

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**PRECISAMOS FALAR SOBRE O ABORTO: UMA
ANÁLISE DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA
GRAVIDEZ À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Débora Caramori Rorato

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

**PRECISAMOS FALAR SOBRE O ABORTO: UMA ANÁLISE
DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ
DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

por

Débora Caramori Rorato

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito.**

Orientador: Francis Moraes de Almeida

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**PRECISAMOS FALAR SOBRE O ABORTO: UMA ANÁLISE DA
INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DOS
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

elaborada por
Débora Caramori Rorato

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Comissão Examinadora

Prof. Dr. Francis Moraes de Almeida
(Presidente/Orientador)

Prof. Me. Bruno Seligman de Menezes
(Faculdade de Direito de Santa Maria)

Prof. Me. Gabriel Antinolfi Divan
(Universidade de Passo Fundo)

Santa Maria, 19 de dezembro de 2013.

Tudo que emancipa os homens, tudo que, ao fazê-los voltar a si mesmos, suscita neles o princípio da sua vida própria, da sua atividade original e realmente independente, tudo o que lhes dá força para serem eles mesmos, é verdade; tudo o resto é falso, liberticida, absurdo. Emancipar o homem, esta é a única influência legítima e bem-feitora.

(Mikhail Bakunin)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais. Ao meu pai, por me mostrar, através do seu exemplo, a importância da ética e da integridade, assim como dos bons argumentos. À minha mãe, por me ensinar que só há verdade onde há amor e alegria. Os valores que vocês me passaram permeiam todo este trabalho.

Ao meu orientador, Francis Moraes de Almeida, que me mostrou o significado da palavra mestre, fazendo aumentar minha simpatia e admiração pela profissão de professor.

Ao amigo Pablo Ritzel, que foi um verdadeiro irmão nas horas difíceis, pelo estímulo e pela confiança.

Às minhas colegas e eternas amigas-irmãs, Aimée, Bruna, Rafaela e Renata, verdadeiros presentes que este curso me deu.

À Carolina Arruda, pela amizade incondicional.

À Valéria Brondani, pela oportunidade de aprendizado e crescimento na Defensoria Pública do Estado. Teus conselhos foram valiosos, tanto quanto as nossas risadas.

Finalmente, ao Coletivo das Vadias de Santa Maria, pela parceria na luta feminista e pelo delicioso ambiente de troca de ideias e construção coletiva de conhecimento. Participar do Grupo enriqueceu este trabalho em grande medida.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

PRECISAMOS FALAR SOBRE O ABORTO: UMA ANÁLISE DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTOR: **DÉBORA CARAMORI RORATO**

ORIENTADOR: **FRANCIS MORAES DE ALMEIDA**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 19 de dezembro de 2013.

A interrupção voluntária da gravidez é proibida no Brasil, salvo em situações excepcionais. Contudo, isso não impede que o aborto seja uma prática corriqueira entre as mulheres. Por sua vez, a situação de clandestinidade em que esses abortos são realizados implica em um grande acréscimo de risco a esse procedimento. Não obstante a complexidade da questão, enquanto instrumento de garantia dos direitos fundamentais, o direito não pode se furtar de dar a ela uma resposta. Nesse contexto, é urgente a necessidade de (re)avaliação da interrupção voluntária da gravidez dentro do direito, tanto em relação à forma como ela é vista, quanto em relação à maneira como deve ela ser tratada. É o que se tentou fazer no presente trabalho, ainda que modestamente, ao se analisar a interrupção voluntária da gravidez sob diferentes aspectos, à luz dos direitos e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, focou-se na questão de como o aborto foi e é visto em relação ao direito à vida, através de análise histórica e constitucional. Na segunda parte, o objeto de estudo foi a situação do aborto enquanto crime, especificamente. Nesse sentido, buscou-se identificar e delimitar algumas características básicas do crime de aborto e foram feitas algumas considerações sobre aspectos práticos da criminalização. Em seguida, foi feita uma análise do crime de aborto à luz da teoria do bem jurídico penal.

Palavras-chave: aborto; direito à vida; dignidade humana; bem jurídico penal; compatibilidade; princípios fundamentais; direitos fundamentais.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

WE NEED TO TALK ABOUT ABORTION: AN ANALYSIS OF ABORTION IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES AND RIGHTS

Author: Débora Caramori Rorato
Adviser: Francis Moraes de Almeida

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 19, 2013.

Abortion is prohibited in Brazil, except in exceptional situations. However, this does not prevent it, as abortion is still a common practice among women. In turn, the situation of clandestinity in which these abortions are performed, implies a large increase in risk of this procedure. Despite the complexity of the issue, as a tool of guarantee of fundamental rights, the law cannot avoid giving her an answer. In this context, there is an urgent need of (re)evaluation of abortion within the law, both in relation to how it is seen, as the way it should be treated. This is what I have tried to do in this work, albeit modestly, in analyzing abortion under different aspects, in the light of fundamental rights and principles enshrined in the Constitution of 1988. First, I focused on the question of how abortion was and is seen in relation to the right to life, through historical and constitutional analysis. In the second part, the object of study was the situation of abortion as a crime, specifically. Accordingly, it was sought to identify and outline some basic characteristics of the crime of abortion and some considerations on practical aspects of criminalization were made. After that, an analysis of the crime of abortion in the light of the theory of criminal justice was taken.

Keywords: abortion; right to life; human dignity; criminal goods; compatibility; fundamental principles; fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ABORTO E DIREITO À VIDA.....	11
1.1 O aborto na história e hoje.....	11
1.2 A proteção da vida humana em geral e a proteção da vida humana em formação.....	19
2 ABORTO E CRIMINALIZAÇÃO.....	33
2.1 Aborto: o direito à vida que mata.....	33
2.2 O crime de aborto à luz da teoria do bem jurídico penal.....	41
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A interrupção voluntária da gravidez é proibida no Brasil, salvo em situações excepcionais, como quando necessário para salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez for decorrente de estupro. Contudo, isso não impede que o aborto seja uma prática corriqueira entre as mulheres, sendo sabido que, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já realizou ao menos um aborto (DINIZ, 2010). Isso significa que mais de 15% das brasileiras já praticou o crime de aborto ao menos uma vez na vida.

Por sua vez, a situação de clandestinidade em que esses abortos são realizados implica em um grande acréscimo de risco a um procedimento que, em circunstâncias legais, seria razoavelmente seguro (DINIZ, 2010). Dentre os problemas mais comuns, decorrentes de abortos clandestinos e inseguros, pode-se citar a perfuração de útero, hemorragia e infecção, os quais que podem acarretar em diversos tipos de prejuízos à saúde, inclusive sequelas e morte.

Tendo em vista esse contexto, já há algum tempo tem-se questionado a criminalização do aborto. Com efeito, não foram poucas as tentativas de descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez¹. Todavia, nunca se obteve sucesso. Definitivamente, trata-se de uma questão bastante complexa, eis que envolve a vida humana e as nossas fortes e profundas convicções sobre ela. Há quem defenda que a mulher possui o direito de optar por interromper ou não uma gravidez, afirmando que inclusive existiria um dever do Estado em garantir essa possibilidade de escolha, disponibilizando o procedimento através do Sistema Único de Saúde. De outro lado, existem aqueles que rechaçam qualquer alteração legislativa nesse sentido, sob o argumento de que isso seria incompatível com o postulado constitucional da inviolabilidade da vida humana.

O assunto envolve diversos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, ressaltando-se os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à saúde. Outrossim, trata-se de um tema que abarca diversas outras áreas do conhecimento humano além da jurídica, tais quais a biologia, a filosofia, a sociologia, a medicina, a psicologia, entre outras, o que aumenta ainda mais a sua complexidade.

¹ Paixão (2006, p. 196-200) faz um bom apanhado histórico das iniciativas legislativas nesse sentido.

Com efeito, a situação atual não pode ser encarada como satisfatória do ponto de vista jurídico, tendo em vista o evidente descompasso entre a legislação restritiva e a realidade social. Outrossim, não obstante a complexidade da questão, enquanto instrumento de garantia dos direitos fundamentais, o direito não pode se furtar de dar a ela uma resposta. Diante desse contexto, é urgente a necessidade de (re)avaliação da interrupção voluntária da gravidez dentro do direito, tanto em relação à forma como ela é vista, quanto em relação à maneira como deve ela ser tratada.

É o que se tentou fazer, ainda que modestamente, no presente trabalho. Assim, buscou-se analisar a interrupção voluntária da gravidez sob diferentes aspectos, à luz dos direitos e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, a qual resultou num ensaio desenvolvido de modo dedutivo.

Do ponto de vista de sua estrutura, o presente trabalho compõe-se de dois capítulos, os quais, por sua vez, subdividem-se, resultando num total de quatro subcapítulos.

No primeiro capítulo, a investigação centra-se na questão de como o aborto foi e é visto em relação ao direito à vida. Inicialmente, foi feita uma análise histórica da interrupção voluntária da gravidez. Após, tratou-se do direito à vida assegurado constitucionalmente, comparando-se diferentes interpretações acerca do alcance dessa proteção, bem como as suas implicações.

No segundo capítulo focou-se na situação do aborto enquanto crime, especificamente. Primeiramente, buscou-se identificar e delimitar algumas características básicas do crime de aborto, tais como o seu sujeito passivo e o bem jurídico por ele tutelado, assim como a titularidade deste. Também foram feitas considerações sobre aspectos práticos da criminalização, relacionando-os com as concepções dominantes sobre a(s) função(ões) da pena e do direito penal. Em seguida, foi feita uma análise do crime de aborto à luz da teoria do bem jurídico penal, discorrendo-se sobre o seu conceito e a função legitimadora que ele exerce no Direito Penal.

Por fim, há que se ressaltar que o objetivo do presente trabalho não foi uma análise exaustiva das diferentes problemáticas que envolvem a interrupção voluntária da gravidez. Nesse sentido, deve ficar claro que foram privilegiados os aspectos da questão que mais chamaram a atenção desta pesquisadora como

sendo de interesse para uma elucidação da temática.

1 ABORTO E DIREITO À VIDA

Abaixo todos os dogmas religiosos e filosóficos – que não são mais que mentiras; a verdade não é uma teoria, mas sim um facto; a vida é a comunidade de homens livres e independentes, é a santa unidade do amor que brota das profundidades misteriosas e infinitas da liberdade individual.
(Mikhail Bakunin)

I don't know why there's such a concern about the inability for us to be able to think for ourselves. We were these men's first teachers. We taught them how to put their pants on, how to tie their shoes, how to potty. We cleaned them. We potty trained them, taught them how to go to toilets. How to eat. How to go to school and learn. And all of the sudden, when we get to be adults, then we become senile to the extent that we don't know what is good for ourselves? We cannot make decisions about ourselves? Like we can't think ourselves out of a paper bag. And we can.
(Senfronia Thompson)

1.1 O aborto²³ na história e hoje

Conforme Batista (2006, p. 244), "as decisões políticas permeiam inegavelmente a dogmática (...), e por isso mesmo é incorreto desprezar os dados históricos reveladores da genealogia dos tipos penais", esta compreendida como a "carga ideológica originária" dos últimos. Disso decorre a importância de se analisar as diferentes visões sobre o aborto ao longo da história, para compreender sua situação atual.

A história da interrupção artificial da gravidez remonta à antiguidade e é marcada por controvérsias e embates. Nesse sentido, Schor, Alvarenga (1994, p. 19) refere que:

(...) desde os povos da antiguidade este era difundido entre a maioria das culturas pesquisadas. O imperador chinês Shen Nung cita em texto médico escrito entre 2737 e 2696 a.C. a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio.

² Conforme Tessaro (2006, p. 41), "No rigor etimológico, aborto significa o produto da concepção morto ou expelido e abortamento, o ato de abortar. Entretanto, essas palavras vêm sendo utilizadas pela doutrina, sem distinção (...)". Tendo isso em vista, cumpre esclarecer que neste trabalho privilegiar-se-á a nomenclatura aborto.

³ Em que pese a utilização indiscriminada do termo aborto, o presente trabalho ocupar-se-á exclusivamente do aborto provocado artificialmente, excluídos os espontâneos.

Ao longo dos séculos, inúmeras foram as visões e os sentimentos em relação à prática, variando da relativa indiferença e aceitação social à mais veemente condenação, verificada em sua forma mais intensa na equiparação ao assassinato.

Contudo, desde a mera reprovação moral e social, até a repressão violenta, esta identificada na criminalização, todos os métodos falharam em erradicar a prática do aborto. Ao contrário: sua presença é constante na história dos mais diferentes povos e nas mais diferentes épocas. Assim, em que pese as intensas controvérsias acerca da sua moralidade, o fato é que o aborto é uma prática profundamente arraigada na cultura de grande parte das sociedades humanas.

Nos dias atuais, a intransigência daqueles que afirmam a absoluta inviolabilidade da vida do feto e a verdadeira cruzada por eles promovida contra qualquer abertura da questão para debate passam a sensação de que sempre assim se entendeu. Todavia, ao olharmos para a história do aborto, percebemos que a situação é bastante diversa. Embora sempre tenha existido uma preocupação social com a questão do aborto, sua motivação não passou a ser um pretense direito à vida do nascituro senão recentemente.

Além disso, mesmo havendo grande interesse social na questão, durante a maior parte de sua história o aborto não foi criminalizado. Conforme Prado (2008, p. 103), "predominava, inicialmente, a total indiferença do Direito em face do aborto". No mesmo sentido, Hungria (1942, p. 233) afirma que o aborto "ficava, de regra, impune, quando não acarretasse dano à saúde ou a morte da gestante".

Na Grécia Antiga, a prática do aborto era plenamente difundida em todas as camadas sociais, sendo inclusive recomendada e incentivada para fins de controle de natalidade (Aristóteles) e para toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos (Platão). Licurgo e Sólon, por sua vez, proibiram a prática (HUNGRIA, 1942). Outrossim, o juramento de Hipócrates vedava o fornecimento de substâncias abortivas às mulheres. Contudo, Tessaro (2006, p. 41) esclarece que essa proibição era dirigida especificamente aos médicos, "para quem praticar o aborto representava um dos crimes mais graves a que estavam sujeitos".

Situação semelhante se verificava em Roma, onde o aborto também era uma prática corriqueira. Conforme Hungria (1942), o aborto não era sequer previsto nas XII Tábuas ou nas leis da República. Desta maneira, o produto da concepção era considerado parte das vísceras da mulher, pelo que esta, ao abortar, não fazia mais do que dispor do seu próprio corpo (HUNGRIA, 1942). No mesmo sentido Fragoso (1977,

p. 121) assinala que "o aborto praticado contra a vontade da gestante era apenas crime contra a pessoa da mulher".

Posteriormente, ainda em Roma, ao tempo do imperador *Septímio Severo*, o aborto passou a ser considerado "uma lesão ao direito do marido à prole" e punido severamente (HUNGRIA, 1942, p. 235).

Segundo Schor, Alvarenga (1994, p. 19), essa mudança de posicionamento se deu em razão do declínio das taxas de natalidade a partir do Império. Conforme as autoras, a partir daí o aborto provocado passou a ser considerado um crime contra a segurança do Estado. Em Esparta, "sob o pretexto de que o povo deveria contar com maior número de atletas e de guerreiros para a glória e segurança do Estado, a prática do aborto era proibida" (TESSARO, 2006, p. 42). Para os gauleses, "o aborto era considerado um direito natural do pai, que era o chefe incontestável da família, com livre arbítrio sobre a vida ou a morte de seus filhos, nascidos ou não nascidos" (SCHOR, ALVARENGA, 1994, p. 19). Entre os egípcios e os hebreus, não eram puníveis o autoaborto⁴ e o aborto consentido, sendo a interrupção da gravidez uma prática corriqueira, muitas vezes realizada com a finalidade de "elidir as dores e perigos do parto, para evitar os desgostos e as obrigações da mãe no aleitamento, ou a multiplicação da prole." (...) (TESSARO, 2006, p. 43).

A respeito da punição em casos de aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, especificamente entre os povos hebreus, Schor, Alvarenga (1994, p. 19) assinala que:

O livro do Exodo cita que (...) era multado aquele homem que ferisse mulher grávida, fazendo-a abortar. Esse ato de violência obrigava aquele que ferisse a mulher a pagar uma multa ao marido desta, diante dos juízes; se, porém, a mulher viesse a morrer em consequência dos ferimentos recebidos aplicava-se ao culpado a pena de morte.

Foi com o cristianismo que se consolidou a reprovação moral e social do aborto. Conforme, Frago (1977, p. 122), "deve-se ao Cristianismo o entendimento segundo o qual o aborto significa a morte de um ser humano, e, pois, virtualmente homicídio". Nesse sentido, Hungria (1942, p. 235-236) assinala que, sob essa influência, "os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio (...)". Assim, consolidou-se o entendimento de que a vida humana começa no momento da concepção e que não

⁴ Denomina-se autoaborto o aborto praticado pela própria gestante em si mesma.

havia distinção entre um feto e um ser já nascido. "A vida a ser tutelada era a mesma, merecendo idêntico tratamento" (TESSARO, 2006, p. 44).

É esse o entendimento que permeia as religiões cristãs ainda hoje. Não obstante isso, deve ficar claro que a Igreja sempre condenou o aborto. A modificação foi quanto aos argumentos utilizados para condená-lo. Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 54) afirma que:

(...) desde seus primórdios, a condenação da igreja ao aborto, tanto ao prematuro quanto ao tardio, foi clara e imperativa (...). Essa condenação, porém, não se baseava na afirmação derivativa de que o feto é uma pessoa que tem o direito de não ser morta, mas sim na concepção independente de que o aborto é um erro por ser um insulto ao dom divino de criar a vida.

Segundo o autor, durante muitos séculos acreditou-se que essa concepção tradicional da igreja - de que o aborto era um crime porque violava o direito divino mesmo quando o feto ainda não tinha alma - fosse capaz de sustentar uma firme e irreduzível oposição moral ao aborto prematuro (DWORKIN, 2003). Nesse sentido, relata que

Mesmo em 1974, quando a doutrina de que o feto tem direito à vida desde a concepção fora oficializada pela doutrina católica, uma declaração da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé declarava que sua oposição ao aborto não se apoiava em "questões acerca do momento em que a alma espiritual é infundida" (sobre o qual, afirmava-se, ainda não existe consenso entre os autores), porque, mesmo que haja um retardamento da animação, ainda assim existe uma vida humana preparando-se para receber uma alma, o que é suficiente para fundamentar uma "afirmação moral" de que o aborto é pecado (DWORKIN, 2003, p. 61).

Conforme o autor, essa mudança de posicionamento da Igreja em relação ao momento em que o feto recebe alma foi crucial para o fortalecimento e a consolidação da sua campanha contra o aborto. Isso porque, desde o século XVIII as democracias ocidentais haviam começado a rejeitar, na esfera política, os argumentos explicitamente teológicos (DWORKIN, 2003).

Numa cultura política que insiste nas justificações seculares de seu direito penal, o argumento autônomo de que o aborto prematuro é pecado porque qualquer aborto insulta e frustra o poder criador de Deus não pode contar como razão para tornar o aborto um crime (DWORKIN, 2003, p. 63).

Contudo,

Assim como qualquer ordem religiosa pode legitimamente argumentar, mesmo em uma sociedade pluralista que separa a Igreja do Estado, que os direitos das crianças, das minorias ou dos pobres não podem ser negligenciados, assim também se pode argumentar que os direitos das crianças não nascidas não

podem ser sacrificados. Deus não precisa ser mencionado no argumento (DWORKIN, 2003, p. 63).

No Brasil, o aborto somente passou a ser considerado um crime a partir do Código Criminal Imperial (1830) e, mesmo assim, apenas quando realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Era punível também o mero fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse (PRADO, 2008). Contudo, conforme afirma Emmerick (2008, p. 58), "o bem jurídico tutelado era a segurança da pessoa, no caso a mulher, e não a vida do feto" (EMMERICK, 2008, p. 58).

O aborto praticado pela própria gestante em si mesma (autoaborto), só foi criminalizado no Brasil em 1890, já no período republicano. Logo, até então, o autoaborto era lícito, pelo que é possível concluir que as ordens jurídicas anteriores admitiam a interrupção voluntária da gravidez (entendida aqui como aquela não condicionada a qualquer tipo de justificação).

Curiosamente, alguns anos antes, após séculos de controvérsias, finalmente se consolidava dentro da Igreja Católica o posicionamento da animação imediata do feto, que implicava no entendimento de que, em qualquer fase da gestação, o aborto induzido consistia num atentado imperdoável contra a vida de um ser humano inocente e indefeso⁵, passando a ser por ela combatido vigorosamente. Nesse sentido, Tessaro (2006, p. 29) refere que:

A partir do momento em que adotou a tese da animação imediata do zigoto, várias foram as encíclicas nas quais a Igreja consagrou sua posição vigorosa condenando o aborto, as quais, por sua vez, exerceram forte influência nas legislações.

⁵ Conforme Fragoso (p. 121-122): "Deve-se ao Cristianismo o entendimento segundo o qual o aborto significa a morte de um ser humano, e, pois, virtualmente homicídio. Distingua, no entanto, o direito canônico, para diverso tratamento, entre feto *animado* e o feto *inanimado*, o que remontava à análise aristotélica da gestação. Admitia-se que o feto passava a ter alma 40 ou 80 dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino. A distinção foi repudiada por S. Basílio (374 DC), mas S. Jerônimo e Santo Agostinho a mantiveram, o mesmo ocorrendo com o *Decretum* de Graciano (1140) e as Decretais do Papa Gregório IX (1234). Em 1588, o Papa Sixto V estipulou que as mesmas penas, canônicas e seculares, deveriam ser aplicadas para o aborto e o homicídio, qualquer que fosse a idade do feto. Todavia, o Papa Gregório XIX, com a Constituição Apostólica Sedes, em 1591, tornou a distinguir, atenuando as penas eclesiásticas e as restringindo ao feto animado. Como lembra Quintano Ripollés, I, 485, a idade fetal não implicava impunidade, apenas marcava a linha divisória para os efeitos da qualificação do homicídio, reservada para o caso dos fetos animados. Somente com a Constituição Apostólica Sedes, de Pio IX, em 1869, aboliu-se a distinção entre feto animado e inanimado, impondo-se as mesmas penas em qualquer caso. Cf. Código de Direito Canônico, de 1917, c. 985 (4) e 2350".

Considerando que a República é considerada o marco inicial da separação entre Estado e Igreja no Brasil⁶, é no mínimo curioso que a criminalização definitiva do aborto tenha ocorrido justo nessa época. Percebendo essa situação, Paixão (2006, p. 196) insinua que houve forte influência da Igreja no toque tange à proibição total do aborto pelo Código Penal republicano:

Antes do Império, apesar da forte influência da Igreja Católica, não havia punição para o aborto. No Estado confessional imperial passou-se a considerá-lo crime, postura que permaneceu após a separação entre Estado e Igreja com o nascimento de uma República laica, sem religião oficial. O aspecto cultural ora não influi no ordenamento legal, ora tem forte influência. Ou será que a visão da Igreja mudou com o passar dos anos?

Emmerick (2008, p. 55) reforça a tese de Paixão, de que a modificação da situação jurídica do aborto ao longo da História do Brasil acompanhou as diferentes visões da Igreja sobre o tema, ao oferecer uma explicação possível para o fato de o aborto não ser criminalizado no Brasil Colônia:

À época do período colonial o (des)valor da prática do aborto por parte da igreja e do Estado estava relacionado à moral e aos bons costumes. À vista disto, tal prática não era disciplinada juridicamente, talvez por não ter relevância para o mundo do direito. Entretanto, a prática do aborto era motivo de grandes inquietações por parte de Igreja Católica e do Estado, sendo considerada uma arma de controle da procriação usada pelos casais ilegítimos. Assim, tudo leva a crer que a condenação e a pregação da igreja contra o aborto não era em virtude de tal prática ser considerada crime contra a vida, mas em consequência de derivar de relacionamentos fora do matrimônio, quando o sexo não era usado para sua finalidade última (procriação) (...).

No mesmo sentido, Dworkin refere que (2003, p. 64):

A mudança da Igreja Católica Romana para a doutrina da animação imediata conferiu grande força à sua posição política. As pessoas que acreditam, por alguma razão, que o feto é uma pessoa a partir do instante de sua concepção têm total liberdade para argumentar que o aborto, inclusive aborto no início da gravidez, equivale ao assassinato de uma criança não nascida, um argumento que não podem apresentar quando acreditam que so mais tarde o feto adquire uma alma ou torna-se uma pessoa. Em outras palavras, a doutrina católica agora admitia um argumento secular derivativo, assim como um argumento religioso independente. Assim como qualquer ordem religiosa pode legitimamente argumentar, mesmo em uma sociedade pluralista que separa a

⁶ Nesse sentido, Paixão (2006, p. 195) refere que "A República nasce afirmando a liberdade religiosa com a separação entre Igreja e Estado. Mesmo antes da constitucionalização do regime, o Decreto 119 – A, de 7 de janeiro de 1890, de autoria do grande Ruy Barbosa e expedido pelo Governo Provisório, definia a referida separação. A Constituição de 1891 consolida de vez o rompimento e dispõe sobre os princípios básicos da liberdade religiosa. O Estado brasileiro tornava-se, então, "laico", admitindo todas as crenças religiosas sem interferências Religião sobre o Estado. A República trazia uma grande novidade, pois a Constituição Política do Império dispunha que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião oficial (art. 5º), característica de um "Estado confessional" e atrelado, como dissemos na Introdução, a princípios religiosos de uma Igreja Católica de matiz conservador, marcadamente contra-reformista".

Igreja do Estado, que os direitos das crianças, das minorias ou dos pobres não podem ser negligenciados, assim também se pode argumentar que os direitos das crianças não nascidas não podem ser sacrificados. Deus não precisa ser mencionado no argumento. A declaração da Sagrada Congregação que há pouco citei, publicada depois da decisão Roe contra Wade, enfatizava esse ponto ao afirmar: "É verdade que não cabe ao direito escolher entre pontos de vista para impor um em detrimento de outros. Mas a vida da criança tem prioridade sobre todas as opiniões. Não se pode invocar a liberdade de pensamento para destruir essa vida. [...] Em todos os momentos, cabe ao Estado preservar os direitos das pessoas e proteger as mais fracas dentre elas" (...).

O Código Penal da República fazia distinção entre aborto com e sem expulsão do feto, cominando ao primeiro pena mais grave. A pena era ainda maior se, por consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, resultasse a morte da mulher (PRADO, 2008). Uma inovação interessante desse ordenamento penal foi a previsão de uma causa de redução de pena para a gestante que abortasse voluntariamente "com o fim de ocultar desonra própria" (PRADO, 2008, p. 104), preocupação que reflete o caráter machista e patriarcal da sociedade da época.

Não obstante a criminalização do autoaborto pelo Código Penal de 1890, pondo fim em definitivo à liberdade da gestante para decidir sobre a continuidade ou não da gestação, não havia consenso em relação a qual seria o motivo da proibição (EMMERICK, 2008). O autor afirma que (p. 60):

Segundo Soares, a parte referente ao aborto é uma das mais controvertidas do Código Penal da República, podendo ser considerada uma das mais delicadas e controvertidas entre médicos e juristas da época. De acordo com a interpretação dada aos dispositivos, a interrupção voluntária da gravidez podia ser considerada um delito social, um atentado contra a ordem nas famílias, um crime contra a pessoa, etc.

Hoje, está em vigor o Código Penal de 1940, o qual tipifica o delito de aborto no título I, que trata dos crimes contra a pessoa, especificamente no capítulo I, referente aos crimes contra a vida, em seus artigos 124, 125, 126 e 127. O artigo 128, por sua vez, dispõe que não será punido o aborto praticado por médico em duas hipóteses: quando for necessário para preservar a vida da gestante, ou quando se tratar de gravidez decorrente de estupro. Apenas neste último caso, é necessário o seu consentimento. Note-se que essas duas exceções são datadas de 1890. Além dessas duas possibilidades de aborto legal, atualmente pode-se falar em uma terceira, tendo em vista a recente decisão do STF na ADPF 54. Trata-se da possibilidade de aborto terapêutico em casos de anencefalia fetal. Na referida decisão, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código

Penal. Segundo o STF, nesses casos, tendo em vista a inviabilidade da vida extrauterina, não haveria direito à vida a se proteger, pelo que restaria atípica a prática abortiva. Note-se que essa decisão não possui quaisquer implicações para casos de embriões e fetos saudáveis, o que foi frisado diversas vezes pelos ministros em seus votos. Assim, a legislação brasileira está entre as mais restritivas do mundo em relação ao aborto.

Até os anos 1970, essa realidade permaneceu relativamente incontestada pela população. Contudo, com o surgimento de um forte movimento feminista, à semelhança – e talvez por inspiração – dos ocorridos nos Estados Unidos e na Europa, o tema começou a ser debatido. Mesmo durante a ditadura militar, aborto e sexualidade começaram a sair da invisibilidade e do tabu preconceituoso para passarem a ser discutidos com vigor crescente, até transparecerem definitivamente no processo de transição democrática (PAIXÃO, 2006).

Muitas foram as tentativas de reforma (PAIXÃO, 2006) ao longo dos anos. A mais promissora delas foi em 06/04/2005, com a instalação pela Secretaria Especial das Políticas para as Mulheres, de uma Comissão Tripartite formada por 18 representantes dos poderes Executivo, Legislativo e Sociedade Civil, com o objetivo de rever a legislação sobre o aborto no país. O resultado dos trabalhos dessa Comissão foi a elaboração de um anteprojeto de lei que propôs a descriminalização do aborto no país, cujas sugestões foram incorporadas ao PL 1.135/91, de relatoria da Deputada Jandira Feghali. Contudo, em 2008, o projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, vencidos os votos dos deputados Eduardo Valverde, José Eduardo Cardozo, José Genoíno e Regis de Oliveira e, em 2012, encaminhado ao arquivo.

Não obstante as dificuldades para tratar do assunto dentro do país, internacionalmente o Brasil já reconheceu que o aborto é uma questão de saúde pública e efetivamente se comprometeu a alterar sua legislação. Nesse sentido, cabe referir que o Brasil é signatário, sem reservas, dos Programas de Ação acordados em duas importantes conferências internacionais: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo – 1994), onde se reconheceu o aborto como problema de saúde pública; e a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing – 1995), onde se recomendou que os países alterassem suas leis que punam as mulheres que recorrem ao aborto (PAIXÃO, 2006).

Em julho de 2012, foi apresentado o projeto de lei de nº 236 de 2012 (BRASIL, 2012), cujo objeto é a reforma do Código Penal brasileiro, atualmente em trâmite no Congresso Nacional. Inicialmente, o projeto mantinha a criminalização do aborto. Contudo, previa as seguintes causas de exclusão do crime:

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Assim, não obstante mantivesse os artigos que criminalizam o aborto, o projeto descriminalizava a interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana de gestação, quando a mulher não tivesse condições psicológicas de arcar com a maternidade. Infelizmente, em agosto do corrente ano, o inciso IV foi retirado do texto pelo senador Pedro Taques, relator do projeto, sob o argumento de que feria o direito à vida, cláusula pétrea da Constituição Federal. É de se mencionar ainda outro projeto que tramita atualmente no Congresso Nacional, que pretende acabar com os poucos avanços já alcançados na questão do aborto, além de colocar em sério risco os direitos fundamentais das mulheres. Trata-se do projeto de lei Estatuto do Nascituro, projeto de lei que equipara em direitos o ser humano em formação, desde o momento da concepção, ao ser humano já nascido, incluídos aí os embriões gerados artificialmente. Não é preciso tecer grandes explicações para que se perceba o enorme risco que isso representa para os direitos fundamentais para as mulheres.

1.2 A proteção da vida humana em geral e a proteção da vida humana em formação

Assim, antes de discutir o mérito da proteção jurídica da vida do ser humano em formação, especificamente, há que se tecer algumas considerações sobre a proteção da vida humana em geral. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inserido no Capítulo I (dos deveres e direitos individuais e coletivos) do Título II (dos direitos e garantias fundamentais), assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida. Trata-se essencialmente do direito de não ser morto; "de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável" (SILVA, 2009, p. 198). Nesse sentido, pode-se afirmar que consiste num direito à existência; num direito "de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo" (SILVA, 2009, p. 198). É por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, e até mesmo tirar a vida de outrem para salvar a própria é tido como aceitável, quando em estado de necessidade (SILVA, 2009).

Desta maneira, é da garantia da inviolabilidade do direito à vida que deriva a punição pelo direito penal de todas as formas de interrupção do processo vital⁷ (SILVA, 2009). Conforme Franco (2006), outro alcance dessa inviolabilidade assegurada aos direitos fundamentais - todos eles, e não apenas ao direito à vida - consiste em obstar que o legislador ordinário possa reduzi-los em seu conteúdo, e também que, para a legislação infraconstitucional, torna-se "intangível o campo dos direitos fundamentais, subtraindo-os ao raio de ação da lei e colocando-os sob o amparo direto da Constituição" (VIVES ANTÓN *apud* FRANCO, 2006, p. 19-86).

A Carta Magna silenciou a respeito do momento em que se inicia essa proteção, dando margem a diversas interpretações. Nesse contexto, muitos doutrinadores afirmam que o marco inicial da proteção jurídica da vida humana encontra-se na legislação infraconstitucional, utilizando-se do conceito de nascituro, invocando o artigo 2º do Código Civil, que "põe a salvo" os seus direitos "desde a concepção" (BRASIL, 2002). Também é comum a referência ao Código Penal, que criminaliza o aborto. Esse entendimento é equivocado, pois não cabe à norma infraconstitucional limitar um direito fundamental. Com efeito, a proteção da vida humana em formação prevista na legislação infraconstitucional apenas reflete a interpretação dada pelo legislador infraconstitucional ao preceito constitucional da inviolabilidade da vida humana. O alcance da proteção constitucional à vida humana só poderá ser extraído da própria Constituição Federal. Nesse sentido leciona Silva (2002, p. 213):

⁷ Silva (2009, p. 198) fala especificamente em interrupção violenta.

Donde ser a constituição o *conjunto de normas fundantes* de todas as demais que pertencem à ordem jurídica, e estas são *normas fundadas* em relação à constituição. Esta se coloca, pois, no vértice da ordem jurídica, a que confere validade, mas também é parte dessa mesma ordem jurídica, que informa com seus princípios e regras. As normas que não forem compatíveis com ela perdem sua validade, e nisso se manifesta um princípio de eficácia constitucional que domina toda a estrutura normativa do País.

Dito isso, há ainda outra ressalva a ser feita. Passa longe da esfera de competência dos juristas afirmar o que é ou não é vida humana; ou o que é um critério de vida humana "aceitável"; ou o que é ser humano. Conforme bem colocou a ministra Ellen Gracie, em voto proferido na ADI 3510, ao afirmar "não somos uma academia de ciências" (STF, p. 212), não é dado ao direito inventar teses científicas ou categorias ontológicas, cabendo-lhe tão somente avaliá-las juridicamente à luz das normas. Assim, uma posição adequada, no que tange aos limites do direito à vida assegurado pela Constituição, somente será alcançada através da interpretação de dados concretos do conhecimento científico em geral, analisando-os à luz das normas constitucionais fundamentais. Esses esclarecimentos prévios são bastante pertinentes para que se possa chegar a um consenso mínimo nessa questão. A literatura jurídica sobre o tema é dominada por associações inadequadas entre conceitos jurídicos e não jurídicos, apropriando-se dos últimos indevidamente, o que a torna extremamente confusa. Trata-se de um campo dominado pela retórica - no sentido de que existem argumentos "para todos os gostos", todos coerentes e lógicos, até certo ponto - o que faz desse estudo um verdadeiro tormento para os desavisados.

Diversas são as abordagens em torno da formulação de "um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente" (KOTTOW, *apud* STF, ADPF 54, p. 340). É evidente, pois o ser humano não surge de forma instantânea, senão que a vida humana (assim como toda a vida), é um acontecer gradual; um processo. Nesse sentido, bastante esclarecedoras as palavras de Silva sobre a vida (2009, p. 197):

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Nesse contexto, vários podem ser os inícios da vida do ser humano, dependendo da opção que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos nesse sentido. Nas precisas palavras de

Romeo Casabona (TESSARO, 2006, p. 15): “Tratam-se mais de critérios valorativos do que resultado de comprovações biológicas; ou, dito de outra forma, são valorações da realidade biológica que são extrapoladas e transformadas em categorias ontológicas”.

Dessa forma, deve ficar claro que, qualquer escolha que se faça, dentro do direito, dentre as diversas teses sobre o início da vida, serve apenas e tão somente para definir o marco inicial da proteção assegurada constitucionalmente, e não da vida humana em si. Outrossim, essa opção não poderá ser arbitrária, senão fundada em motivos concretos que a justifiquem, sempre em consonância com os preceitos constitucionais, especialmente os princípios e direitos fundamentais. Nesse sentido, preciosa a lição de Sarmiento (2006, p. 140):

(...) todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais; de que todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira “filtragem” constitucional (...), para que se conformem à tábua axiológica subjacente à Lei Maior.

O autor adverte ainda que essa fundamentação não pode ser construída a partir de pré-compreensões religiosas ou metafísicas particulares, senão "examinado com recurso a argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica" (SARMENTO, 2006, p. 145).

Uma das interpretações acerca do marco inicial da inviolabilidade da vida humana é no sentido de que tal proteção passa a existir somente a partir do nascimento com vida. Esse entendimento tem como base de seu raciocínio o arranjo de palavras do próprio texto constitucional, que é bastante claro no sentido de que a garantia do direito à vida é destinada às pessoas humanas (na acepção jurídica do termo - compreendidas como as nascidas com vida). Além disso, ele não admite que haja "gradações de intensidade" dessa proteção: ou há inviolabilidade do direito à vida assegurada constitucionalmente, ou não há. A ausência de proteção constitucional, por sua vez, não impede que eventual bem jurídico, em sendo assim considerado, possa ser tutelado pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido é a lição de Vives Antón (*apud* Franco, 2006, p. 19-86), para quem:

O nascituro não é, pelo menos por si mesmo e de modo direto, um bem jurídico constitucional. E isto porque a Constituição proclama o direito à vida em relação às pessoas, condição que juridicamente só se alcança com o nascimento. E o mesmo ocorre com a proclamação da dignidade das pessoas. Por conseguinte, o nascituro não é pessoa a partir da ótica do ordenamento jurídico e a proclamação do direito à vida e da dignidade, não o atinge diretamente. Poderá arguir-se a necessidade de outorgar proteção jurídico-

penal ao nascituro e isso ninguém põe em dúvida. Mas, desde logo, técnica e valorativamente falando, não é um direito constitucional. Pode e deve entender-se como um interesse ou bem jurídico, com certa relevância constitucional enquanto reflexo dos direitos à vida e à dignidade.

Assim, em que pese o nascituro não seja titular de um direito à vida, no sentido empregado pela Constituição Federal, admite-se que a sua vida pode e deve ser protegida pela legislação infraconstitucional, por reflexo dos direitos constitucionais à vida e à dignidade. Esse foi o entendimento adotado pelo ministro Ayres Britto, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 3510, reiterado posteriormente, no julgamento da ADPF 54. Em ambos os votos, o ministro aduziu à linguagem utilizada no texto constitucional nos seus mais diversos dispositivos, que inegavelmente direciona à interpretação de que o objeto da tutela do artigo 5º é a pessoa humana. Além disso, afirmou que os termos empregados no próprio artigo 5º não deixam dúvidas a esse respeito. É o que se apreende do seguinte trecho do seu voto na ADI 3510 (STF, p. 164):

É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (...). 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). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresse uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de "nascidos", conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a e b do inciso II do mesmo art. 12).

Conforme se pode perceber, segundo o ministro, as palavras utilizadas pelo legislador constitucional não podem ser interpretadas ao sabor dos ventos, eis que cuidadosamente escolhidas, consistindo em verdadeira manifestação de vontade. Nesse sentido, ele conclui que o mutismo da Constituição, no que tange ao momento da aquisição dos direitos fundamentais pelo ser humano, é "hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual" (STF, ADI 3510, p. 171). Assim, entende que não pode o silêncio constitucional a respeito do "início da vida humana" ser tido como carta branca para o legislador

infraconstitucional determiná-lo, mormente considerando que houve tentativa de incluir menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção no texto constitucional, proposta que foi rejeitada pela Assembléia Nacional Constituinte, justamente por ter sido avaliada como "não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição" (MENDES *apud* STF, ADI 3510, p. 171). Além disso, é digno de nota que, em 1995, houve uma proposta de emenda constitucional buscando incorporar o princípio da proteção à vida humana desde a concepção no Preâmbulo constitucional, a qual também foi derrotada (PAIXÃO, 2006).

Note-se que essa teoria não questiona se há ou não vida humana no nascituro. Com efeito, ela cinge-se a afirmar que, independentemente disso, o próprio texto constitucional indica com bastante clareza que a garantia à inviolabilidade da vida nele inscrita destina-se exclusivamente às pessoas humanas, status que inegavelmente o nascituro não possui.

A crítica mais contundente a essa perspectiva dos limites da proteção constitucional da vida humana é pelo fato de que ela deixa a vida humana em formação totalmente desamparada em face da Constituição. Nesse sentido, entende-se que o fato de se tratar de um novo ser, com identidade própria e inconfundível com a da mãe e com potencialidade para tornar-se um ser humano (embora ainda não o seja), já basta para que seja ele beneficiado pela proteção constitucional, eis que se trata de autêntica vida humana (SARMENTO, 2006). No mesmo sentido é a lição de Roxin, que afirma que "se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção" (ROXIN, 2002).

Essa crítica faz bastante sentido, pois não parece adequado que um fato tão trivial como a localização de um ser - dentro ou fora do útero - determine o valor da sua vida (SINGER, 2006). Em que pese a enorme relevância do nascimento, enquanto o marco inicial da vida do ser humano em sociedade, não se pode olvidar que, objetivamente, não existem grandes diferenças entre um feto já bastante desenvolvido e um recém-nascido. Assim, não parece se justificar que um seja protegido pela norma constitucional e o outro não. Ademais, atrelar o alcance de um direito fundamental às categorias jurídicas de pessoa e nascituro não parece um caminho correto para a sua adequada interpretação. Com efeito, pessoa e nascituro são categorias jurídicas do direito civil. A Constituição Federal, por sua vez, não faz a elas qualquer menção. Dessa forma, não parece fazer qualquer sentido que seja o nascimento o divisor de

águas do direito à inviolabilidade da vida assegurado pela Constituição Federal. Definitivamente, essa ideia não possui qualquer receptividade no sentimento social.

Por outro lado, mesmo que não se comungue do entendimento que identifica no nascimento o marco inicial do direito à vida, não se pode olvidar que o texto constitucional de fato indica um caminho para a sua interpretação. Dessa forma, ainda que se entenda pela extensão da proteção constitucional à vida do ser humano em formação, deve-se levar em consideração a linguagem do texto constitucional. Com efeito,

O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis (MENDES, *apud* STF, ADI 3510, p. 171).

Nesse contexto, há que se ter em mente que o direito à vida foi pensado para as pessoas humanas, aqui compreendida a vida humana não somente no seu sentido biológico, “de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais abrangente” (SILVA, 2009, p. 197). Ora, é inegável que, caso pretendesse proclamar a inviolabilidade da vida humana desde o início do processo vital de um indivíduo⁸, o texto constitucional assim referiria expressamente. Contudo, o que ocorre é justamente o contrário: há ali uma indicação clara de que o destinatário do direito à vida é a pessoa humana.

Assim, deve-se levar em consideração os atributos que diferenciam o ser humano dos demais; as características moralmente significativas (SINGER, 2002). Entre outras, pode-se citar como moralmente relevantes a racionalidade, a autoconsciência, a autonomia, o prazer, a dor (SINGER, 2002). Não se pode perder de vista a razão de ser do direito à vida assegurado constitucionalmente. Afinal, por que motivo(s) é a vida humana um bem tão importante para nós, a ponto de termos consagrado sua inviolabilidade como um direito fundamental? Por que uma morte prematuramente é algo tão terrível para nós? A vida tem valor para os que estão vivos. Mas mesmo para os apenas biologicamente vivos, ainda que humanos? A resposta é negativa. Só possui interesses próprios quem possui consciência (DWORKIN, 2003).

⁸ Há que ficar claro que não existe qualquer dúvida no campo científico de que a fecundação marca o início da vida de todo o ser humano, o que, por óbvio, não significa que a partir dali já exista um novo ser humano. Nesse sentido, Douglas, *apud* Casabona (2002, p. 109): (...), com a fertilização, isto é, com a fusão dos gametas masculino e feminino, começa a existência de uma nova entidade, com uma só identidade genética, cuja vida pode-se dizer, portanto, que começa nesse momento.

Para que um ser humano em formação possua interesses próprios, é preciso que ele tenha, no mínimo, capacidade para sentir dor (SINGER, 2002). Somente aí seria possível afirmar que o feto possui ao menos um interesse próprio. Contudo, um ser pode ter sua vida interrompida de maneira indolor, mesmo tendo depois de ter adquirido capacidade para senti-la. Logo, essa aptidão não é determinante para que uma criatura tenha interesses em continuar a viver (DWORKIN, 2003).

Com efeito, o interesse em não ser morto, núcleo central do direito à vida garantido constitucionalmente, é próprio apenas e tão somente dos seres que têm consciência de si; consciência da sua própria existência. Conforme Dworkin (2003, p. 123), "(...) deploramos a frustração da vida, e não sua mera ausência (...)". Nesse sentido, trata-se de uma consciência em sentido amplo, que envolve um conjunto diferente e mais complexo de capacidades, como ser capaz de sentir prazer, afeições e emoções; ter esperanças e expectativas; experimentar decepções e frustrações (DWORKIN, 2003). São todas essas aptidões, aliadas à nossa própria história de vida - as relações que estabelecemos com outros seres e com o mundo em que vivemos - que fazem com que busquemos evitar a morte; e é também em função delas que a morte prematura de outros seres humanos nos causa grande sofrimento. Segundo Dworkin (2003), não se sabe quando essas capacidades mais complexas começam a se desenvolver no ser humano, mas "parece muito improvável que se desenvolvam no feto humano antes da maturação cortical, que ocorre por volta da trigésima semana de idade gestacional (...)" (DWORKIN, 2003, p. 23). Nesse sentido, é seguro afirmar que, qualquer seja a fase de desenvolvimento em que se encontre, falta no ser humano em formação uma característica crucial constitutiva do direito à vida, que é o interesse próprio em manter-se vivo; ou em não ser morto.

Ainda assim, afirmar que a inviolabilidade do direito à vida não alcança a vida do ser humano em gestação não soa bem. Ademais, as características complexas responsáveis pela existência de um interesse próprio em manter-se vivo também são ausentes no recém-nascido, e, no entanto, parece absurdo cogitar que a proteção constitucional à vida humana não lhe beneficie. É aí que entra outro elemento essencial para que a inviolabilidade assegurada constitucionalmente se justifique: a potencialidade para tornar-se pessoa humana (aqui, não na sua acepção jurídica apenas). A palavra pessoa remonta àquele "que desempenha um papel na vida, alguém que é um agente" (SINGER, 2002, p. 97). Outrossim, é compreendida também como ser autoconsciente ou racional, definição que possui suas raízes no iluminismo e

no pensamento liberal (SINGER, 2002). Nesse sentido, a proteção constitucional à vida humana em formação justifica-se na medida em que, embora não exista ainda ser humano, já há uma nova vida humana (no sentido de um novo ente individualizado) com potencial para tornar-se um novo ser humano.

De fato, a potencialidade da vida humana em formação para tornar-se pessoa foi exaustivamente arguida como requisito para a proteção constitucional à vida no julgamento da ADI 3510. Também o foi no julgamento da ADPF 54, não obstante nesse caso o argumento principal tenha sido o da ausência de viabilidade extrauterina. Nesse sentido, cabe transcrever o voto do ministro Ayres Britto na ocasião:

(...) a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim "nasciturus"); que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento. (...) Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro" (STF, ADPF 54, p. 169).

A posição mais bem aceita atualmente entre aqueles que buscam uma harmonização entre a proteção da vida humana em formação e os direitos humanos da gestante é a de que a garantia constitucional da inviolabilidade da vida alcança sim a vida humana em formação, contudo, em menor intensidade do que a de alguém já nascido (SARMENTO, 2006). Nesse sentido o autor sustenta ainda:

A proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, essa tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina" (SARMENTO, 2006, p. 145-146).

Assim, entende-se que, não obstante não se trate ainda de pessoa humana, enquanto ser humano em formação, com potencialidade para vir a sê-la, o nascituro deve ser protegido pelo ordenamento jurídico, inclusive pela Constituição. Em outras palavras, Sarmento (2006, p. 147) afirma que: "como vida humana, e como projeto de pessoa, merece já o nascituro a proteção do ordenamento e da Constituição". Contudo, defende-se que essa proteção, embora emanada diretamente do postulado constitucional da inviolabilidade da vida humana, possui uma intensidade substancialmente menor do que aquela que recai sobre o ser humano já nascido (SARMENTO, 2006). Ainda, sustenta-se que essa proteção vai aumentando

gradualmente, "na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina" (SARMENTO, 2006, p. 146).

Note-se que, diversamente da posição anteriormente abordada, que extraía seu conteúdo de uma análise exegética e hermenêutica do próprio texto constitucional, esta posição faz uma interpretação um pouco mais aberta. Contudo, é de se perceber que também ela firma suas raízes no conceito de pessoa humana, eis que afirma que o alcance da proteção constitucional à vida humana em formação decorre justamente da sua potencialidade em vir a sê-la. O aumento progressivo da tutela, na medida em que o embrião se desenvolve, não deixa dúvidas acerca dessa aproximação com o conceito de pessoa. Efetivamente, segundo essa teoria, quanto mais próximo o nascituro estiver da qualidade de pessoa, mais intensa será a sua proteção constitucional.

Não obstante a resistência da comunidade jurídica em admitir esse fato, a verdade é que a ideia de que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados permeia todo o direito brasileiro. Primeiramente, há que se esclarecer que o direito penal - instrumento de proteção do direito à vida por excelência⁹ - não protege a vida humana desde o seu estágio mais primitivo. Com efeito, esse estágio primeiro se verifica a partir da concepção, com a formação do zigoto. Trata-se da primeira fase do embrião humano, já existindo um organismo vivo, com um código genético individualizado, com potencialidade para tornar-se pessoa.

Contudo, o crime de aborto protege tão somente a vida humana intrauterina, eis que só se considera aborto a expulsão forçada do embrião que já estiver fixado na parede uterina. Por sua vez, o processo de fixação do embrião no útero materno, conhecido como nidificação, ocorre apenas quatorze dias após a concepção. Logo, até esse momento, é possível interromper a nova vida sem qualquer sanção legal, a exemplo do que ocorre com "pílula do dia seguinte"¹⁰. Além disso, a diferença gritante de apenamento entre os crimes de aborto (a pena mais alta é de 3 a 10 anos de reclusão) e homicídio (a pena é de 6 a 20 anos de reclusão) é um demonstrativo inequívoco de que não se atribui à vida humana em formação o mesmo valor da vida de um ser humano já nascido. Conforme Ferrajoli (2006, p. 361), "o ajuste proporcional

⁹ Em se tratando de inviolabilidade do direito fundamental à vida, é irrelevante o fato de o Código Civil assegurar, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme já mencionado anteriormente.

¹⁰ Entre outras, possui a "pílula do dia seguinte" a capacidade de evitar a fixação do embrião já formado no útero materno. Isso não caracteriza aborto, pois este consiste em interrupção de gravidez, a qual somente passa a existir após a fixação do zigoto na parede uterina. Não ocorrendo nidificação, não há gravidez.

da gravidade dos delitos às medidas de pena estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela". Assim, independentemente dessa proporção ser ou não direta, é inegável a forte relação existente entre eles. Ademais, no caso dos crimes de aborto e homicídio a diferença de valoração entre os bens jurídicos tutelados - vida do ser humano já nascido e vida humana intrauterina - é cristalina. Basta atentar para as hipóteses de aborto não punível, previstas no artigo 128 do Código Penal. Ora, o direito não admite que se mate uma pessoa para salvar outra, não importando o quão doente esteja a primeira; e nem que se mate uma pessoa por questões humanitárias. Assim, a não ser que se cogite como possíveis as exdrúxulas situações de "homicídio necessário" e "homicídio sentimental", não há que se falar em "um mesmo direito à vida" para o ser humano já nascido e o ser humano em formação.

Dito isso, há que se atentar para os critérios utilizados pelo legislador para definir a fixação do embrião no útero materno como marco inicial do seu direito à vida. Que características adquire o novo ser então, que exigem que a sua vida seja alcançada pela inviolabilidade assegurada constitucionalmente? O que o diferencia de embriões humanos em estágio de desenvolvimento biológico semelhante, produzidos em laboratório, que não gozam dessa proteção? Biologicamente, nada. Ou seja: trata-se essencialmente do mesmo ser; da mesma vida humana, biologicamente falando. O argumento utilizado para justificar essa diferença de tratamento é a potencialidade que o embrião adquire após a fixação no útero materno¹¹. Trata-se da potencialidade de se desenvolver, transformando-se em feto e, finalmente, em um novo ser humano completo.

Com efeito, as metamorfoses que o embrião precisa realizar para tornar-se um ser humano completo só podem ocorrer dentro do útero materno. Contudo, em que pese ser o embrião de fato uma realidade biológica diferente, que não se confunde com o corpo materno, isso não significa que seja ele autoconstitutivo. Definitivamente, o surgimento de um novo ser humano não é um processo unilateral. Trata-se de um processo criativo, onde se misturam as potencialidades do novo ser para transformar-se com as potencialidades da mulher para transformá-lo. Nesse sentido, é sabido que o embrião somente sobrevive e se desenvolve a partir do estabelecimento de vínculos que lhe possibilitam uma troca de informações com a mãe:

¹¹ Esse argumento foi exaustivamente trabalhado por vários ministros no julgamento da ADI 3510 pelo STF.

A placenta é um local de trocas seletivas em ambas as direções entre a mãe e o feto (...). Uma gestação bem sucedida é completamente dependente da manutenção da integridade da placenta. Ela realiza uma série de funções fisiológicas em benefício do feto, notadamente os papéis de trocas gasosas respiratórias, suprimento de nutrientes e regulação do equilíbrio líquido e excreção metabólica (...). Durante a gestação, os sistemas de órgãos que realizam estas funções não são funcionais no feto. Igualmente importante é o papel da placenta como um órgão endócrino, sintetizando hormônios esteróides, peptídicos e proteicos que agem para manter a gestação, influenciam no metabolismo materno fetal e preparam as glândulas mamárias para a lactação (DAVIES, 2002, p. 913).

Além disso, durante a gestação, o corpo da mulher se transforma radicalmente, passando por inúmeras modificações fisiológicas, anatômicas e hormonais, tudo para permitir o desenvolvimento perfeito do feto (DAVIES, 2002). Nesse sentido, Davies afirma que (2002, p. 927),

Durante a primeira metade da gestação, a mãe está em um estado de anabolismo, durante o qual um crescimento significativo ocorre nas mamas, no útero e na musculatura, e os depósitos de energia se acumulam em forma de tecido adiposo e glicogênio. Estas alterações permitem que a mãe suporte os estágios posteriores da gestação, quando o feto e a placenta estão crescendo rapidamente, e são um grande dreno metabólico sobre ela.

Além das trocas químicas e biológicas, hoje se sabe que ocorrem também trocas relacionais entre o feto e a mãe e até mesmo com o pai (PESSINI, 1997). Assim, durante nove meses, o ser em gestação é modelado pelas trocas biológicas e relacionais que realiza com a mãe (PESSINI, 1997).

De fato, ao mesmo tempo em que se transforma, o novo ser é transformado pelo corpo da mãe. Não é por acaso que fala-se em gestação: trata-se de um processo essencialmente criativo; verdadeira geração de um novo ser humano. E nesse processo, o papel criativo da mulher é crucial. Com efeito, em um estágio bastante inicial de uma gravidez não se deveria sequer falar em "ser humano não nascido", pois, efetivamente, o que se tem é um ser humano que ainda não foi nem mesmo gerado, no sentido de que lhe faltam ainda etapas fundamentais do processo metamórfico que é a formação do ser humano.

Nesse contexto, é certo que a potencialidade do embrião para tornar-se um ser humano está indissoluvelmente ligada à capacidade da mulher de gestá-lo. Outrossim, é evidente que essa potencialidade é indissociável também da sua vontade de gestá-lo ou não, eis que, dissociar o seu corpo da sua vontade significa tratá-la como uma verdadeira coisa. Nesse sentido, é a vontade da mulher de gerar um elemento constitutivo da potencialidade do embrião para tornar-se pessoa. Assim, também deve

ser um elemento constitutivo de um eventual direito do feto à vida. De fato, não se pode simplesmente ignorar por completo a redação do artigo 5º, destinada claramente às pessoas humanas, no sentido de resguardá-las do sofrimento e da dor, para privilegiar um suposto "direito à vida da vida humana em potencial", quando esse potencial carece de qualquer concretude.

Nesse sentido é a lição de Kottow (*apud*, TESSARO, p. 24), para quem “o plenamente potencial deste momento é a possibilidade de estabelecer a relação mãe/filho”. Contudo, faz a ressalva: apesar de ser uma potencialidade possível, deve ser confirmada, atualizada (KOTTOW, *apud*, TESSARO). Trata-se do momento em que a gestante incorpora a vida humana dependente ao próprio projeto de vida, tornando-se mãe. Esta assunção se traduz em que os interesses da vida dependente adquiram idêntico valor aos interesses próprios da mãe (KOTTOW, *apud*, TESSARO). Dessa forma,

O processo incipiente e incerto da vida se converte em um estado de vida humana no momento que é incorporado a um projeto de vida e continua sendo até sua conversão na forma específica, individual e racional do ser que é a condição de pessoa (KOTTOW, *apud*, TESSARO, p. 24).

Por um viés filosófico, Kottow lembra que, guardadas as devidas especificidades, a assunção e o reconhecimento do começo da vida humana assemelha-se “ao encontro que, segundo descreve Levinás, inicia a interlocução ética; só que a mãe não olha o rosto do outro, como ocorre no encontro levinasiano, mas sim sente e decide assumir a existência de um outro em potencial que é seu filho.” (KOTTOW, *apud*, TESSARO, p. 24).

No mesmo sentido, Ferrajoli defende que a procriação não é apenas um processo biológico, mas também um ato moral de vontade (FERRAJOLLI, *apud*, TESSARO, 2006). Segundo o autor, é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que lhe confere o valor de pessoa: "que cria a pessoa" (FERRAJOLLI, *apud*, TESSARO, 2006, p. 24). Assim, o nascimento da pessoa é antecipado para antes do parto, desde que esteja claro que essa pessoa "está de certa forma ligada ao ato com o qual a mulher se encara e se deseja como mãe e encara e deseja o feto como 'nascido'" (FERRAJOLLI, *apud*, TESSARO, 2006, p. 24-25). O autor acrescenta ainda que

Segundo este ponto de vista moral, a procriação é realmente um ato criativo, como o *fiat lux*: fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e vontade. Com ela, a mãe não dá só o corpo, mas também forma de pessoa o nascituro, pensando-o como filho (FERRAJOLLI, *apud*, TESSARO, 2006, p.25).

Em outras palavras:

Se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa. A sua qualidade de 'pessoa' é, em suma, decidida pela mãe, ou seja pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal (FERRAJOLLI, *apud*, TESSARO, 2006, p. 25).

O que deve ficar claro, e que muitas vezes se confunde nos debates sobre o aborto, é o seguinte: o que as mulheres querem não é o direito de matar um filho; mas sim o direito de não gerá-lo. Ao se autodenominar "pró-vida", polarizando a questão, o que os contrários contrários a qualquer possibilidade de interrupção de gravidez querem mesmo dizer é que as mulheres que desejam fazer essa escolha são "pró-morte", num claro intuito de interditar o debate. Todavia, a falácia desta argumentação é evidente. Com efeito, nenhuma mulher deseja gestar um ser humano por quase 9 meses para então abortá-lo; o que se deseja é justamente não gestá-lo.

Qualquer entendimento em contrário, que não leve em consideração o desejo da mulher de fazer ou não (pelo motivo que for) esse pesado investimento físico e emocional, significa tratá-la como uma coisa. Como bem ressalta Dworkin (*apud* SARMENTO, 2006, p. 158):

Uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos com que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade.

Ao estabelecer arbitrariamente que o direito à inviolabilidade da vida humana se inicia a partir do momento da fixação do embrião na parede uterina materna, o legislador infraconstitucional transformou o útero em uma verdadeira prisão. Trata-se de uma violência sem tamanho, que viola sua dignidade escandalosamente. Assim,

é de se concluir de que se trata de uma interpretação do postulado constitucional do direito à vida flagrantemente incompatível com a preservação dos direitos fundamentais e com os princípios fundamentais desta República.

2 ABORTO E CRIMINALIZAÇÃO

O homem não existe para a lei, mas sim a lei existe para o homem.
(Karl Marx).

2.1 Aborto: o direito à vida que mata

Como crime, o aborto torna-se especialmente problemático. Conforme a pesquisa nacional do aborto, levada a cabo pela antropóloga Débora Diniz, mais de uma em cada cinco mulheres em idade fértil já realizou ao menos um aborto induzido (DINIZ, 2010). Tratam-se de abortos clandestinos, que, em grande parte dos casos, são feitos sem condições mínimas de segurança e higiene, e por pessoas sem as habilidades técnicas necessárias. Nesse contexto, não é por acaso que o aborto induzido é uma causa significativa de mortalidade materna. Além do risco de morte, existe o de ficar com graves sequelas (DINIZ, 2010).

Contudo, esses perigos não parecem intimidar as mulheres, que continuam abortando, à margem da lei. Muitas alegam impossibilidades emocionais e psicológicas de gerar e criar um filho. Outras relatam a carência de condições materiais como motivo determinante para a opção pelo aborto. De outro lado, há mulheres que abortam simplesmente porque não desejam ter filhos. Contudo, há um grande ponto de convergência entre as narrativas de mulheres que já abortaram: quase sempre se trata de uma decisão difícil e dolorosa¹².

Essa situação demonstra a urgência de se discutir a criminalização do aborto de uma maneira honesta e racional. Afinal, qual o objetivo da criminalização do aborto? Ela cumpre esse objetivo de forma satisfatória? Que direito à vida é esse, que mata? A criminalização do aborto é legítima? A quem ela interessa? Diante dessa situação

¹² Emmerick (2008) faz um resgate das narrativas de diversas mulheres que abortaram e foram criminalizadas, através da análise das declarações por elas prestadas durante o processo sofrido. Nesse sentido, destaca-se o relato de S.S.L. (p. 163): "(...) que já há muito tempo a declarante não deseja mais conviver em companhia de seu companheiro em virtude de bebedeira e maus-tratos contra os próprios filhos; que seu companheiro não cumpre com suas obrigações de pai e de marido, faltando tudo para a declarante e seus dois filhos, não possuindo nem uma cama para dormir; que devido à vida de sofrimento que levava em companhia de seu companheiro fez com que tomasse a decisão de abortar o terceiro filho que estava para nascer".

complexa e cheia de contradições, interessa analisar os diversos impactos da criminalização do aborto, a fim de verificar se ela é de fato adequada aos fins a que se propõe, bem como se ela é compatível com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, há que se esclarecer que o crime de aborto protege tão somente a vida humana intrauterina. Isto porque, para que haja aborto, é necessário que ocorra a interrupção de uma gravidez. Nesse sentido leciona Prado (2008, p. 107): “o *aborto* consiste, portanto, na morte dada ao nascituro *intra uterum* ou pela provocação de sua expulsão. O delito pressupõe, por óbvio, gravidez em curso”. Esta, por sua vez, só se concretiza com a nidação, que é a fixação do embrião no útero materno, o que somente ocorre quatorze dias após a concepção. Assim, deve ficar claro que não caracteriza aborto a destruição ou expulsão do embrião antes da nidação. Logo, é um equívoco afirmar que o direito penal protege a vida humana desde a concepção. Não protege. Uma das funções da “pílula do dia seguinte” é justamente impedir que o embrião consiga se fixar na parede uterina da mulher. Isso definitivamente implica na destruição do embrião. Contudo, não caracteriza aborto, pois não interrompe gravidez, senão impede que ela ocorra. Dessa forma, trata-se de uma situação onde é perfeitamente legal a destruição da vida humana em formação. Dito isso, é seguro afirmar que, no crime de aborto, o bem jurídico protegido é a somente vida humana em formação intrauterina. Nesse sentido leciona Prado (2008, p. 105): “protege-se a vida intrauterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer”.

Contudo, há controvérsias na doutrina quanto à titularidade, e, conseqüentemente, quanto ao sujeito passivo do bem jurídico designado por “vida humana em formação”. Com efeito, parte da doutrina não aceita que o ser humano em formação possa ser titular de um bem jurídico, pelo que atribui a titularidade do bem jurídico “vida humana em formação” à coletividade ou ao Estado.

No que tange à sua titularidade, os bens jurídico-penais podem ser individuais ou supra-individuais (metaindividuais). O indivíduo é o titular dos bens jurídicos individuais, de modo que, tendo em vista o seu caráter estritamente pessoal, detém o controle e o poder de disposição do referido bem, conforme a sua vontade (PRADO, 2002). Já a titularidade dos bens jurídicos supra-individuais está para além do indivíduo, eis que referentes a interesses de uma coletividade (PRADO, 2002). Em outras palavras, a importância do bem jurídico transcende a esfera individual, sem deixar,

contudo, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade (PRADO, 2002).

Aparentemente, a controvérsia se dá em razão do fato de o ser humano em formação não ser ainda pessoa (na acepção jurídica do termo). Segundo Fragoso (1997, p. 126), no crime de aborto objeto da tutela jurídica é a vida da pessoa em formação, o que justifica a classificação do fato, embora a rigor não se trate de crime contra a pessoa. Segundo o autor, o titular do bem jurídico tutelado pelo crime de aborto não é o ser humano em formação, mas sim o Estado ou a comunidade. Nesse contexto, o “produto da concepção” seria apenas o objeto material do delito. O mesmo entende Costa Júnior (1997, p. 384), para quem “o feto é o objeto material do crime, sobre o qual recai a ação. Sujeito passivo do delito é a comunidade, ou o Estado (...)”. No mesmo sentido é a lição de Souza (*apud* TESSARO, 2006, p. 78-79), que afirma que, “por ainda não existir como pessoa, não pode o nascituro ser considerado sujeito passivo do delito como acontece com o indivíduo já nascido”. Conforme o autor, o ser humano em formação é apenas o objeto material do crime, “pois o sujeito passivo nestas hipóteses, na verdade, é a coletividade” (SOUZA *apud* TESSARO, 2006, p. 79).

No entanto, a doutrina majoritária entende que a vida humana em formação é um bem jurídico individual, independentemente do seu estágio evolutivo, cujo titular - e, portanto, também o sujeito passivo do crime de aborto - é o ser humano em formação. Nesse sentido é a lição de Prado (2008, p. 106):

Sujeito passivo é o ser humano em formação (óvulo fecundado/embrião/feto), titular do bem jurídico vida. Resguarda-se a vida intra-uterina, de modo que o produto da concepção é protegido nas várias etapas do seu desenvolvimento. Caso sejam vários os fetos, a morte dada a eles conduz ao concurso de delitos.

Ainda, o autor afirma que a comunidade ou o Estado não são sujeitos passivos do delito de aborto, “pois a vida humana, dependente ou independente, não é um bem jurídico coletivo, mas individual por excelência” (PRADO, 2008, p. 106). Ademais, o interesse social na proteção da vida do ser humano em formação também existe em relação à preservação da grande maioria dos demais bens jurídicos tutelados pelo direito penal, mesmo os individuais, pelo que não parece se justificar que no aborto exista um interesse maior, capaz de outorgar a sua titularidade ao Estado ou à comunidade (PRADO, 2008).

No mesmo sentido conduz-se o pensamento de Romeo Casabona (*apud* TESSARO, 2006), que entende que, se o sujeito passivo é representado pelo portador

do bem jurídico lesionado posto em perigo, o sujeito passivo do delito de aborto será também o nascituro, enquanto portador do bem jurídico “vida humana dependente”. Sendo assim, também afirma que, pelo fato da vida humana ser um bem individual por princípio, a comunidade não pode ser sujeito passivo no delito de aborto (ROMEO CASABONA *apud* TESSARO, 2006). Ainda na mesma linha de Prado, o autor assinala que o interesse social na proteção da vida do nascituro existe também em relação à maioria dos bens jurídicos protegidos penalmente, pelo que não se sustenta a ideia de que, neste caso, haveria um interesse maior, que permitisse atribuir à coletividade tal titularidade (ROMEO CASABONA *apud* TESSARO, 2006). A esse entendimento o autor acrescenta ainda que o interesse demográfico do Estado; a saúde da gestante e a perpetuação da espécie, “imposta pela ética católica do pós-guerra e aceita pelo estado”, são critérios que perderam o sentido na atualidade (ROMEO CASABONA *apud* TESSARO, 2006). Por fim, Romeo Casabona (*apud* TESSARO, 2006) afirma que carece de qualquer fundamento a concepção de que o bem jurídico-penal tutelado no delito de aborto seja, de modo exclusivo e prioritário, a esperança de vida, no sentido de um processo de desenvolvimento a culminar em uma vida humana. Isso porque, ao seguir essa ideia, ao criminalizar o aborto o legislador estaria protegendo uma virtualidade (esperança de vida) e não uma realidade (vida do feto) (ROMEO CASABONA *apud* TESSARO, 2006).

Assim, é certo afirmar que o objetivo da criminalização do aborto é a proteção do bem jurídico 'vida humana intrauterina'. Nesse contexto, cabe a pergunta: ela cumpre esse objetivo? Tendo em vista os resultados da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), é evidente que não. Não há dúvidas de que “os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos”, como afirma Sarmiento (2006, p. 118), senão nulos. Isso fica cristalino se atentarmos para um risco adicional inerente ao aborto clandestino, que outros crimes não possuem: o risco à integridade física e à vida da própria gestante. Ou seja, além do risco de penalização, há o risco à própria integridade física. Conforme revelou a PNA, cerca de metade os abortos induzidos são provocados através de algum tipo de medicamento, método que tende a ser mais seguro do que os outros comumente empregados (DINIZ, 2010). Contudo, a outra metade, feita sem o auxílio de medicamentos, é realizada em circunstâncias bem mais perigosas para a gestante, pois geralmente em condições materiais precárias e falta de higiene (DINIZ, 2010). Isso sem falar nos riscos inerentes ao próprio procedimento, eis que realizado por pessoas sem o conhecimento técnico necessário (não raras vezes, pela própria

gestante), com o auxílio de instrumentos absolutamente impróprios. No entanto, mesmo assim, mais de uma em cada cinco mulheres já realizou ao menos um aborto induzido antes de completar quarenta anos (DINIZ, 2010).

Note-se que, em que pese a criminalização, as mulheres não apenas realizam o aborto, como o fazem mesmo em condições mais arriscadas. Nesse contexto, é de se perceber que o efeito dissuasório da criminalização do aborto falha duas vezes; e falha de forma contundente. Ora, tendo em vista que o poder dissuasório da pena está na ameaça de privação de liberdade; e que, por outro lado, as mulheres estão dispostas a arriscar a própria vida - bem cujo valor é, em tese, mais elevado que a liberdade, tendo em vista que o Brasil não aceita a pena de morte - para realizar um aborto, torna-se evidente que a criminalização da prática, enquanto forma de coibi-la, está fadada ao fracasso. Nesse contexto, cai por terra também a hipótese de que a falência da criminalização do aborto em cumprir seu objetivo declarado decorra da baixa incidência da criminalização secundária. Realmente, é sabido que a quantidade de condenações criminais pelo crime de aborto é desprezível (SARMENTO, 2006), mesmo porque, se não fosse, “seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar os milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas” (SARMENTO, 2006, p. 118). Isso se dá muito em razão - embora não só - das dificuldades em se reunir provas acerca do dolo; ou seja, de que se trata realmente de um aborto induzido, e não espontâneo. Contudo, tendo em vista que também na criminalização secundária o poder dissuasório da pena está na ameaça de privação de liberdade, fica claro que um aumento nessas taxas não seria capaz de produzir uma diminuição no número de abortos induzidos. Isso sem falar na já mencionada inviabilidade prática dessa alternativa.

Nesse sentido, é extremamente significativo o fato de que, nos países que legalizaram a interrupção voluntária da gravidez, não tenha sido constatado qualquer aumento relevante no número de abortos realizados (SARMENTO, 2006). Isso demonstra que as mulheres não deixam de abortar porque o aborto é criminalizado; assim como não passam a fazê-lo porque é permitido. Nenhuma mulher faz aborto porque a idéia lhe é agradável; ou porque é uma opção que está ali, disponível, entre outras tantas. Não se trata de uma decisão trivial. Nesse sentido, há que se ressaltar que é soa descabida a tese de que, com a legalização do aborto, as mulheres poderiam passar a valer-se dele como uma alternativa aos métodos contraceptivos. Isso vai contra tudo o que dizem as mulheres que já passaram por essa experiência,

as quais invariavelmente relatam o enorme sofrimento que ela envolve; seja por ela ser contrária às suas próprias convicções; seja pelo cruel julgamento moral por parte da sociedade; seja pelo medo de ficar com alguma sequela física¹³.

Desta maneira, a não ser que se considere que as mulheres são seres irracionais, que buscam deliberadamente o próprio sofrimento, quando poderiam facilmente evitá-lo, só pode ser considerada esdrúxula esta hipótese. Com efeito, para a mulher que decide fazer um aborto, essa lhe parece a única opção possível naquela situação, tanto que ela é capaz de arriscar sua própria vida para fazê-lo. Trata-se de uma verdadeira decisão “de vida ou morte”, literalmente. Nesse contexto, está mais que claro que, não obstante a decisão de fazer um aborto seja extremamente sofrida para a maioria das mulheres, a partir do momento que decidem fazê-lo, nada pode impedi-las. Assim, não restam dúvidas de que a tutela penal não logra êxito na proteção do bem jurídico vida humana intrauterina. Com efeito, do ponto de vista prático, a principal consequência da criminalização do aborto no Brasil é:

a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres (SARMENTO, 2006, p. 118).

Nesse contexto, mesmo que se aceite uma função exclusivamente retributiva da pena, há de se convir que a criminalização do aborto carece de fundamentos suficientes que a justifiquem, tendo em vista que produz um resultado ainda mais grave do que a ausência de sanção. Nesse contexto, é certo que a criminalização do aborto encontra-se em flagrante descompasso com diversos princípios norteadores do direito penal. Sobre eles discorre Prado (1997, p. 101):

(...) alguns limites que o Direito Penal, enquanto instrumento de proteção de bens jurídicos, deve respeitar: a) princípio da adequação dos meios do Direito Penal para uma proteção efetiva de bens jurídicos; b) princípio da utilização do meio relativamente menos grave; c) princípios da intervenção mínima; d) princípio do interesse preponderante - que considera ilegítima uma sanção penal que direta ou indiretamente provoque maiores danos do que aqueles que pretende evitar. Esses princípios, entre outros, apontam para uma limitação da tutela jurídico-penal e para uma aplicação mais correta e racional do Direito Penal.

¹³ Nesse sentido é a declaração A.P.S. (EMMERICK, 2008, p. 164-165): "(...) que temendo ser abandonada por P.C.O. e ter que voltar para casa de seus pais com outro filho sem pai, a depoente em desespero passou a procurar um meio para abortar (...) que está arrependida, pois tirou uma vida, mas que só queria evitar ter mais um filho; que passa necessidade e também por medo de ser rejeitada por seus pais por ter outro filho sem pai".

Ademais, a proposta de uma finalidade essencialmente sancionatória do direito penal nunca obteve adesão significativa entre os doutrinadores, eis que tida como insuficiente para justificar uma intervenção penal. Nesse sentido discorre Roxin (1998, p. 19-20): “A teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante”.

Esses motivos, por si só, já demonstram a insustentabilidade da criminalização do aborto. Não obstante isso, as particularidades inerentes ao crime de aborto tornam de extremo interesse que seja ele analisado à luz da teoria do bem jurídico penal e do conceito material de delito, ideia bastante pertinente e original desenvolvida por Anelise Tessaro (2006) em sua dissertação de mestrado. Certamente, trata-se de um caso único no direito penal em que o criminoso se sujeita a tamanhos riscos à sua própria vida e integridade corporal para concretizar a empreitada criminosa. Outra peculiaridade que parece ser exclusiva do crime de aborto é o fato de o criminoso em potencial fazer um juízo ético-moral antes de praticar o delito; um verdadeiro juízo de valor sobre o que é melhor ou pior naquela situação, levando em consideração não apenas os seus próprios interesses mas também os sentimentos ainda inexistentes da vítima¹⁴. A resposta de que o direito à vida é inviolável e ponto final não satisfaz aqui.

Com efeito, não se pode comparar o crime de aborto com o crime de homicídio, por mais que numerosas vezes esta aproximação seja realizada pelos apologistas da criminalização deste ato. Além das particularidades já mencionadas, existe uma diferença considerável de valoração entre a vida humana do já nascido e do ser humano em formação, já consagrada na legislação brasileira. De fato, trata-se de crimes absolutamente distintos, como bem demonstram os diferentes posicionamentos acerca do aborto ao longo da história. Nesse sentido, ressalta-se que, diversamente do homicídio, que, salvo situações excepcionais, sempre foi condenado, por muito tempo o aborto sequer foi considerado um crime e, mesmo quando o foi, não esteve entre os crimes contra a vida durante a maior parte da história. Afinal, salvo casos excepcionais (eutanásia), ninguém faz juízo de valor antes de cometer um assassinato. Além do acima descrito, deve-se lembrar que não

¹⁴ É bastante comum entre as mulheres que já abortaram o argumento justificador de que não se deve colocar uma criança no mundo para sofrer, especialmente entre aquelas em situação de violência familiar ou com condições materiais demasiado precárias. Existem referências a esse argumento tanto em Dworkin (2003), quanto em Emmerick (2008, p. 161-180).

se tratam de casos excepcionais. Com efeito, trata-se de 15% da população feminina brasileira. Isso sem levar em consideração a cifra oculta que existe nas estimativas sobre aborto, por conta dos estigmas decorrentes da criminalização. Ainda, esse número torna-se extraordinariamente alto se atentarmos para o fato de que o aborto surge da exceção, que é a gravidez indesejada. Ocorre que nem toda a gravidez é indesejada; ou, por vezes, o sendo inicialmente, acaba sendo aceita pela mulher, convertendo-se numa gravidez desejada. Além disso, é inegável que nos dias atuais a grande variedade de métodos contraceptivos disponíveis - embora ainda inacessíveis a grande parte das mulheres - contribui para uma considerável redução das possibilidades de uma gravidez indesejada. Assim, levando-se em consideração que o aborto surge justamente no contexto de uma gravidez indesejada, situação que hoje não é mais tão comum, é de se perceber que a quantidade de mulheres que já abortaram poderia ser bem maior, caso fosse maior o número de gravidezes indesejadas. Dessa forma, deve ficar claro que qualquer comparação do aborto com o homicídio, sob o argumento de que se trata “do mesmo direito à vida” não passa de um sofisma jurídico. Assim, o que será analisado adiante é a adequabilidade ou não da vida intrauterina enquanto bem jurídico tutelado pelo direito penal.

2.2 O crime de aborto à luz da teoria do bem jurídico penal-material

A noção de bem jurídico remonta à função primordial do Estado, tendo em vista o contrato social: a proteção dos interesses dos cidadãos (direitos subjetivos), no sentido de preservar as condições de vida em sociedade. Nesse sentido, tendo em vista que o poder punitivo do Estado é concedido a esta instituição pelos cidadãos única e exclusivamente para determinados fins, é evidente que fica a eles atrelado. Ou seja: o Estado só terá legitimidade para intervir através do direito penal quando houver uma lesão ou ameaça de lesão aos interesses aos quais ele foi criado para proteger¹⁵.

¹⁵ Segundo Silveira (2010), essa é a ideia que permeia o pensamento de Feuerbach, no século XVIII, um dos primeiros autores a fazer considerações sobre o conceito de bem jurídico.

Com efeito, não obstante as duras críticas que recaem sobre a teoria do bem jurídico, tendo em vista a dificuldade de delimitação conceitual¹⁶, atualmente prevalece na moderna doutrina brasileira o entendimento de que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos¹⁷ (BATISTA, 2013). Nesse contexto, alguns autores compreendem a defesa de bens jurídicos como meio empregado para a defesa da sociedade (Aníbal Bruno e Fragoso), concebida eventualmente como combate ao crime (Mirabete), enquanto outros privilegiam a defesa dos valores sociais que compõem os bens jurídicos (Brito Alves) ou o fortalecimento desses valores na consciência social (Damásio) (BATISTA, 2013).

A força desse entendimento decorre da necessidade de impor limites materiais ao poder de punir do Estado. Nesse sentido, Tavares (*apud* SILVEIRA, 2010, p. 55) afirma que:

A exigência de uma delimitação da intervenção do Estado, igualmente no âmbito do processo de socialização, ou dessocialização, e não apenas no âmbito causal da produção de efeitos, deflui da necessidade de situar o bem jurídico, não apenas, agora, como objeto de preferência ou de referência, mas sim como instrumento de discussão da legitimidade do próprio direito de punir. Nesse sentido é que se diz que o bem jurídico cumpre, assim, um papel delimitativo da incriminação e protetivo da pessoa.

É no pensamento de Hans Welzel que a noção de bem jurídico passa a se fundamentar no pensamento dos próprios cidadãos sobre um determinado bem, rejeitando uma natureza jurídico-positivista (SILVEIRA, 2010). Segundo Welzel, a defesa de valores ético-sociais elementares da consciência jurídica e, por inclusão, a defesa dos bens jurídicos, compreendidos como estados sociais de preservação juridicamente desejáveis, seria a verdadeira função do direito penal (BATISTA, 2013). Posteriormente, no final do século XX, tentando desenvolver melhor a noção de bem jurídico, no sentido de limitar o poder de intervenção jurídico-penal, surgiram outras teorias: as denominadas sociológicas e constitucionais. As teorias constitucionais do direito penal extraem o conceito de bem jurídico da própria Constituição Federal, enquanto as sociológicas buscam o seu sentido diretamente na realidade social (SILVEIRA, 2010).

Nesse contexto, Roxin sugere que qualquer o conceito de bem jurídico só pode ser orientado pela Constituição, eis que, segundo ele, a única restrição previamente

¹⁶ Silveira (2010, p. 31-54) discorre longamente sobre essas críticas.

¹⁷ No mesmo sentido é a lição de Prado (1997), que afirma que a doutrina moderna reconhece na proteção de bens jurídicos o escopo imediato e primordial do Direito Penal.

dada ao legislador encontra-se justamente nos princípios constitucionais (ROXIN, 1997). Segundo o autor, “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” (ROXIN, 2009, p. 11). Ainda, entende que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal” (ROXIN, 2009, p. 16). Defende, assim, um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, no sentido de mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima (ROXIN, 2009, p. 20).

Dessa maneira, um conceito de tutela vinculado político-criminalmente só pode derivar do que está na Lei Fundamental, baseado na liberdade do indivíduo, por meio da qual são marcados os limites da capacidade punitiva do Estado (ROXIN, 1997). Os bens jurídicos seriam, portanto, circunstâncias ou finalidades úteis para o indivíduo e o seu livre desenvolvimento, no marco de um sistema social global, estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema (ROXIN, 1997). Nesse sentido, o autor afirma que a função do direito penal é garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e apenas quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a sua liberdade (ROXIN, 2009). Na mesma linha, assinala que um sistema social não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas sim para atender aos interesses das pessoas que nele vivem (ROXIN, 2009). Segundo o autor, essa definição decorre da própria noção de Estado de Direito (ROXIN, 2009). Além disso, “ela se legitima historicamente desde o pensamento jurídico-racional da concepção que seve de base à forma do Estado democrático” (ROXIN, 2009, p. 17). Isso porque:

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por meios mais leves (ROXIN, 2009, p. 17).

Assim, a intervenção estatal penal dependerá da necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos e da salvaguarda das regras culturais de comportamento, tudo dentro de marcos constitucionais e de controles democráticos (ROXIN, 2009). Nesse sentido, tendo em vista que cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos, não cabe ao Estado tutelar convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos,

mormente através do direito penal. Disso decorrem duas importantes consequências relacionadas com a legitimação do poder punitivo: sendo o Estado democrático de direito, laico, fundado na soberania popular, não pode pretender moralizar o cidadão adulto, de maneira que o legislador não está autorizado a criminalizar comportamentos simplesmente imorais. A segunda consequência é que a intervenção penal possui caráter subsidiário, devendo estar restrita à tutela dos bens jurídicos essenciais.

Na mesma linha, Prado assinala que o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, tudo com norte nos princípios fundamentais (PRADO, 1997). Nesse contexto, afirma que, para selecionar quais os valores que devem ser protegidos pela lei penal (bens jurídicos) o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais, que são as vigas mestras, fundantes e regentes, de todo o ordenamento penal. (PRADO, 1997). Há que se ressaltar que, aqui, a ideia de princípio não deverá ser compreendida como fim a ser alcançado, pois não representa mera intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, senão fundamenta e conforma o Direito Penal, delineando seus limites (PRADO, 1997). Ainda, na mesma linha de Roxin, afirma que a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, somente quando socialmente necessária (PRADO, 1997). Trata-se, segundo o autor, de verdadeiro pressuposto de um Estado que se pretende Democrático, Social e de Direito. Nesse sentido, somente será legítima a tutela penal de uma conduta quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana (PRADO, 1997). Ainda nesse contexto, assinala que (PRADO, 1997, p. 72-73):

O Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos e, por ela, busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito: o homem como centro onipresente da esfera política. (...) Aqui, o humanismo jurídico, em sua preocupação de liberdade, implica referência ao homem como sujeito que dá sentido à sua existência, porque o ser verdadeiramente humano almeja ter domínio de si mesmo e autonomia.

Note-se que, independentemente do prisma pelo qual se observe, a noção de bem jurídico sempre implica a “realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano” (PRADO, 1997, p. 82). Isso decorre justamente da necessidade de avaliar

quais são os interesses cuja função primordial do Estado é proteger. Diante desse contexto, Prado (1997, p. 83) assinala que

Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa (...) é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito, uma das manifestações típicas da política e da história, se não mesmo a mais típica (...). Numa sociedade democrática *aberta*, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a se realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência.

Assim, a dignidade da pessoa humana é tida como “um princípio material de justiça de validade *a priori*” (PRADO, 1997, P. 84). O que implica que, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, o direito deve de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, “capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é o absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é)” (PRADO, 1997, P. 84). Assim, “em caso de violação grave do princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça será necessário negar-lhe o caráter de Direito” (PRADO, 1997, P. 84). Isso decorre da própria definição de Estado Democrático e Social de Direito prevista na Carta Constitucional. Assim, a noção de bem jurídico emerge dentro de parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal (PRADO, 1997).

Quanto à substância material dos valores constitucionais, é evidente que somente poderá ser identificada na prática; no diálogo entre ideias. Nesse sentido, Prado adverte que é necessário um mínimo de consenso ético entre as diversas visões do mundo difusas nos grupos sociais, eis que a credibilidade do ordenamento jurídico como um todo, e do direito penal especificamente, “varia de acordo com a quantidade de consenso social em que se alicerça” (PRADO, 1997, p. 91-92). Assim, afirma que “a dignidade de proteção de um bem jurídico se contempla segundo o valor conferido ao mesmo pela cultura” (PRADO, 1997, p. 94). Nesse contexto, tendo em vista a “dimensão sociocultural do bem jurídico”, a orientação do processo criminalização/descriminalização restará subordinada “às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico” (PRADO, 1997, p. 96). A idoneidade do

bem jurídico, por sua vez, estará diretamente relacionada com o seu valor social, eis que não pode estar desvinculado da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser (PRADO, 1997).

É evidente: o legislador, ao criar tipos penais, faz uma opção que reflete o pensamento da sua época. Outrossim, o sentido que se dá ao injusto depende sempre de uma decisão valorativa. Nesse contexto, o delito vem a ser “uma magnitude de valoração” (PRADO, 1997, p. 96). Ocorre que, conforme bem ressalta Prado (1997, p. 96-97),

A experiência axiológica em que se funda a lei penal pode ser problemática, sendo certo que, em uma “sociedade aberta e pluralista, as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem ser aceitas não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas sociais. Por isso, é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento. A estigmatização de um comportamento como delituoso deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as pessoas se conformarem”.

Assim, é certo que o conceito material de bem jurídico encontra-se “na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário” (PRADO, 1997, p. 98). Nesse contexto, tendo em vista que esses juízos valorativos correspondem necessariamente ao pensamento do momento histórico correspondente, é certo que podem modificar-se de acordo com as concepções dominantes. Com efeito, a substancialidade do bem jurídico pressupõe a realização de um juízo ético. Nesse contexto, é evidente que o “bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto, assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente” (BETTIOL apud PRADO, 1997, P. 98).

No caso do aborto, é evidente a inexistência de um mínimo consenso ético acerca do bem jurídico tutelado: a vida humana intrauterina. Com efeito, não existe consenso social no sentido de que a vida humana em formação seja inviolável já a partir da fixação no útero materno, sem que a gestante tenha a possibilidade de escolher. Isso é demonstrável não somente pelos relatos das mulheres que já interromperam uma gravidez, como também pela própria história. Essa é a grande peculiaridade do aborto, que o difere dos delitos tradicionais. Alguém que comete um roubo, por exemplo, não o faz acreditando que roubar não é errado. Assim, é seguro afirmar que existe um mínimo consenso ético social de que roubar é errado, não

obstante elevadas taxas de roubos,. O mesmo se pode afirmar a respeito do crime de homicídio: independentemente das taxas de homicídios serem elevadas é patente que existe um consenso ético social acerca do desvalor da conduta de matar alguém.

Isso não ocorre com o crime de aborto. A verdade é que, à margem de toda a circular discussão técnica sobre o início da vida humana e a inviolabilidade do direito à vida, a sociedade não aceita, e nunca aceitou, o aborto como crime. Conforme visto quando da análise do aborto ao longo da história, não se trata apenas de uma prática corriqueira e presente nas mais diferentes culturas há séculos, como ocorre com o roubo e o homicídio. Diferentemente desses delitos, condenados desde sempre e pelos mesmos motivos, o aborto nem sempre foi condenado. Além disso, mesmo quando o foi, as justificativas foram as mais diversas, sendo um pretense direito de nascer do nascituro apenas uma delas e, por muito tempo, a de menor adesão.

Essa importante particularidade da história do aborto normalmente é negligenciada nas discussões sobre a interrupção voluntária da gravidez. Frequentemente atribui-se essa relativa indiferença em relação à vida do nascituro ao longo da história a um desenvolvimento científico ainda incipiente, que relegava o processo gestacional ao mistério, sem maiores digressões sobre a questão. Em suma, presume-se, sem grandes questionamentos, que a importância significativamente menor que se dava à questão do aborto se devia a um generalizado desconhecimento do “segredo da vida”, este compreendido como a união dos gametas masculino e feminino, resultando numa nova entidade com um código genético próprio. Essa explicação carece de qualquer sentido ou respaldo, apenas refletindo um deslumbre cientificista acrítico e inconsequente, ainda presente nos dias de hoje. Ora, foge completamente à razoabilidade supor que, em razão do desconhecimento acerca dos detalhes do processo fisiológico da formação de um novo ser, se ignorasse a natureza humana do embrião ou feto humanos. Nesse sentido, deve-se atentar ao fato de que

As primeiras referências à retirada do feto pela via abdominal vêm de épocas milenares, cuja história nos chegou pelos relatos da mitologia greco-romana em inscrições nos manuscritos persas e assírios, e nos papiros egípcios (PARENTE, 2010, p. 481).

os anatomistas do renascimento, ente eles o grande Leonardo Da Vinci, produziram desenhos incrivelmente detalhados da anatomia do ser humano, inclusive na sua forma fetal. A verdade é que, durante a maior parte da história, a questão do aborto girou em torno de questões bastante diversas de um pretense “direito à vida” do

não nascido. Esse sentimento se mantém nos dias atuais. Ainda hoje, as mulheres simplesmente não acham que um embrião tenha um “direito de nascer” e isso se reflete nos dados sobre interrupção voluntária da gravidez.

As concepções das pessoas em geral acerca do aborto são múltiplas. De fato, muitas pessoas, e inclusive muitas mulheres que já abortaram, enxergam o aborto como algo errado. Com efeito, existem casos de gestantes que se recusam a fazer um aborto mesmo quando por indicação médica em decorrência de risco à sua própria vida. Contudo, os posicionamentos variam de um extremo a outro; desde a perspectiva de que é comparável ao homicídio, à de que o vê como uma simples intervenção cirúrgica¹⁸. Ocorre que, numa sociedade que se pretende pluralista, essas diversidades de opiniões devem ser respeitadas. Nesse sentido é a lição de Adriana O. Ortega referida pela ministra Carmen Lúcia em seu voto quando do julgamento da ADPF 54 (*apud* DUARTE Y NORONA *apud* STF, ADPF 54, p. 215):

Com o problema do aborto, se tem pretendido colocar os direitos da mulher à saúde, reprodutivos e sobre o próprio em contraposição ao direito à vida do feto e ao direito do pai à descendência. Apesar de a definição de bem jurídico protegido em um tipo penal tão controvertido não ser unívoca, nesse caso, todos os tratados e doutrinas de direito penal que se consulte afirmam, sem questionamentos, que o bem jurídico protegido com este tipo penal é "a vida humana em formação" (tradução livre da autora).

É plausível que situações de pobreza e marginalização favoreçam a realização do aborto. Com efeito, a carência de condições materiais de criar um(a) filho(a) é uma das justificativas mais recorrentes entre as mulheres que já abortaram. Nesse sentido são comuns os relatos de muitas mulheres que sofrem duplamente, pois consideram errado abortar, mas, dadas as circunstâncias em que estão inseridas, se viram obrigadas a interromper a gravidez. Essa é, de fato, uma das faces mais cruéis da criminalização do aborto. Isso porque as mulheres que possuem melhores condições financeiras têm acesso a procedimentos seguros e sigilosos em clínicas clandestinas. Relegadas à clandestinidade perigosa, às pobres resta, além do elevado risco à vida e à saúde, o risco de criminalização, uma vez que em na grande maioria dos casos de criminalização secundária, a polícia toma conhecimento do aborto através dos procedimentos de curetagem realizados pelo SUS. Nesse sentido leciona Emmerick (2008, p. 162):

¹⁸ Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 44) menciona a declaração de Peggy Noonan, que escrevia discursos para a Casa Branca durante o governo Regan.

Mulheres que, por conta das complicações advindas do aborto realizado de forma clandestina e insegura, foram obrigadas a se expor, seja no espaço privado do lar, seja em procurar um serviço público de saúde e, conseqüentemente, foram denunciadas ao sistema penal.

Com efeito, os casos de criminalização de mulheres pela prática de aborto não são muitos, tendo em vista a dificuldade de provar o dolo, elemento essencial do tipo. Todavia, esses casos existem, e não devem ser desconsiderados ao se analisar os efeitos perversos da criminalização, eis que, embora não significativos em quantidade, o sofrimento infligido às poucas mulheres que passam por essa experiência é massivo. Nesse sentido leciona Emmerick¹⁹ (2008, p. 162):

Nos processos pela prática do aborto que analisamos, não obstante as particularidades de cada caso, constatamos que em todos há muitas semelhanças. Em primeiro lugar, pudemos constatar que em todos os processos: as mulheres envolvidas são jovens; a maioria delas se declarou negra ou parda, e a maior parte não tem sequer o segundo grau completo. E mais, todas as mulheres envolvidas com o judiciário são legalmente solteiras, contudo, a maioria vivia em união estável e praticamente todas já tinham filhos quando da interrupção da gravidez indesejada. No que diz respeito à situação econômica, constatamos que todas as mulheres eram pobres e moradoras das periferias e regiões carentes, não possuindo trabalho ou trabalhando em profissões pouco qualificadas, sem uma relação de emprego formal e, em geral, as justificativas para interromper a gravidez foram de cunho econômico ou social, o que nos leva a crer que as mulheres expostas ao processo criminal já possuem uma vulnerabilidade social, pois estão excluídas do acesso aos direitos mais básicos, pressupostos para a garantia da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Aqui há que se atentar que não é o feto, que sequer possui capacidade de sentir dor nos estágios iniciais da gravidez, a grande vítima dessa situação. Não é ele que sofre pelo aborto feito, mas não desejado. Quem sofre são, mais uma vez, as mulheres. O sofrimento de realizar um aborto não desejado, contra suas convicções, mas que, dentre as opções possíveis, lhe aparenta como a menos ruim. Nesse contexto, é primordial uma atuação mais incisiva do Estado, no sentido de proporcionar a essas mulheres métodos contraceptivos, juntamente com a educação sexual necessária para que os usem corretamente.

Diante desse contexto, cabe perguntar: quem se beneficia com a criminalização do aborto? A que interesses ela atende; e de quem? Para responder a essas perguntas, é preciso atentar ao fato de que mesmo em uma sociedade plural e democrática, o poder está na mão de determinados grupos, que conseguem influenciar

¹⁹ As situações relatadas por Rulian Emmerick foram por ele presenciadas em trabalho de campo realizado enquanto advogado consultor da ADVOCACI, na pesquisa que objetivou mapear a situação da criminalização da prática do aborto no Estado do Rio de Janeiro.

os processos de tomada de decisões, inclusive no âmbito da criminalização de condutas, no sentido de que os seus interesses sejam atendidos (PIERANGELI, 2004). Nesse contexto, não se pode olvidar que, em que pese o cumprimento “de todas as formalidades democráticas atinentes ao processo eleitoral, como voto secreto e o sufrágio universal” (GUIMARÃES, 2010, p. 118), essas garantias não se mostram suficientes para impedir essa influência (GUIMARÃES, 2010). Assim, é certo que essas decisões não necessariamente refletem o sentimento social. Ao contrário: não raras vezes, elas podem contrariá-lo. Nesse sentido, é de se notar o contexto histórico em que o aborto foi criminalizado: uma sociedade machista e patriarcal, fortemente influenciada pelo cristianismo e seu “padrão Paulino”²⁰ de mulher, onde todas as decisões (inclusive as legislativas) eram tomadas por homens. Nesse sentido, Adriana O. Ortega (*apud* DUARTE Y NORONA *apud* STF, ADPF 54, p. 215) afirma que:

Aponta acertadamente que a legislação sobre o aborto, desde o século passado até a atualidade, é uma legislação que toma como modelo, sujeito e ponto de partida de suas normas e sanções o masculino com o que se deu base e fundamento à existência de uma dupla moral em que a condição da mulher nunca entrou nas agendas políticas por não ser considerada relevante (tradução livre da autora).

Conforme declarou Maria Berenice Dias (CAVALCANTE, 2006, p. 114), o papel da criminalização passa longe de justificações seculares:

Existe uma razão perversa de ser, uma vez que a lei não permite que sua prática seja controlada pelo Estado. É feita de forma clandestina porque é criminalizada, o que torna a prática perigosa. Não é só a mulher pobre que é criminalizada, mas também aquela que paga pelo serviço. Não é seguro para ela nem para o médico, que estão sujeitos a controle e a punição. O fato é que a criminalização não impede a prática, visto ainda que a penalização realmente acontece pela influência da religião. Não há interesse na criminalização porque não há interesse na fiscalização. O que nos leva à conclusão de que a criminalização atende a outros interesses, o que faz a prática ser uma atividade lucrativa. É um papel perverso.

Conforme indica o contexto histórico da criminalização do aborto, as mulheres nunca foram chamadas a dizer o que pensavam acerca dessa questão. Contudo, não é irrelevante que a legislação punitiva do aborto tenha sido criada por homens, em uma sociedade machista e patriarcal e sob grande influência de um ideal cristão de mulher. Nesse contexto, é evidente o descompasso da criminalização do aborto com o caráter pluralista e laico do Estado de Direito contemporâneo. Em um Estado

²⁰ Foi o misógino e antifeminista apóstolo São Paulo um dos grandes idealizadores e promotores da concepção de que o papel da mulher na sociedade resume-se no casamento e na maternidade (EMMERICK, 2008).

que assim se propõe, posições éticas e morais que não são compartilhadas por grande parte dos seus cidadãos não podem configurar um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime. Do mesmo modo, proposições ou finalidades meramente ideológicas não podem ser consideradas como autênticos bens jurídicos. Com efeito, em um Estado fundado pela soberania popular respeita as opções de vida de cada pessoa, sendo, portanto, inadmissível a um grupo de pessoas, ainda que representem a maioria da população, impor a outro grupo a adoção de determinadas concepções morais. desejante e carnalizado, desvinculado das tiranias do poder dominante.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente ensaio foi analisar algumas questões centrais que permeiam a questão da interrupção voluntária da gravidez, à luz dos princípios e direitos fundamentais, tendo em vista a crença desta autora de que esse é o melhor caminho para uma solução juridicamente adequada para a problemática colocada.

A investigação histórica da prática da interrupção voluntária da gravidez foi de grande valia para a melhor compreensão da temática, eis que permitiu visualizar os diversos posicionamentos que já se teve acerca do aborto induzido, bem como as suas respectivas justificativas. Nesse sentido, a verdade é que o aborto sempre foi uma prática profundamente disseminada nas mais diversas sociedades. Contudo, não passou a ser condenado da forma como é hoje senão recentemente. Com efeito, em alguns momentos da história a prática foi até mesmo incentivada. Outrossim, mesmo nos momentos em que o aborto foi visto como algo condenável, os motivos para isso variaram bastante e, durante muito tempo um pretense direito à vida do ser humano em formação não esteve entre eles. Ainda, pôde-se perceber que a modificação e a consolidação do norte interpretativo da prática do aborto induzido para a "vida humana" se deram sob a forte influência do cristianismo.

A análise do postulado constitucional da inviolabilidade do direito à vida, por sua vez, mostrou que o entendimento acerca do momento em que se inicia essa proteção sempre consistirá em uma interpretação do legislador infraconstitucional, dentre outras tantas possíveis, dessa norma constitucional. Assim, tendo em vista que a interpretação atual, que criminaliza a interrupção da vida humana somente a partir do início da gravidez, viola escandalosamente a dignidade da mulher enquanto ser humano, não é ela compatível com a Constituição Federal de 1988, cujo norte interpretativo é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à criminalização do aborto, verificou-se que, além de contrária aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, ela sequer se justifica dentro do próprio direito penal. Com efeito, além de fracassar terminantemente em alcançar o seu objetivo - preservar a vida intrauterina - a situação de clandestinidade que ela impõe é consideravelmente mais grave do que seria a ausência de norma penal, eis que implica numa gama significativamente maior de direitos violados ou sem eficácia garantida. Ademais, a penalização do aborto também não se sustenta por manifesta

ausência de um mínimo consenso ético acerca da inviolabilidade da vida humana intrauterina, bem jurídico por ela visado. Nesse sentido, a verdade é que a multiplicidade de visões sobre o aborto induzido ao longo da história permanece ainda hoje. A insubordinação de tantas mulheres à proibição do aborto, não obstante tantos riscos inerentes a um aborto clandestino, é a melhor prova disso. Assim, a vida humana em formação, da forma como hoje é tutelada pela legislação penal brasileira (a partir do início da gravidez), é absolutamente imprestável enquanto bem jurídico penalmente protegido.

Diante desse contexto, é certo que a criminalização do aborto, ao menos da forma como existe hoje, encontra-se em inegável descompasso com os princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Assim, é urgente a necessidade de uma revisão da legislação penal, a fim de adequar a proteção da vida humana em formação aos postulados constitucionais, respeitando-se a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 236, de 10 de maio de 2006**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510 / DF - Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade**. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lmukhkz>>. Acesso em 21/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 / DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em 04/11/2013.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 5a ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DAVIES, Andrew. **Fisiologia humana**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. *Ciência & Saúde Coletiva*, 15(Supl. 1) p. 959-966, 2010

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - parte especial.** 4a ed. São Paulo, Bushatsky, 1977.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. Revista ICP – Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v.1., p.15-86. 2006.

GAFO FERNANDEZ, Javier. **10 palavras-chave em bioética:** bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplante de órgãos, ecologia. Tradução: Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal - vol. V** - arts. 121 a 136. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.

PAIXÃO, Ivan. **Aborto: aspectos da legislação brasileira.** In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.197-212.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética.** 4.ed.. São Paulo: Loyola, 1997.

PIMENTEL, Sílvia. **Aborto: um direito da mulher.** Lua Nova Revista de Cultura e Política, vol. 2, nº 2, São Paulo, 1985.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro - parte especial.** v. 2, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008..

_____. **Elementos de Direito Penal - parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro - parte geral.** ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2.ed. revista e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto: Mortes Previníveis e Evitáveis.** Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2013.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed., Lisboa: Coleção Vega Universidade, 1998.

_____. **Derecho penal parte general tomo I - fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Primera edición (en Civitas), Editorial Civitas, Madrid (España), 1997.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição.** in: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.111-168.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 edição. Editora Malheiros. São Paulo, Brasil, 2009.

SINGER, Peter. **Ética prática.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCHOR, Néia e ALVARENGA, Augusta. **O Aborto: Um Resgate Histórico e**

Outros Dados. Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum., São Paulo, IV(2), 1994.
Disponível em <http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>. Acesso em 04.11.2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em direito penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2010

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais.** Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. Porto Alegre, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.