meramente simbólica. Representa a total separação entre Estado e religião, facultando ao cidadão professar livremente qualquer religião, e de ser respeitado nessa decisão; ou de criar seus próprios dogmas, ou mesmo de não seguir qualquer filosofia ou pensamento religioso. Estado laico significa a liberdade do cidadão para ser ou não teísta. Consequentemente, preceitos de cunho religiosos constituem questões relacionadas à moral e não podem ser positivados no ordenamento, tampouco orientar a *interpretatio* da norma. Os direitos e deveres relacionados à fé professada nenhuma relação possuem com os direitos e deveres presentes no Estado Democrático de Direito, pois neste são mais amplos, de natureza cogente, diferentemente daqueles, facultativos e variáveis conforme a matiz das convicções de fé. Se um Estado Democrático e de Direito sucumbir a qualquer dogma religioso perde-se a laicidade e, pior ainda, fulmina direitos humanos fundamentais dos que não comungam dos preceitos morais religiosos da dogmática prevalente.

Essa advertência é necessária para se compreender o porquê da inconstitucionalidade de se considerar a interrupção da gestação fato típico. O aborto não constitui conduta de desvalor social que mereça enquadramento de ilicitude; não há prejuízo à coletividade, tampouco vítima, a não ser a própria gestante; o bem jurídico tutelado, o nascituro, é tido como mais valioso que a vontade da gestante. Ademais, representa violação a direitos humanos fundamentais da mulher, que possui primazia sobre os do nascituro.

A proteção à vida, considerada equivocadamente um direito inalienável, não constitui um valor absoluto. Isso porque não há direito

que não possa ser restringido quando confrontado com outro direito fundamental. Tanto que a Constituição Federal permite a pena capital em situações específicas (art. 5º, XLVII, “a”), e o próprio aborto é autorizado pelo Código Penal quando houver risco à vida da gestante (art. 128, I) ou resultar de estupro (art. 128, II); recentemente, adotando interpretação conforme a Constituição, o STF reconheceu a atipicidade da conduta do aborto de anencéfalo, circunstância não prevista pelo legislador penal de 1940. E sendo o direito à vida relativizado nessas circunstâncias, não pode ser menos relativizado para furtar, da mulher, o direito de decidir sobre sua sexualidade e reprodução.

Um direito fundamental deve ser sopesado quando confrontado a outro direito igualmente fundamental. A dignidade da pessoa humana, princípio motriz do ordenamento jurídico nacional, de natureza fundamental, deve ser analisada com relação à gestante e com relação ao nascituro, para se ponderar qual deve prevalecer. Para que prevalecer o direito humano fundamental do nascituro, tal qual hodiernamente, se deduz que a mulher, durante o estado gravídico, constitui um mero instrumento cujo escopo é cuidar e zelar de um feto indesejado, pouco importando inexistir amor ou afeto, ou mesmo vontade de acolhê-lo em sua família. Para prevalecer o direito humano fundamental da mulher, é preciso considerá-la cidadã e detentora de controle sobre sua sexualidade e capacidade reprodutiva, e de que cabe a ela decidir, de forma consciente e sem interferências, pela manutenção da gestação, e assim fornecer voluntariamente amor, afeto, carinho e atenção ao nascituro, acolhendo-o em família, ou interrompê-la. Juridicamente, assim o tema se impõe. E sopesando essas situações, a prevalência deve ser do direito humano fundamental da mulher.

Não bastasse, a gestante ainda tem a garantia constitucional do direito à inviolabilidade da sua intimidade e da sua vida privada (art. 5º, X), o que faz em nome próprio, não cabendo ao Estado interferir nessa esfera de proteção.

O direito de buscar a felicidade é inerente da condição humana, e consequência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa busca, não pode ser privada a mulher grávida. Na verdade, como já reconheceu o Ministério da Saúde, a ilegalidade do aborto voluntário não impede

sua realização e, mais gravoso, diferencia as gestantes com maior poder aquisitivo das mais pobres que, ao contrário daquelas, que se submetem a procedimentos em clínicas clandestinas, estas buscam meios alternativos, muitas vezes primitivos e com mais riscos, para o abortamento.

No campo do direito comparado, os Estados desenvolvidos têm ampliado as possibilidades de interrupção da gestação, alguns fixando um prazo máximo em semanas para o procedimento outros não, reconhecendo ser esse um direito personalíssimo da mulher grávida. No Direito nacional, reconhecida a inconstitucionalidade das disposições penais que criminalizam o aborto, não há se falar em interregno para sua ocorrência, podendo ser realizado, sob os auspícios dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, a qualquer momento; o legislador infraconstitucional poderia estabelecer lapso para sua ocorrência, tal qual em Espanha, o que não violaria os dispositivos constitucionais.

O Direito deve adequar-se à sociedade e não a sociedade estagnar-se pela não evolução do seu ordenamento. A tipicidade da conduta de obstar a gestação, presente no Código Penal de 1940, fulmina direitos sagrados reconhecidos também às mulheres pelo constituinte de 1988 e, à luz do moderno constitucionalismo, representam preconceito e discriminação àquelas que, voluntariamente, decidem abortar. Diante da inércia do legislador em corrigir essa esdrúxula situação, cabe ao Poder Judiciário, por meio da técnica interpretativa que permite extrair dos princípios constitucionais sua máxima carga axiomática, transformar também aqui Direito em Justiça.

## 9 Notas

<sup>1</sup> A CF/88 estabelece a competência do Tribunal do Júri no julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d”).

<sup>2</sup> Grifos no original.

<sup>3</sup> Tradução livre.

<sup>4</sup> Grifos no original.

<sup>5</sup> Com a aprovação da 13ª emenda à Constituição.

<sup>6</sup> Embora desde 1807 o comércio de escravos tenha sido abolido, a escravidão foi mantida em algumas colônias até 1843, quando então foi eliminada do Império Britânico.

<sup>7</sup> Suprimido pelo Código Civil de 1816, foi restaurado em 1884.

<sup>8</sup> Tradução livre.

## 10 Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BORRILLO, Daniel. **La Luxure- L'orthodoxie matrimoniale comme remede contre lês errances de la passion**. Out. 1986. Disponível em: <[http://www.cersa.cnrs.fr/IMG/pdf/la\\_luxure.pdf](http://www.cersa.cnrs.fr/IMG/pdf/la_luxure.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Saúde**. Parto, Aborto e Puerpério Assistência Humanizada à Mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_13.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Saúde**. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. STF. **ADI nº 4.277/DF**, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, por unanimidade, j. 05/05/2011, p. DJe 10/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf>

[jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635](http://jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635)>. Acesso em: 10 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. STF. **ADPF nº 54/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, por maioria, j. 12/04/2012, p. DJe 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. STF. **RE nº 477.554 AgR/MG**, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, por unanimidade, j. 16/08/2011, p. DJe26/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>> Acesso em: 12 ago. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.2, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.<sup>1</sup>

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.<sup>2</sup> v. 1.

CRM- **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ESPAÑA. **Ley Orgánica nº 2/2010**, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514>>. Acesso em: 01 set. 2014.

EUA. **Case Roe v. Wade**, 410 U.S. 113, 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **National Archives**. Disponível em: <<http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=9&title.raw=13th+Amendment+to+the+U.S.+Constitution%3A+Abolition+of+Slavery>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **The Virginia Declaration of Rights, 1776**. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia\\_declaration\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html)>. Acesso em: 10 ago. 2014.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. In: Machado, Antônio da Costa (Org.). **Constituição Federal Interpretada**. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 2ªv. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Anotado**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JIMÉNEZ, Francisca Pou. El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal. **Anuario de Derechos Humanos**, 2009. Disponível em: <<http://cuadernosjudaicos.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11523/11882>>. Acesso em: 02 set. 2014.

JOÃO XXXIII. **Carta Encíclica Pacem in Terris do Sumo Pontífice Papa João XXIII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos, bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a sé apostólica ao clero e fiéis de todo o orbe, bem como a todas as pessoas de boa vontade**. 1963. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_11041963\\_pacem\\_po.html#\\_ftn34](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html#_ftn34)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 27<sup>a</sup>. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Peña de. **Curso de direito constitucional**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2013.

ONU. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**, 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Declaração e Plataforma de Ação de Beijing**, 1995. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2016.

PETERS, Jeremy W. In Abortion Restrictions in States, **New York Times**, published: June 17, 2013. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/interactive/2013/06/18/us/politics/abortion-restrictions.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/interactive/2013/06/18/us/politics/abortion-restrictions.html?_r=0)>. Acesso em: 01 set. 2014.

REINO UNIDO. **National Archives**. Disponível em: <<http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/blackhistory/rights/emancipation.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

ROCHA, Maria Izabel Baltazar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. **Revista Estudos Feministas**, n. 2, Florianópolis, UFSC, 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/16809/15400>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Resolução 2001/2128** (INI). Relatório sobre direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva, 2002. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0223+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 23 jan. 2016

URUGUAI. **Ley nº 18.987**, Interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>>>. Acesso em: 02 set. 2014.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

Recebido em: 29-9-2015

Aprovado em: 29-1-2016

*Vladimir Polízio Júnior*

Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina); mestre em Direito Processual Constitucional pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina); defensor público estadual no Estado do Espírito Santo.

Sede Administrativa - Praça Américo Poli Monjardim, 54 - Centro, Vitória - ES, 29010-520.

E-mail: [vladimirpolizio@gmail.com](mailto:vladimirpolizio@gmail.com).

