

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 1.135, DE 1991

(Apensado: 176/95)

Suprime o art. 124 do Código Penal Brasileiro e dispõe sobre a interrupção da gravidez.

Autores: Deputado Eduardo Jorge e Sandra Starling (PL 1135) e José Genoíno (176)

Relator: Deputado Eduardo Cunha

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

Trata-se de projeto de lei de autoria dos ilustres deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling que visa suprimir o artigo 128 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940 – Código Penal e, em apenso, o projeto de lei n. 176/95, do digno deputado José Genoíno, que pretende permitir a interrupção da gravidez até noventa (90) dias.

Como justificativa, os autores do primeiro projeto alegam que o artigo que se suprime penaliza duramente a gestante que provoca aborto ou consente que outro realize, sendo esta uma disposição legal ultrapassada e desumana. Segundo o autor, “o Código Penal data de 1940 e, nestes últimos 50 anos, nossa sociedade passou por profundas transformações, notadamente, no



que se refere ao papel da mulher. A lei não pode pretender punir baseando-se apenas na compreensão isolada e individual do ato e desconsiderando toda realidade social a que está submetida a mulher brasileira.”

Apreciado pela Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto de lei 1.135/91 e o projeto 176/95 (apensado) foram rejeitados nos termos do voto do relator, ilustre deputado Jorge Tadeu Mudalen.

Nesta Comissão, o relator, digno deputado Eduardo Cunha apresentou parecer pela aprovação do Projeto de lei 1.135/91 e pela rejeição do projeto de lei 176/95 (apensado).

Em apenso encontra-se o projeto nº 176 de autoria do ilustre deputado José Genoíno que dispõe sobre a interrupção da gravidez sob a justificativa de que “o direito da interrupção da gravidez até 90 (noventa) dias já deveria estar inscrito na Constituição brasileira promulgada em outubro de 88. A legislação brasileira permite, restritivamente, a interrupção da gravidez em dois casos: quando não há outro meio de salvar a vida da mulher e quando a gravidez é decorrente de um estupro. Os impedimentos legais para a prática do aborto produzem como consequência uma espantosa tragédia diária: a morte e graves lesões físicas em inúmeras mulheres que têm de praticar o aborto clandestinamente.”

É o relatório.

VOTO.

0I. Introdução. A Bíblia e o ensinamento de antigos intérpretes.

O assunto é polêmico e, por isso, deve ser tratado com a máxima cautela e deve ser apreciado sob o ângulo de alguns direitos fundamentais constitucionalmente previstos: direito à vida (art. 5º), direito da dignidade da pessoa humana (inciso II do art. 1º), direito à privacidade (inciso X do art. 5º), do planejamento familiar (art. 226) e da saúde (art. 196). Estes princípios devem nortear a discussão em torno do aborto.

De plano, afasta-se qualquer indagação ou divagação sob aspecto religioso, sob pena de mesclarmos fé com razão, coisas que não combinam ou não andam juntas, para efeito de raciocínio ou crença.



Dá análise da contraposição existente entre os princípios mencionados e aplicados na compreensão do aborto, surgem questões relevantes como, por exemplo, qual princípio deve prevalecer em caso de colisão entre eles? O direito à vida é um princípio absoluto? A decisão do casal deve ser respeitada como expressão do princípio da dignidade humana? Qual a abordagem adotada por outros países em relação ao tema?

Todas essas questões são polêmicas e devem ser discutidas exaustivamente com a sociedade visando a superar o impasse em torno do problema.

O mundo evolui de forma a propiciar grande alteração dos costumes, dos papéis sociais dos diversos atores, da aparição de outras religiões, fundadas em novos credos, da liberação da mulher, da extroversão dos homossexuais, de métodos contraceptivos.

A moralidade e conceitos tradicionais repressores foram repelidos. A partir de 1968 com gritos como “é proibido proibir”, a busca de vetores de liberdade passou a dar nova visão a um quadro que vinha se solidificando como absolutamente conservador. No Brasil, a liberdade sexual ganhou novas formas de ser tratada, como a da mostra de partes íntimas da mulher, da sensualidade da brasileira (vide “Dona Flor e seus dois maridos” de Jorge Amado). Grandes campanhas publicitárias mostrando a mulher como vendedora de produtos melhores que os produtos oferecidos.

Não poderia ser diferente que a mulher, ainda não firmada no mercado de trabalho, mas grávida, por qualquer circunstância, buscasse a interrupção de gravidez, para permitir que prossiga sua afirmação em setores que antes não tinha acesso.

A reação era natural. A Santa Sé fez publicar a Declaração sobre o Aborto Provocado, terminando o documento por afirmar que “jamais se poderá aprovar o aborto”. Daí, declarar o Papa que “o aborto direto, isto é, querido como fim ou como meio, constitui sempre uma desordem moral grave, enquanto morte deliberada de um ser humano inocente. Tal doutrina está fundada sobre a lei natural e sobre a palavra de Deus escrita, é transmitida pela tradição da igreja e ensinada pelo magistério ordinário e universal”

De igual forma, outros segmentos religiosos como o protestantismo, iniciado por Lutero e em suas novas manifestações pentecostais, em inúmeras identificações com os ensinamentos de Cristo que repudiam qualquer interferência na criação.



Diga-se o mesmo do espiritualismo ou espiritismo, seja kardecista ou de outras origens e proveniências, como os cultos afros.

Todos positivam as sanções para a interrupção da geração.

Contraposta a tais posições, surge outra, de cunho não religioso, mas dando mais apelo à intervenção do Estado, bem como à liberdade da mulher ou do casal de decidir o que lhes aprouver.

Os projetos em apenso buscam ou descriminar o aborto ou inserir alguma outra hipótese em que seja ele permitido ou procuram aumentar as penas em tais práticas.

O que se vai analisar, nesta instância da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania é encarar o problema do ângulo constitucional.

Deixarei de fora todos os argumentos religiosos, a meu ver, incompatíveis com o tratamento que deve ser dado à matéria em análise.

A Bíblia apenas menciona, salvo engano, uma única vez o aborto, quando provocado por terceiro. No caso de briga e for atingida mulher grávida, ficará o agressor obrigado a suportar uma indenização (“Êxodo”, 21.22). Se acontecer coisa mais grave, será condenado a sofrer castigo mais grave, na lei de Talião, isto é, vida por vida, olho por olho.

Há ilação de que Davi teria ficado arrependido de seu relacionamento com Betsabá, no qual mandou Urias para a frente de batalha. Preferiu, ao invés de induzir o aborto, ser o mandante da morte do marido de sua amante (Salmo 51). Davi arrependeu-se e reconhece que pecou “vergonhosamente, o meu pecado me persegue dia e noite. Pequei contra Ti, somente contra Ti” (51, 3/4).

Natan foi quem mais criticou Davi, fazendo-o arrepender-se amargamente.

Posteriormente, há vedação implícita do aborto, quando, em Gênesis (1,28) se afirma “crescei e multiplicai-vos, povoai e submetei a terra”. Deus disse a Abraão: “Contempla o céu e conta as estrelas, se puderes; assim será a tua descendência”. A mesma promessa foi renovada a Isaac (Gênesis, 26), a Jacó (Gênesis, 32) e a todos que obedeceram a lei (Deuteronômio, 30,16). De outro lado, deixou claro que “uma esposa como a videira fecunda no interior de sua casa” e os filhos são “como rebentos de oliveira ao redor da mesa” (Salmo, 128).



Em fase posterior, surge o ensinamento dos Doze Apóstolos que diz: “Não matarás a criança por aborto. Não matarás aquilo que foi gerado”.

Na epístola 22 São Jerônimo assim se expressa: “Algumas mulheres quando percebem que conceberam ilicitamente tomam venenos para aborto. Frequentemente morrem inclusive elas próprias e assim são conduzidas para o inferno pela culpa de três crimes: por matarem a si próprias, pela infidelidade para com Cristo e por parricídio de seus próprios filhos não nascidos”.

No Pedagogo, Clemente de Alexandria diz: “Aqueles mulheres que ocultam a libertinagem sexual tomando drogas estimulantes para provocarem aborto perdem completamente a própria humanidade juntamente com o feto” (colhido em www.aborto.com.br/historia/ha0-4htm).

Por fim, São Basílio, em carta datada de 374 afirma: “Qualquer pessoa que propositadamente destrói um feto incorre nas penas de assassinato. Nós não especulamos se o feto está formado ou não formado”.

Vê-se, pois, que, ainda que o Velho Testamento não faça menção ao aborto, nem haja condenação, mas mera reparação indenizatória ou, ao menos o direito à proporção da sanção a ser aplicada ao terceiro que o ocasionar, as interpretações futuras do texto bíblico foram condenatórias de sua prática.

02. Análise jurídica. A “afirmativa de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito não é mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado” (Silva, José Afonso, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 28ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, pág. 96).

Nossa democracia, ainda instável, é sólida em garantir a pluralidade de sentimentos e ideários.

A Constituição Federal é o pilar que sustenta o Estado Democrático de Direito ocupando o lugar de supremacia dentre outras normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.

Os princípios, por sua vez, constituem, o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”. (Mello, Celso Antônio Bandeira, “Curso de Direito Administrativo”, 17ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, pág. 841).



Em outras palavras, os princípios constituem a essência do texto constitucional e devem ser observados na elaboração de todas as normas constitucionais.

José Afonso da Silva resume, com base em Gomes Canotilho, “que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.” (...) O primeiro “constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em norma conformadoras do sistema constitucional positivo, enquanto que os princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente da declaração dos direitos sociais, o da proteção da família (...).” (Silva, José Afonso, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 28ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, pág. 93).

Nesse contexto, podemos concluir que o direito à vida assim como o direito da proteção da família, mais especificamente, do planejamento familiar, constituem-se em princípios jurídicos constitucionais.

Do texto constitucional depreende-se que:

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

...

VIII – “Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política...”

...

X – “São invioláveis a intimidade, a vida privada...”

Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

§ 7º. “Fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do



casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Da análise dos artigos e considerando o tema em discussão, observa-se que há uma colisão entre eles. A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante o direito à vida garante também o direito ao planejamento familiar, frisando-se ser esta livre decisão do casal.

03. Regras e princípios. Importante observar é que existem *regras* e existem *princípios*. As regras, quando colidentes, uma delas é revogada. Ocorre o que se denomina de incompatibilidade vertical ou antinomia. A doutrina, como Ciência do Direito, analisa através da metalinguagem seu objeto que é o direito positivo. Formula, então, e as soluções se transferem ao direito positivo, regras de desincompatibilização ou normas para solução das antinomias. Uma é revogada, seja pela anterioridade, seja pela hierarquia, seja pela especialidade. Critérios que são constituídos. Diferentemente ocorre com os princípios. Estes não são revogados por outros. Simplesmente, há que se fazer uma opção pelo mais importante, quando da aplicação efetiva. Caso a caso.

Na lição de Alexy, “os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas” (“Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, ed. Um. Externado de Colômbia, n. 28, 2003, pág. 95).

Neste caso, a pergunta imediata que se faz é: qual direito deve prevalecer? O direito à vida ou o direito à livre decisão dos casais fundado no princípio da dignidade humana? Também se imiscui, aí, o direito à privacidade e da intimidade da mulher.

Primeiramente, cumpre esclarecer que não há direito absoluto. Todo direito sofre algum tipo de limitação que o relativiza. É assim com o direito de propriedade, com o direito de liberdade e também com o direito à vida.

É certo também que não há hierarquia entre princípios que ocupam o mesmo lugar na pirâmide normativa proposta por Kelsen. Ambos os direitos mencionados estão compreendidos na esfera constitucional; no topo do nosso ordenamento jurídico. São verdadeiros princípios constitucionais.

Todas as normas constitucionais têm igual importância. Não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição. Existem, é certo, princípios com diferentes



níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais.

Ora, se a Constituição é um sistema de normas, um *lucidos ordo*, como era sempre advertido por Ruy Barbosa, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir que não há hierarquia entre estas normas constitucionais.

Partindo-se dessa constatação de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, mas princípios com maior ou menor densidade ética ou força jurídica, a questão que surge é: o que fazer quando dois ou mais princípios constitucionais entram em rota de colisão?

As normas constitucionais, muitas vezes, parecem conflitantes, antagônicas. Há, sem dúvida, constante tensão entre elas.

Essa tensão existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascimento, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder constituinte originário. Esses interesses, em diversos momentos, não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções - típica em um "Estado Democrático de Direito". Como explica Muller, "a Constituição é de si mesma um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, o método e os sentimentos da época". (Bonavides, Paulo, "Curso de Direito Constitucional", São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, pág. 460).

Ademais, "o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto, ou seja, permitirem uma compreensão fluida e elástica, já insinua, ou subentende-se, que podem existir fenômenos de tensão entre esses princípios componentes dessa dinâmica ordem jurídica. Nos casos concretos, é muito



comum o jurista deparar-se com dois princípios conflitantes. É o que costuma denominar-se de colisão de princípios” (Farias, Edilson Pereira de, “*Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*”. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996).

Assim, pergunta-se: em relação ao aborto, há colisão de princípios? Qual dos dois princípios mencionados deve prevalecer? Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro?

A meu ver, não é essa, *a priori*, a melhor solução. Afinal, quem irá determinar qual o princípio axiologicamente mais importante? Para aqueles que se posicionam contrários ao aborto, o princípio mais importante é o direito à vida. Para os que defendem a legalização do aborto, o princípio mais importante certamente será a livre decisão do casal fundamentado no planejamento familiar e na dignidade humana.

Para melhor compreensão do assunto cumpre mencionar que duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina estrangeira e vêm sendo comumente utilizadas pelos tribunais. A primeira é a da “concordância prática” proposta por Hesse (Hesse, Konrad, “A força normativa da Constituição”. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : S.A, Fabris, 1991). A segunda, proposta por Dworkin, é a da “dimensão de peso” no qual o autor defende a existência de uma única resposta correta para um caso controverso. (Dworkin, Ronald, “Uma Questão de Princípio”, Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

No Brasil, os Tribunais vêm aplicando o “princípio da proporcionalidade”. O próprio Hesse entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.

Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. O STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Em momento algum se afirmou que a dignidade da pessoa humana (ou mais exatamente, não discriminação) seria hierarquicamente superior à liberdade de expressão. Assim, um ou outro princípio pode ser ponderado por meio de sua aplicação gradual no caso sub judice. Como bem reconhece o Ministro Marco Aurélio em seu voto, as colisões entre princípio, sob essa ótica, somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. (STF, HC n. 82.424/RS, relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 17/09/2003, Órgão julgador: Tribunal Pleno).



Esse também é o ponto fundamental da teoria dos direitos de Robert Alexy, no qual o autor apresenta suas objeções à tese de Dworkin.

Alexy afirma “existir uma dimensão de peso entre princípios – que permanece inexistente nas regras –, principalmente nos chamados “casos de colisão”, exigindo para a sua aplicação um procedimento de ponderação (balanceamento). Destarte, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado àquele que tiver maior peso relativo no caso concreto, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Em face de um outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais.” (ALEXY, Robert, “Constitutional rights, balancing and rationality”., *Ratio Juris*, v.16, n. 2. jun. 2003 Justification and application of norms, *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, jul. 1993).(g.n).

A teoria de Alexy nos parece ser capaz de atribuir mais segurança à ordem jurídica. É que, a ponderação de valores, pela carga axiológica mesma inserta nessa atividade, faz com que a decisão do caso concreto dependa sobremaneira da postura ideológica do hermeneuta.

Penso que, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da colisão de princípios, através de uma ponderação de valores.

Em recente decisão, a ilustre Ministra Ellen Gracie afirmou que “*na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo, de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º. da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa*” (HC 93.250/MS, publ. 27/6/08).

O digno Ministro Carlos Ayres Britto, em decisão sobre o uso das células-tronco afirmou que não “*que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais...O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger*” (ADIn 3.510-0). E acrescenta o voto do Ministro Carlos



Brito, sendo taxativo, no sentido de que “a vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”.

A Ministra Carmen Lúcia, no mesmo julgamento, afirmou que *“mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional”*.

O Supremo Tribunal Federal, pois, recusou-se a reconhecer a tese da proteção da vida desde a concepção.

A gravidez ou a sua interrupção é uma decisão que diz respeito apenas ao casal. Em outras palavras, o planejamento é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

Ressalta-se que, a norma constitucional menciona o princípio da dignidade humana, tido como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como fundamento do planejamento familiar.

Não se trata de ser contra a vida mas, sim a favor da vida com o mínimo de dignidade humana.

No mais, não podemos nos esquecer que todo ano centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, são submetidas a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene, resultando muitas vezes na morte. E as seqüelas decorrentes destes procedimentos representam hoje a quinta maior causa de mortalidade materna no país, ceifando todo ano centenas de vidas de mulheres jovens, que poderiam e deveriam ser poupadas. (*Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*, Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005).

“A cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso



daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita.” (Bozon, Michel, “Sociologia da Sexualidade”, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004; e Giddens, Anthony, “A Transformação da Intimidade”, Tradução. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992).

A Constituição Federal ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (gn)

Conforme se observa, o direito à vida faz parte do rol dos direitos considerados fundamentais ao ser humano, ao lado do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Assim, nota-se que o legislador, ao englobá-los na mesma disposição legal quis conferir tratamento igual a todos eles afastando a idéia de prevalência de um direito sobre outros. Todos têm o mesmo tratamento constitucional.

Por muitos anos, a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais foi tida com receio por grande parte da doutrina e jurisprudência, que alegavam tratar-se de cláusula pétrea.

A partir do caso Lüft (1958), apreciado pelo Tribunal Constitucional alemão foi que se distinguiu a dupla dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos subjetivos dos indivíduos em face do Estado e o mesmo direito visto do ângulo axiológico.

De igual maneira, o Tribunal estabeleceu a exigência de ponderação entre os valores albergados no sistema, para que poder priorizar qual o bem jurídico que prevaleceria, em caso de colisão.

04. Direitos absolutos ou relativos? Contudo, a dinâmica da sociedade contribuiu para o surgimento de novas relações que não encontravam



amparo na ordem jurídica. Diante de tal realidade, surgiu a necessidade de promover a transformação de velhos conceitos que não mais se enquadravam no atual modelo de sociedade.

Nesse contexto, a relativização dos direitos tidos como absoluto transformou-se numa realidade traduzida em normas jurídicas e no entendimento dos tribunais.

Na doutrina, a relativização dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida, é matéria controversa que gera polêmica diante das inúmeras vertentes a serem consideradas no momento de sua análise.

Ao discorrer sobre o assunto Alexandre de Moraes afirma que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.” (Moraes, Alexandre, “Direito Constitucional”, 21ª edição, São Paulo: Ed. Atlas S.A, 2007, pág. 28)

Na doutrina estrangeira Quiroga Lavié afirma “que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo Direito.” (“Lavié, Quiroga, “Derecho constitucional”, Buenos Aires: Depalma, 1993, pág. 123).

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que “no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais.”

De forma implícita, Pedro Lenza admite a relativização de direitos quando trata da colisão entre estes. Neste caso, entende como indispensável a ponderação de interesse “à luz da razoabilidade e da concordância prática ou



harmonização.” (Lenza, Pedro, “Direito Constitucional”, 11ª edição, São Paulo: Ed. Método, 2007, pág. 701).

Em apresentação à obra de Alexy, Carlos Bernal Pulido assevera que a “compreensão dos direitos fundamentais implica ademais a idéia de que não existem direitos absolutos, de que na vida social é imprescindível coonestar as exigências que derivam de uns e de outros, e que as intervenções estatais nos mesmos são uma consequência legítima da democracia e são válidas enquanto respeitem ao princípio da proporcionalidade” (“Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios”, citado, pág. 13).

Em relação ao direito à vida o autor entende que “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”, que compreende as “necessidades vitais básicas do ser humano proibindo qualquer tratamento indigno.” (Lenza, Pedro, ob. cit.).

No dizer de Ortega y Gasset, mencionado por Recaséns Siches, “la vida consiste en la compresencia, en la coexistência del yo com un mundo, de un mundo conmigo, como elementos inseparables, correlativos (...). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo.” (Siches, Recaséns, “Vida humana, sociedad y derecho”, p.254).

O planejamento familiar está diretamente ligado a vida do casal, a intimidade do casal. Cabe a estes a livre escolha em constituir uma família e em que momento isso deve ocorrer.

Manoel Gonçalves esclarece que “a atual Constituição brasileira, no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos. Tais direitos, como deflui do art. 5º, seriam decorrentes do regime e dos princípios (dentre estes especialmente o da dignidade humana) que a Constituição adota.” (Gonçalves, Manoel, “Curso de Direito Constitucional”, 33ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pág. 296).

Nota-se que o § 7º, do art. 226 da CF ao dispor sobre a livre decisão do casal, dispõe que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...)” (g.n).

Ademais, quando se faz referência ao direito à vida, está se falando em direito à vida humana, portanto, refere-se a direito à vida pertencente aos membros da espécie humana, em outras palavras, trata-se de pessoas.



Penso que, todo ser humano é pessoa, e conseqüentemente têm direitos decorrentes dessa condição, ou seja, direitos humanos, dentre os quais se encontra, como pressuposto, o direito à vida. Somente os seres humanos, por sua natureza, são sujeitos desses direitos, que, por sua vez, encontram seu fundamento na dignidade da pessoa.

Já se disse que o princípio ou o valor mais importante consignado na Constituição da República é o direito à vida. Diria, em correção, que é tão importante quanto os demais, considerados invioláveis pelo art. 5º. Em verdade a vida é *pressuposto e condição* da existência e exercício de todos os demais direitos.

O art. 226, § 7º, ao mencionar a dignidade humana o faz considerando que o planejamento familiar é livre decisão do casal. Portanto, a Constituição federal refere-se a dignidade da vida do casal, a liberdade do casal para decidir sobre sua prole. Não podemos aceitar que valores morais e religiosos estejam acima da decisão da pessoa de guiar-se segundo suas próprias convicções.

A questão do aborto enquadra-se melhor nas disposições constitucionais que tratam do planejamento familiar e da livre decisão do casal (art. 226, § 7º) do que no art. 5º caput, que trata do direito à vida.

Como diz Alexy “o direito fundamental à vida e à integridade corporal deve preceder ao princípio do adequado funcionamento do sistema penal, que deriva do princípio do Estado de direito, quando existe o perigo concreto de que a causa de realização da audiência, o acusado perda sua vida ou sofra graves danos na saúde” (Tres..., poág. 99). E remata o autor, “isto pode ser o contrário sob outras condições” (idem, ibidem).

Em sendo assim, a colisão de direitos faz com que o intérprete se veja obrigado a analisar as circunstâncias em que os direitos estão sendo pleiteados. Não há, como se vê, regra absoluta a fazer um sobrepor-se a outro. Ao contrário, todos os princípios são dotados de força valorativa e positiva, de forma a formar um todo. Apenas diante da hipótese fática é que é possível se efetuar a valoração de ambos para saber, diante do fato concreto, quando deve prevalecer sobre o outro.

Ressalta-se que ainda não há um consenso no campo da genética e da medicina capaz de definir com segurança o exato momento em que a vida começa.



Recentemente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar dispositivo da Lei de Biossegurança também se deparou com a questão do princípio da vida nas discussões envolvendo o uso de células troncos embrionárias nas pesquisas, sem obter um consenso.

No Estado Democrático de Direito, não há nenhum direito absoluto.

O direito à vida, embora seja pressuposto de existência dos outros direitos, não é intocável. Ele existe, como todos os outros, para a realização de um valor. Não é um fim em si mesmo.

Vale lembrar que o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal, permite a realização do aborto em caso de necessidade quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e nos casos de gravidez resultante de estupro.

Assim, a solução justa não é observar a literalidade do texto legal, mas aquela que melhor realiza o valor que deu origem ao texto legal.

Esse também é o entendimento que prevalece na Suprema Corte. Segundo este tribunal, “não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis. 5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere.” (ADI-MC n. 2566/DF, Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento: 22/05/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Vários são os exemplos de relativização de direitos. Vejamos.

“(…) não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto.” (HC n. 94147/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgamento: em 27/05/2008, Órgão julgador: Segunda Turma).

“O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade” (AI-AgR n. 655298/SP, Rel. Ministro Eros Grau, Julgamento em 04/09/2007, Segunda Turma).

“A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui



direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público” (HC. N. 8734 /PR, Relator: Ministro Eros Grau, Julgamento em 07/02/2006, Primeira Turma).

Observa-se também que o entendimento sobre a relativização de direitos abrange aqueles tidos como absolutos, previstos no caput do art. 5º da Carta Magna.

Por exemplo, apesar de o direito de propriedade se constituir em direito real, oponível *erga omnes* (ou seja, válido contra qualquer pessoa), atualmente o direito brasileiro criou o instituto da função social da propriedade, que condiciona o exercício do direito de propriedade ao cumprimento da função social, pois não será admitida a subutilização dos bens, desvinculada de qualquer compromisso social e econômico. Na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII e XXIII, que dispõe a cerca dos direitos e garantias individuais, estão consagrados o direito da propriedade, bem como a especificação de que a propriedade cumprirá a função social, restando comprovada a adoção desse princípio por todo o ordenamento jurídico vigente.

O direito à liberdade encontra-se relativizado, em relação à liberdade de locomoção, pelo inciso LXI do art. 5º da CF, que determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.” Em relação ao exercício de direitos fundamentais, citam-se o art. 136 e seguintes, que tratam da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

O mesmo ocorre com o direito à igualdade. A Suprema Corte entende que “não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade.” (STF, RE nº 82.520, relator Ministro Cunha Peixoto, RDA 120/2200). Note-se que o STF relativizou, isto é, deu adequada compreensão à aplicação deste princípio levando em conta que a própria Constituição federal estabelece situações de desigualdade rompendo com a ordem isonômica.

Ao considerar o direito à vida, faz-se necessário verificar se este está se realizando no caso concreto. Não há vida sem dignidade. A dignidade humana é a fonte jurídico-positiva devendo sempre ser observado em cada caso.

05. O aborto no direito comparado. Daniel Sarmento, mestre e doutor em Direito Constitucional pela UERJ, participou de uma audiência pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 29/08/07 onde o tema principal era a questão do aborto. Na ocasião, apresentou trabalho intitulado de “Legalização do



aborto e Constituição”, em especial, na abordagem dada ao Direito comparado e, por isso, merece ser citado.

Lembra o autor que “a partir da década de 60, o processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, dentre outros fatores, desencadearam uma forte tendência à liberalização da legislação sobre o aborto. As dinâmicas variaram, de país para país, bem como as soluções normativas adotadas, e não seria possível, nos limites deste estudo, descrever detalhadamente o que ocorreu nos inúmeros Estados que modificaram nas últimas décadas suas legislações nesta matéria. Por isso, optou-se por privilegiar a abordagem de países em que ocorreram embates jurisdicionais relevantes sobre a nossa questão, envolvendo matéria constitucional, considerando os objetivos específicos do presente trabalho. Não obstante, será também sumariada a discussão sobre questões envolvendo o aborto no âmbito da Comissão e da Corte Européia de Direitos Humanos, considerando o papel destacado daquelas instâncias no temário dos direitos humanos.”

O aborto nos Estados Unidos. O caso mais conhecido em relação a questão do aborto é certamente o travado nos Estados Unidos. A matéria não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973, “entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*, de 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação”. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que incriminava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Da decisão do Juiz Harry Blackmun, vale reproduzir o seguinte trecho:

“O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente



diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...)

O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...) Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais. ” (Sarmiento, Daniel – artigo intitulado “Legalização do Aborto e Constituição” publicado no site www.mundojuridico.adv.br em 01/10/05).

No julgamento do caso, a Suprema Corte definiu os parâmetros obrigatórios que deveriam ser observados na ocasião de legislar sobre as questões envolvendo o aborto. “No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe”. (ob. cit.)

Na época em que tal decisão foi proferida, emergiu intensa polêmica nos Estados Unidos. Os militantes do grupo *Pro-Life* e os sucessivos governos



liderados pelo pensamento republicano, uniram esforços visando para a revisão desse precedente, mas, em linhas gerais, é o que se mantém em vigor nos Estados Unidos.

O problema na França. O confronto constitucional na França deu-se de forma diferente do que ocorreu nos Estados Unidos. A iniciativa de legalizar o aborto partiu do legislador e não do Judiciário. Em 1975, foi aprovada a Lei nº 75-17, que teria vigência temporária por 5 anos, “permitindo a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angústia (*detresse*), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de *“doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”*. Por este dispositivo, deveria a gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceria assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez.

Antes de a lei entrar em vigor, foi submetida ao crivo do Conselho Constitucional provocado por parlamentares que a ela se opunham, para que exercesse o controle preventivo da constitucionalidade da norma. Em 15 de janeiro de 1975, foi proferida a decisão reconhecendo a compatibilidade da norma com a Constituição francesa e com os outros diplomas integrantes do chamado “bloco de constitucionalidade” (Decisão reproduzida em Favoreau, Louis; Phipplip, Löic. *“Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel”*. 10ª ed., Paris: Ed. Dalloz, 1999, pp. 317-318).

Na decisão em questão, “o Conselho Constitucional francês recusou-se a apreciar a alegação de suposta incompatibilidade entre a lei impugnada e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isto, porém, foi realizado pelo Conselho de Estado – última instância da jurisdição administrativa daquele país -, que reconheceu a conformidade entre a norma em questão e o



direito à vida, proclamado no art. 2º daquela Convenção. De acordo com Louis Favoreau e Löïc Philip, o Conselho de Estado, na referida decisão, partiu do princípio de que *“a vida e a pessoa existem antes do nascimento, mas que o direito correlativo que as garante não deve ser considerado como absoluto”*. (Ob.cit).

Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas. Posteriormente, em 1982, foi editada outra lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez.

E, mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória.

O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na sua Decisão n. 2001-446, que *“ao ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez quando a gestante se encontre numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”*.

A questão na Itália. Em 1975, a Suprema Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal italiano, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante. Na sentença nº 18, proferida em fevereiro daquele ano, a Corte afirmou:



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

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

“Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se” (ob. cit.). O acórdão pode ser obtido em Giurisprudenza Costituzionale, Ano XX, 1975, p. 117 et seq.).

Diante desta decisão, o legislador italiano editou, em 1978, a Lei nº. 194, que regulamentou detalhadamente o aborto. De acordo com a referida lei, a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, “solicitar a realização do aborto em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nestas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, visando assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante.”



Por outro lado, a lei em questão autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a “gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher”.

A Suprema Corte italiana, chamada a pronunciar-se sobre a validade destas inovações, afirmou que a descriminação de certas condutas se inscreve na competência do legislador, deixando, por isso, de conhecer das questões de constitucionalidade suscitadas. (*Giurisprudenza Costituzionale*, Ano XXVI, 1981, sentenza 108, fasc. 06, p. 908 et seq.).

Mais recentemente, em 1997, o mesmo Tribunal julgou inadmissível uma proposta de referendo ab-rogativo, que submeteria ao eleitorado a proposta de eliminação de toda a regulamentação legal do aborto nos primeiros noventa dias de gestação. A Corte manifestou o entendimento de que “a pura e simples revogação de todas as normas que disciplinavam o aborto na fase inicial da gravidez era incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro”. (*Giurisprudenza Costituzionale*, Ano XLII, 1997, sentenza 35, fasc. 01, p. 281 et seq.).

A compreensão na Alemanha Na Alemanha foi editada uma lei em 1974 descriminando o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, nas doze primeiras semanas de gestação. Contra esta lei foi ajuizada uma ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, que veio a ser julgada em 1975 (39 BverfGE I. As partes mais relevantes da decisão estão reproduzidas em Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd. ed., Durham: Duke University Press, 1997, pp. 336-346).

Nesta famosa decisão, conhecida como caso “Aborto I”, a Corte rechaçou a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento, afirmando que, antes disso, o feto já é “*um ser em desenvolvimento*”, dotado de



dignidade e merecedor de proteção constitucional, a qual deveria iniciar-se, de acordo com critérios biológicos de prudência, a partir do 14º dia de gestação – momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno.

O Tribunal reconheceu a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões relativas à procriação, mas afirmou que, numa ponderação, este direito deveria ceder diante do direito à vida do feto, a não ser em certas situações especiais, como risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual.

Firmada esta premissa, assentou a Corte que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto. Por isso, a descriminação do aborto, tendo em vista a relevância do bem jurídico em jogo, não poderia ser operada, a não ser nas hipóteses específicas acima mencionadas. Diante disso, o Tribunal reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade da lei questionada.

Assim, em 1976 foi alterada a legislação para se adequar com a decisão da Suprema Corte. A nova norma proibia e incriminava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação e incesto e razões sociais e econômicas.

Mais tarde, com a unificação da Alemanha, foi necessária a edição de nova legislação sobre a matéria, visando conciliar o tratamento dispensado ao tema na antiga Alemanha Oriental – em que o aborto era livre no primeiro trimestre de gestação - com aquele existente na Alemanha Ocidental, acima descrito.

Com este objetivo, foi elaborada nova lei, promulgada em 1992, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto nos primeiros três meses de gravidez. Porém, “a norma dispunha que, antes de realizar a interrupção da gravidez, a gestante deveria submeter-se a um serviço de aconselhamento, que tentaria



demovê-la da idéia, e aguardar um período de três dias. A principal característica da nova legislação estava no fato de que visava evitar o aborto através de mecanismos não repressivos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, dentre outros, no afã de eliminar as causas materiais que levam as mulheres a procurarem a interrupção da gravidez.” (ob. cit).

Mais uma vez, a legislação foi contestada na Suprema Corte Constitucional, que decidiu, em 1993, a questão conhecida como “Aborto II”. Neste julgamento, ela considerou inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial de gestação, a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante. No entanto, ela afirmou que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo. Vale transcrever alguns trechos relevantes sobre a decisão:

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

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



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

*Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade ... Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado ..., desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal” O acórdão está parcialmente reproduzido em língua inglesa em Kommers, Donald, A.B., Catholic University; Ph.D., University of Wisconsin, 1962. (The Federal Constitution Court in the German Political System. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 4, p. 470-491, jan. 1994).*

Em 1995, uma nova lei foi editada para adequar-se à decisão da Corte Constitucional. O novo diploma, afora as hipóteses de aborto legal, referidas na decisão, descriminou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação. A lei estabeleceu um procedimento pelo qual a mulher que queira praticar o aborto deve recorrer a um serviço de aconselhamento, que tentará convencê-la a levar a termo a gravidez. Depois disso, há um intervalo de três dias que ela deve esperar para, só então, poder submeter-se ao procedimento médico de interrupção da gravidez.



A solução portuguesa. Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu, no Acórdão 25/84, proferido no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, a legitimidade constitucional de lei lusitana que permitira o aborto em circunstâncias específicas - risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual.

A norma em questão fora impugnada em razão de suposta violação ao direito à vida do nascituro. Na sua decisão, o Tribunal afirmou que “a Constituição de Portugal tutela o direito a vida do feto, mas não com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas. Aduziu, assim, que a questão da autorização legal do aborto depende de ponderação entre este direito à vida do nascituro com outros direitos fundamentais da mãe, e que o sopesamento de interesses constitucionais feito no caso pelo legislador não deveria ser censurado” (ob. cit). Vale destacar os seguintes trechos:

“A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde ... o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto ‘não nascido’, não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir..”.

A matéria relativa à colisão ou situação conflitual que pode gerar-se entre os valores ou interesses do nascituro e os da mãe merece ser aprofundada mais um pouco...

E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido.

Em todo caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra..., pode ser maior ou menor, em



face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando então uma certa liberdade conformativa para o legislador, dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional.” (O acórdão encontra-se reproduzido na íntegra em Miranda, Jorge. *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996, pp. 163-24).

A polémica em torno da questão que trata da existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser aflorada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão nº 85, proferido em 1985, que dispõe:

“...a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucional objectivo (Constituição, art. 24, n. 1). Todavia, só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito – pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros”.

É este um dado simultaneamente biológico e cultural, que o direito não pode desconhecer e que nenhuma hipostasiação de um suposto ‘direito a nascer’ pode ignorar: qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, nem no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.”

E, mais recentemente, o tema do aborto foi retomado pelo referido Tribunal Constitucional no Acórdão nº 288, proferido em 1998. Tratava-se agora do controle preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo, versando sobre a descriminalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial. Neste julgamento, reiterou a Corte lusitana o seu entendimento de que a vida intra-uterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas. Daí porque, admitiu a ponderação



entre esta vida e direitos fundamentais das mulheres, considerando que o tempo de gestação afigurava-se critério adequado para solução desta colisão de interesses constitucionais. Nas palavras do Tribunal português:

“Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes... Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo’, sendo visível que é muito diferente o grau de reprobção social que pode atingir quem procure eventualmente ‘desfazer-se’ do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda ‘matar’ o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na união Européia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem...”

Ora, poderá acrescentar-se, a harmonização entre a protecção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, é suscetível de passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção da gravidez cabe à própria mulher.”

No referendo, cuja validade o Tribunal reconheceu, a proposta de legalização incondicionada do aborto no início da gestação foi derrotada (houve índice elevadíssimo de abstenção, só tendo votado 31,9% dos eleitores inscritos). Embora não se tratasse de consulta popular vinculativa, o legislador português seguiu a orientação referendária, rejeitando a mudança legislativa pretendida. Assim, hoje, em Portugal, o aborto só é legal em casos específicos, de risco de



vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual.

Orientação espanhola. Em 1985 foi aprovado o projeto de lei que modifica o Código Penal espanhol, passando a permitir às gestantes a realização do abortamento, por médico, em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas.

Um grupo de parlamentares contrários ao aborto impugnou o projeto na Corte Constitucional, que, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, decidiu que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Não obstante, a Corte, no Acórdão 53/1985, declarou a inconstitucionalidade do projeto, por considerar que ele falhara ao não exigir, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico, um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de interrupção da gravidez.

No citado acórdão, adotou-se também como premissa a idéia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento.

Para a Corte espanhola, “não há um direito fundamental à vida do embrião ou feto, muito embora esta vida seja um bem constitucionalmente protegido. Daí, concluiu o Tribunal no sentido da admissibilidade da realização de ponderação entre a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida” (ob. cit.)



Nesse contexto, conclui-se que os casos envolvendo o aborto, são as mesmas possibilidades de interrupção voluntária da gravidez da norma anterior. Esta lei se encontra até hoje em vigor.

Ressalta-se que, na prática, tem prevalecido na Espanha um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, aumentando com isto as possibilidades de aborto legal.

“...não podem contemplar-se tão-somente desde a perspectiva dos direitos da mulher nem desde a proteção da vida do nascituro. Nem esta pode prevalecer incondicionalmente frente àqueles, nem os direitos da mulher podem ter primazia absoluta sobre a vida do nascituro ... Por isso, na medida em que não se pode afirmar de nenhum deles (os interesses em conflito) seu caráter absoluto, o intérprete constitucional se vê obrigado a ponderar os bens e direitos ... tratando de harmonizá-los se isto for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que se poderia admitir a prevalência de um deles.” (Acórdão disponível no site <http://www.boe.es>. O texto reproduzido foi traduzido livremente por Daniel Sarmiento).

Nesta mesma decisão, a Corte espanhola refutou a alegação de inconstitucionalidade do projeto de lei questionado, por violação ao direito dos pais. Estes, pelo projeto, não tinham de ser consultados antes da interrupção da gravidez. Mas, para o Tribunal, tal fato não ensejaria qualquer inconstitucionalidade, uma vez que *“a peculiar relação entre a grávida e o nascituro faz com que a decisão afete primordialmente àquela”*.

No Canadá. No Canadá, a Corte Constitucional, no julgamento do caso Morgentaler. Smoling and Scott v. The Queen, proferido em 1988 também reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto. Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o aborto, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico



composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante.

Naquela decisão, relatada pelo Chief Justice Dickson, declarou-se que “forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar uma gravidez até o fim, a não ser que se enquadre em certos critérios sem relação com suas próprias prioridades e aspirações constituem uma profunda interferência no corpo da mulher e, por isso uma violação da sua segurança pessoal” (A discussão do caso e os trechos mais importantes do Acórdão encontram-se em Jackson, Vicki C. & Tushnet, Mark, “Comparative Constitutional Law,. New York: Foundation Press, 1999, pp. 76-113). (ob. cit.).

Outro fundamento adicional em que se baseou a Corte canadense foi o fato de que o procedimento previsto na legislação para permissão do aborto encerrava o risco de um grande atraso na realização do procedimento médico, o que trazia abalo emocional para as gestantes, além de aumentar o risco para a sua saúde.

A Convenção europeia de Direitos Humanos. A Convenção europeia de Direitos Humanos não dispõe expressamente sobre a proteção ao nascituro. Contudo, a Comissão foi provocada na década de 80 por um cidadão inglês, que afirmava que a decisão unilateral de sua mulher de realizar o aborto, realizada com amparo na legislação inglesa – o *Abortion Act* de 1967 – violava o direito à vida, previsto no art. 2º daquela Convenção, assim como o direito à privacidade familiar, consagrado no seu art. 8º. A Comissão declarou inadmissível o requerimento, argumentando que a palavra “pessoa”, utilizada no art. 2º da Convenção, só seria aplicável a indivíduos já nascidos. E conclui que, em se tratando de interrupção da gestação realizada na fase inicial de gravidez, o direito à vida familiar do genitor potencial deveria ceder, numa ponderação, ante os direitos à saúde e ao respeito da vida privada da mãe.



Já o caso levado à Corte Européia de Direitos Humanos, julgado em 1992, envolvia a Irlanda, país que, pela fortíssima influência católica, tem a legislação mais repressiva de toda a Europa e proíbe o aborto em todos os casos. Tendo em vista o teor da legislação irlandesa e a facilidade de deslocamento no âmbito europeu, tornou-se comum que mulheres irlandesas viajassem para o exterior – sobretudo para a Inglaterra, que possui regulamentação bastante liberal na matéria – em busca do aborto seguro. Duas clínicas de aconselhamento, que vinham fornecendo informações sobre instituições inglesas que realizavam aborto, foram proibidas de continuar a fazê-lo, por decisão da Suprema Corte da Irlanda, que se baseou na tutela do direito à vida do nascituro. Diante disso, as clínicas recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que houvera ofensa ao direito humano ao fornecimento e recebimento de informações.

Sem examinar a questão relacionada à existência seja de um direito ao aborto, seja de um direito à vida do nascituro, a Corte pronunciou-se pela invalidade das restrições, em razão de ofensa ao princípio da proporcionalidade, afirmando que a medida adotada pelo Estado irlandês teria sido excessiva.

É importante compreender que, muito embora a Corte não tenha examinado a questão do direito ao aborto, infere-se da sua decisão que a vida intra-uterina não pode ser protegida com a mesma intensidade que a vida de pessoa nascida. Com efeito, ninguém questionaria o poder de um Estado de proibir o fornecimento de informações contendo endereços, telefones e contatos de assassinos, visando a encomenda de homicídios. O tratamento diferente dado ao caso revela, portanto, uma posição que, nas suas entrelinhas, recusa qualquer equiparação entre a proteção da vida do nascituro e a do indivíduo após o nascimento. E esta postura se evidencia também na parte da decisão em que a Corte, rebatendo a argumentação do governo irlandês, afirmou que o aumento da procura de abortos no exterior por mulheres irlandesas devia-se não ao trabalho



das clínicas de aconselhamento, mas ao excessivo rigor da legislação daquele país.

O Pacto da Costa Rica e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá – 1948). O art. 1º estabelece que “todo ser humano tem direito á vida, à liberdade e segurança de sua pessoa”. Tal declaração motivou grande polêmica sobre se o aborto violaria o contido em tal dispositivo. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, chamada a apreciar o assunto, deixou firmada a orientação de que o direito ao aborto não viola a Declaração (Resolução n. 23/81).

Em tal decisão, houve apreciação do contido no Pacto de São José da Costa Rica (1969) que no art. 4º se refere à proteção da vida *em geral*.

Esclareceu-se, na oportunidade, que a cláusula *em geral* não significa imunidade do feto a qualquer intervenção, mas que o problema fosse decidido pelo direito positivo de todos os Estados. Foi o que deixou firmado a OEA (Ata da segunda sessão plenária – Ser. K/XVI/1.2) ao decidir que “o Brasil e Estados Unidos interpretam o texto do art. 4º, inciso I, n o sentido de que deixa à discricionariedade dos Estados Parte o conteúdo da legislação à luz de seu desenvolvimento social”.

Em sendo assim, vê-se que à luz do Direito Internacional, o Brasil não se acha vinculado a qualquer *pré-conceito* que possa informar o direito interno a propósito do tema.

Também se pode mencionar a Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) em seu artigo 12 determina que os países derroguem as disposições penais nacionais que constituam discriminação



contra a mulher. Daí se recomendar ao país que tome providências para evitar os malhes de abortos clandestinos e inseguros.

A laicidade do Estado. A questão do aborto é, sem dúvida alguma, um dos assuntos mais polêmicos. Talvez não haja nenhum outro tema que provoque reações tão exaltadas como o aborto. Essas reações devem-se não apenas à transcendência dos interesses envolvidos, mas também, por abranger questões religiosas e morais.

Para Daniel Sarmiento (ob. cit. p.23) “a questão da laicidade do Estado, considerada na sua essência, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé”.

Para de De Plácido e Silva: "LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição do de bispo, ou religioso." (SILVA. De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 12ª ed. v. III, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 45).

O termo laico remete-nos, obrigatoriamente, à idéia de neutralidade, indiferença. Para Celso Ribeiro Bastos, "a liberdade de organização religiosa tem uma dimensão muito importante no seu relacionamento com o Estado. Três modelos são possíveis: fusão, união e separação. O Brasil enquadra-se inequivocadamente neste último desde o advento da República, com a edição do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que instaurou a separação entre a Igreja e o Estado. O Estado brasileiro tornou-se desde então laico. (...) Isto significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se." (Bastos, Celso Ribeiro, "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pág. 178).

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, "o símbolo de religiosidade consta de todas as nossas Constituições. No Império, D. Pedro I invocara a graça de Deus e a unânime aclamação dos povos. A esse tempo a religião católica era estatal. A de 1891 não invocara Deus, pois a República



nascia sob o signo da separação entre Estado e Igreja. Firmava-se a idéia do Estado leigo, e, por isso, sua Constituição não deveria invocar a divindade.” (ob. cit. pág. 25).

No Estado laico, a fé é uma questão pessoal e não comporta nenhuma exceção quanto a isso.

O Estado, no exercício da atividade pública, deve basear-se em razões igualmente públicas, ou seja, em “razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares” (Rawls, John. “Liberalismo Político”. Tradução: Sergio René Madero Baez, México: Fondo de Cultura Econômica, pág. 204/240).

O pluralismo de idéias que se traduz em crenças e fé é característica essencial no mundo contemporâneo. “Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais e filosóficas díspares ou até antagônicas. Sobre razões públicas, veja-se Rawls, John, “Liberalismo Político”. Tradução. Sergio René Madero Baez, México: Fondo de Cultura Econômica, pág. 204/240).

O Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade. Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, *“um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância (BVerfGE)”* (1995).

É imperativo, não só sob o prisma ético, como também sob a perspectiva jurídico-constitucional, que os atos estatais, como as leis, medidas administrativas e decisões judiciais, baseiem-se em argumentos que possam ser



aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia.

Dados estatísticos sobre o problema. Em recente artigo intitulado de “Mulheres e os direitos à existência”, publicado em 11/05/2008, no jornal Folha de São Paulo, Opinião – A3, o autor, Dr. Miguel Srougi, escreve que “segundo a OMS, são realizados a cada ano cerca de 50 milhões de abortos no mundo, 19 milhões dos quais de forma clandestina e insegura. No Brasil, de acordo com dados do Ipas e da Uerj, são efetuados cerca de 1,1 milhão de abortos anualmente, 75% deles induzidos voluntariamente e executados de maneira insegura (...) em decorrência das complicações cerca de 11 mil brasileiras morrem (...) Se às brasileiras fosse dado o direito e o fácil acesso ao aborto seguro, morreriam menos de mil mulheres ao ano (...) vale lembrar a experiência vivida pelos romenos. No período do ditador Ceausescu e de leis extremamente restritivas, morriam por complicações do aborto 148 mulheres para cada 100.000 nascimentos vivos. Com a liberação do regime, maior respeito aos direitos humanos e legalização do aborto, o número de óbitos caiu para 9 em 100.000, com redução proporcional no número de mulheres injuriadas pelo processo.”

Em outro texto que se traz à baila para conhecimento e servir de base à discussão, consta: “O Brasil gasta por ano cerca de US\$ 10 milhões no atendimento das complicações do aborto inseguro, revela dossiê da Rede Feminista de Saúde, entidade que reúne mais de 200 organizações de mulheres. O documento será entregue à comissão tripartite, que discutirá o projeto de descriminalização do aborto no país. No dossiê, obtido com exclusividade pela Folha, foram acompanhados casos de mulheres que praticaram aborto ou sofreram abortos espontâneos e que passaram por curetagens em hospitais públicos, entre 1999 e 2002. Também foram mapeadas as mortes por abortamentos. No Brasil, o aborto é a quarta causa de mortalidade materna. Elaborado a partir de consulta no DataSus (Departamento de informática do Sistema Único de Saúde), o documento mostra que, anualmente, são feitas cerca



de 238 mil internações por aborto na rede pública de saúde, a um custo médio unitário de R\$ 125, totalizando R\$ 29,7 milhões. As maiores taxas de curetagens estão no Nordeste (5,5 a cada 1.000 mulheres), no Norte (4,48) e no Sudeste (4,13). A menor taxa está no Sul (2,65). Não estão computados os atendimentos realizados na rede privada. Há uma unanimidade entre os pesquisadores de que tanto o número de abortos oficialmente registrados como os gastos com esses procedimentos estão muito aquém da realidade. O Instituto Alan Guttmacher -instituição norte-americana que realiza pesquisas sobre saúde sexual e reprodutiva- estima que apenas uma em cada cinco mulheres procure o hospital. As projeções dão conta de que casos de abortos clandestinos ultrapassem 1 milhão por ano no Brasil. Os casos que chegam aos hospitais são, em geral, referentes a complicações. 'Mulheres pobres que estão com hemorragia intensa ou infecção', descreve o médico Aníbal Faúndes, professor da Unicamp (...).” (Dados obtidos através da Secretaria de Estado de Saúde, artigo intitulado: “Complicações do aborto inseguro custam US\$ 10 mi ao ano ao país”, Cláudia Collucci 11/01/2006).

As estatísticas de países de todo o mundo demonstram que onde o aborto não é incriminado as taxas são menores. Neste sentido, “países que incriminam o aborto, como é o caso do Brasil, não têm suas taxas de abortamento diminuídas. Ao contrário, os números de abortos ilegais, e conseqüentemente inseguros, são altos, bem como a taxa de mortalidade materna, decorrente das complicações deste tipo de procedimento”, diz Dr. Jefferson Drezett durante conferência no Painel de Descriminalização do Aborto, realizada em Brasília no dia 07 de junho 2005 e organizada pela Secretaria de Políticas Especiais para Mulheres, SPM. Em países como a Holanda, onde o aborto é legalizado, as taxas são menores, mas em casos de países com legislações mais punitivas, como no Brasil, ainda sim estas taxas permanecem altíssimas (...). Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMC – anualmente setenta e cinco milhões de gestação são indesejadas o que indica que 35 a 50 milhões de aborto são induzidos, destes 20 milhões são abortos inseguros. Deste modo, 70 a 80 mil mulheres morrem por complicações devido ao aborto inseguro, sendo que 95% deste ocorrem em países em desenvolvimento”.

Publicação rotulada “Juizes para a democracia” (ano 12, n. 45, março-maio de 2008 – que pode ser encontrada em www.ajd.org.br relata situações dramática e números bastante expressivos sobre o assunto, que se dispensa de transcrever, por serem confirmações dos dados já apontados.



Precedente. Esta Câmara, em decisão plenária anterior, datada de 25 de abril de 1996 entendeu por rejeitar texto proposto para incluir a “proteção da vida desde a concepção”, por 351 votos contrários.

Na hipótese da aprovação pelo Plenário da Câmara, tal decisão significaria a vedação de qualquer hipótese de aborto.

Não foi esta a decisão que prevaleceu.

O voto do eminente deputado relator. O eminente deputado relator Eduardo Cunha proferiu voto excelente e bem fundamentado. De início, definiu o que se tem por aborto, com base em Orlando Soares. Posteriormente, esclareceu quais os tipos de aborto, calcado em Rogério Greco. Dramatizou ao invocar Wanda Franz, transcrevendo afirmativa de que quando uma mulher aceita o aborto, assiste à execução de seu filho.

Na seqüência, afirma que o controle de constitucionalidade é vertical e que os atos dos poderes devem estar em consonância com os direitos fundamentais, na esteira de Gilmar Mendes. Assenta sua afirmação seguinte em Alexandre de Moraes e transcreve doutrina do atual Ministro Cezar Peluso sobre os direitos do nascituro.

Posteriormente, transcreve trechos de orientações lançadas no julgamento da Lei de Biossegurança e faz alusão ao Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/90 - ECA).

Conclui afirmando que o aborto não constitui direito subjetivo da mulher e finaliza pela inconstitucionalidade das proposições em exame.

Aproximando a conclusão e síntese dos argumentos expendidos. Ora, o parecer do eminente parlamentar não se sustenta, seja à luz dos princípios albergados pela Constituição da República, seja pelas leis complementares e ordinárias que formam o todo do ordenamento jurídico do país.



A sociedade do século XXI busca pensar o tema de que se cuida levando em consideração o direito à autonomia reprodutiva da mulher e o planejamento familiar.

Neste contexto, conclui-se que a legislação sobre aborto, elaborada sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher e sem atentar a necessidade de concretizar o princípio da livre decisão do casal como forma de fortalecer o princípio da dignidade humana, está ultrapassada e, por isso, deve sofrer reparos de ordem formal e material para adaptar-se melhor aos novos tempos evoluindo com a sociedade.

Excelente trabalho foi realizado por Jeifson Ribeiro dos Santos na revista “Consulex”, ano XII, nº 273, de 31 de maio de 2008, págs. 42/47.

Em verdade, temos que enfrentar o tema sem medo de preconceitos e pior, de obscurantismo religioso. Temos um grave problema social a superar. Temos mortes e mortes de mães que a todo instante, seja por que forma ocorra a gravidez, vêm-se desamparadas pelo Estado. Arriscam e sujeitam-se a sofrer danos físicos, mas querem ver-se livres de um ser que não pediram. Queriam simplesmente uma relação sexual e vêm-se às voltas com um ser que não desejavam.

Como deve o Estado e apenas ele cuidar do assunto? Seria exagero afastar a religião de qualquer intromissão no assunto?

Há o confronto entre princípios. A Constituição no *caput* do art. 5º eleva alguns direitos como essenciais, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Colocou todos em pé de igualdade. Posteriormente, identifica outros, não menos importantes, como o pensamento, a consciência, a crença, a atividade intelectual, artística, científica, a intimidade, a vida privada, a



honra e a imagem, a casa, a correspondência e dados, a comunicação telefônica, a reunião, a liberdade associativa, a saúde, etc.

Todos são princípios fundamentais para o pleno desenvolvimento da vida em coletividade. Todos exigem do Estado ou omissão (direitos negativos) ou uma ação (direitos positivos). Como ensina Gilmar Ferreira Mendes, “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade” (“Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade”, 2ª. Ed., revista, ed. Celso Bastos, São Paulo, 1999, pág. 44).

No caso que se analisa, cuida-se de direito que exige as duas posturas, a negativa e a positiva. Na primeira hipótese, o Estado não pode proibir. Através da abstenção do Estado garante-se o exercício do direito. A saber, se o Estado não age, cabe à mulher exercer outro direito seu, qual seja, de sua intimidade e abortar. Quando menos, exerce, em sendo casada ou tendo convivência regular, o direito ao planejamento familiar, tal como deflui do parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal.

De outro lado, o Estado deve agir para garantir o exercício do direito, qual seja, deve colocar à disposição da mulher o aparato médico e laboratorial para que ela exerça seu direito.

Dir-se-á que há um direito maior que o outro? Dir-se-á que o princípio à vida é superior? Seria o direito à vida superior, por encontrar-se no *caput* do artigo 5º? Entendo que se trata de mera posição topológica do texto e não de prioridade de direito. Melhor dizendo, a vida é pressuposto do exercício dos demais direitos e não sobrepõe sobre os demais. Senão, vejamos. O direito à propriedade acha-se, posteriormente, disciplinado em diversos dispositivos (incisos XXII e XXIII do art. 5º). O da liberdade encontra-se explicitado em



diversos outros itens (VI, VIII, IX, XVII, etc.). O da igualdade da mesma forma. A vida, igualmente (vedação da pena de morte, salvo em caso de guerra – letra a do inciso XLVII).

Não se pode dizer, pois, que a vida tem caráter absoluto, em nosso direito, tanto que admite a pena de morte em caso de guerra. Afirmar-se-á, pois, que é a exceção. Evidente que é assim. Não se constitui a morte em direito e sim em exceção ao direito à vida.

O que se afirma é que *a vida não é um direito absoluto*, de forma a impedir que o Estado possa agir.

Se assim é, pode-se questionar o começo da vida, para que possa merecer proteção do Estado.

Platão, retratando discussões que teve Sócrates, revela que pode haver até quem considere a morte um bem superior à vida (“Fedon”, ed. UnB, Imprensa oficial, 2000, pág. 36, item 62). Ao filosofar, Sócrates sustenta que há a alma e o corpo e estar morto significa que “o corpo, uma vez separado da alma, subsiste em si e por si mesmo, à parte dela: tal como a alma, uma vez separada do corpo, subsiste em si e por si mesma, à parte dele” (idem, ibidem, item 64 c). Enfrentando o tema, o filósofo afirma que “é do que está morto que os seres vivos e as pessoas provêm...” (idem, ibidem, item 71, d).

Para Sócrates há um eterno reviver.

Interessante a opinião de Agostinho ao analisar os homicídios considerados não criminosos (veja-se a relatividade das afirmações). Esclarece que “algumas vezes, seja como lei geral, seja por ordem temporária e particular, Deus ordena o homicídio” (“A cidade de Deus”, ed. Vozes, 5ª. Ed., 1989, Capítulo XXI, pág. 51). Prossegue, afirmando que “não é moralmente homicida quem deve



à autoridade o encargo de matar, pois não passa de instrumento, como a espada com que fere. Desse modo, não infringiu o preceito quem, por ordem de Deus, fez guerra ou, no exercício do poder público e segundo as leis, quer dizer, segundo a vontade da razão mais justa, puniu de morte criminosos” (idem, ibidem).

Não somos contrários à vida. Somos pela existência da vida com dignidade humana, com condições reais e mínimas de sobrevivência numa sociedade cada vez mais exigente.

A serena análise da matéria impõe algumas ponderações, que seguem:

01. O direito à vida não é absoluto.

02. Há a pena de morte, em caso de guerra.

03. Se não aceitarmos o item 01 as hipóteses de aborto consagradas no direito brasileiro (estupro e risco de vida da mulher) deverão ser tidas por revogadas, por incompatibilidade vertical.

04. Se aceitarmos o item 01, não há inconstitucionalidade nas hipóteses previstas no item 03, o que nos leva à conclusão de que outras possibilidades se abrem. Isto é, o legislador pode criar outras hipóteses de descriminação ou eliminar o tipo penal do aborto, impondo a descriminação.

05. No confronto dos direitos, dos valores e dos princípios, há que se efetuar a análise de otimização, isto é, qual o princípio ou o valor ou o direito que se sobrepõe ao outro, no caso concreto.

06. A partir de tal raciocínio, poder-se-ia pensar que se é a favor do aborto indiscriminado. Não é isso que se afirma. Nem é o que se conclui do desenvolver das premissas.



07. O sorites (série de proposições encadeadas de maneira que o atributo da primeira seja sujeito da segunda) se mostra perfeito, o que legitima o raciocínio.

08. Não há, pois, inconstitucionalidade, de forma a se rejeitar, de plano a proposição apresentada.

O que me parece curial é que se cuida de um confronto entre direitos. Ao direito à vida, na situação específica, confronta o direito da mulher à intimidade, à disponibilidade de seu próprio corpo, de sua saúde.

Não pode, jamais, o Estado obrigar a mãe, por mais sagrada que seja a maternidade, a suportar um filho que ela não quer ou não quis. O Estado deve buscar a felicidade, na grata expressão da Constituição norte-americana. Impor-se a alguém tal encargo (por mais divino que seja ter um filho) não é tarefa que possa ser decidida pelo Estado.

O pacto social que deu origem ao Estado, no dizer de alguns, apenas significa que o ser humano abriu mão de seus direitos para sua proteção. Para outros, não houve pacto social, mas nasceu o Estado do confronto de posição, da dialética.

Não sendo importante tal questão, para o efeito que se discute, o que vale notar é que o ser humano não abriu mão de seus direitos, salvo o de segurança, para constituir um pacto social que o proteja. O pacto é de amparo e não de agressão ou sujeição a restrição a direitos.

O começo da vida. A questão que se segue é mais complicada, ou seja, a partir de que momento começa a vida e se o nascituro tem seus direitos mantidos ou preservados.



O Código Civil atual não disciplina de forma diferente a pessoa do nascituro. O art. 4º do Código anterior dispunha que: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. O atual Código dispõe de forma idêntica, apenas alterando *homem* para *pessoa*, de forma a alcançar homem e mulher, o que moderniza a linguagem (art. 2º).

Observe-se que a *personalidade da pessoa* começa do nascimento com vida. Considera-se a vida apenas após o nascimento. Entretanto, preserva direitos do nascituro, tais como doação, herança e permite a adoção, podendo ocorrer a tutela.

Vê-se que em nenhum momento há a consideração de que já existe pessoa no útero materno. O direito não se preocupou com tal problema.

Importante considerar que o Direito Civil apenas reconheceu que a concepção preserva e garante direitos futuros. Nada mais. São eles de cunho econômico, mesmo porque não sobrevivendo a vida, não há direitos a serem protegidos.

Daí por que ao nascituro se dá curador para que diligencie na preservação de seus direitos. Nem por outro motivo é que a personalidade apenas começa, *se houver vida*. A personalidade do homem começa do nascimento com vida.

Nem por outro motivo é que se faz a docimasia, isto é, o teste para se saber se entrou ar no pulmão do natimorto.

Daí haver uma série de conseqüências jurídicas (herança, doação, etc.). Como se vê, todas de efeito patrimonial.



Quem se preocupa é a religião e, evidentemente, aí, as discussões são intermináveis, porque se passa a defender o feto a partir de sentimentos calcados na fé. Fé e razão não podem chegar à mesma conclusão, por mais que os especialistas e doutos tentem. Há, evidentemente, pontos de aproximação e de exclusão. Mas, as conclusões não podem ser as mesmas, uma vez que o ângulo de análise é diferente.

Em primeiro lugar, nos primórdios da civilização, tivemos a mitologia, de forma a dar um entendimento sobre como se formou o mundo, quais as crenças que então existiram e criaram-se deuses, fundados nas mais diversas reações, isto é, medo, angústia, prazer, etc., que se vincularam a fenômenos da natureza, sol, água, chuva, lua, etc., criando as histórias míticas (leia-se Hesíodo, em “Teogonia”) e, depois, as religiões (“Mentiras convencionais de nossa civilização”, de Max Nordau). Estas, como se sabe, eram polimórficas e politeístas, no início, passando, posteriormente, às monoteístas (Moisés – veja-se “Moisés e o monoteísmo”, de Freud).

Em diversos lugares e épocas, surgiram religiões, cada qual apregoando sua verdade e sustentando a existência de um só Deus, cada qual, também, invocando o privilégio de possuí-lo e de ter as demais religiões como falsas. Até mesmo a diversa interpretação de livros sagrados levou ao ódio que com ódio foi repellido, dando margem, ao lado dos aspectos econômicos, às mais incompreensíveis guerras, violências, sevícias e restrições de pensamento e de crença.

A verdade de uma se contrapunha à verdade da outra. Fé excluindo fé, como se pudesse haver uma única crença. Os monoteístas sustentando concepções que eliminavam as outras. O budismo, como crença e fé, não propriamente uma religião, dá sua versão de como alcançar o Nirvana. O catolicismo, herdeiro das tradições primeiras do cristianismo, fez da pompa e pobreza que se contrapõem, o rumo de uma crença. O protestantismo de Lutero,



com suas 95 teses de Württemberg abalou as estruturas do catolicismo, obrigando ao advento da contra-reforma. De tal confronto resultaram diversas leituras da Bíblia, alguns aceitando uns livros, outros rejeitando-os e tudo decidido pela opinião humana, como se fez no Concílio de Nicéia. Até a natureza dos personagens foi decidido.

A análise que se vem fazendo redonda na afirmativa da dificuldade da própria crença em basear-se em escritos tidos como sagrados (diga-se o mesmo do Alcorão, palavra viva de Deus proferida ao Profeta). Pode-se fazer, também a assertiva em relação ao judaísmo que mantém vivas as tradições do Pentateuco ou Torá, que passou pelas interpretações notáveis do Zohar e de outros.

O que se está dizendo é que não há fé que possa ser discutida.

Interpretação jurídica é uma coisa. A busca da exata compreensão do todo do ordenamento jurídico. A hermenêutica não pode ser calcada em tal tipo de sentimento, que leva a algumas conclusões nem sempre compatíveis com o que o constituinte originário quis ou pretendeu.

A polêmica da interpretação é derivada de visão apenas sintática? Evidentemente, não. Seria, aliás, a mais pobre das interpretações. O mero nexos entre as normas não é motivo para vanglória de quem quer que seja. O imprescindível é a fase seguinte da semântica, isto é, do relacionamento das palavras com o mundo real. A partir daí, impõe-se o conhecimento da histórica para se saber da origem da norma e de suas circunstâncias. Também é importante o critério finalístico ou teleológico. Todos os critérios entram no rol de indagações.

Após superar tais obstáculos, impõe-se a valoração do ordenamento. Quais os sentimentos essenciais ou visivelmente captados pelo



constituente em determinado momento histórico? Pode-se entender que a palavra utilizada deva ser entendida dentro de um contexto histórico e apenas nele?

Inadmissível que a Constituição brasileira seja apenas lida. Tem que ser interpretada e dentro de seu inteiro teor. As normas se conectam de tal maneira a formar um todo consistente. A consistência, aliás, é um dos atributos do sistema normativo.

Diante de tal perspectiva, lícito é afirmar que o tema ora em análise não pode ser visto de ângulo irracional. Sem qualquer melindre, o irracional é o que não obedece a critérios previamente aceitos pela razão média, mas guiado por sentimentos.

Não basta, também, o mero raciocínio dedutivo para que se possa chegar a algum resultado. Não se pode olvidar a realidade viva que está nas ruas. Nenhuma norma ou princípio pode ser visto sem o olhar exaustivo sobre o que se passa no empirismo de nossa sociedade.

A eficácia governamental tem atendido de forma sobeja os anseios e as necessidades da população? O sistema de saúde dá resposta efetiva às angústias de uma mulher que não quer o filho que está em suas entranhas? Há acompanhamento psicológico adequado? Há plenas condições de sustentação do que está para nascer? A sociedade recebe bem os filhos de negras, ou apenas quer para adoção os brancos e de olhos azuis? Será que podemos superar tanta hipocrisia?

Nossa sociedade está preparada para amparar as mães? Há lares substitutos suficientes para ampararmos todos os filhos desamparados e abandonados e com fome? Há creches suficientes e que possam suportar os desvalidos? O Estado dá resposta suficiente a tais questões?



Não se pode desconhecer a realidade e ficarmos apenas com respostas facilmente aceitas pelo papel ou no discurso político que influencia determinados segmentos sociais que adotam a fé como razão de viver.

Não se critica, ressalte-se, quem assim vive. O que importa é mantermos o respeito por tudo e por todos, independentemente do credo e de sua forma de vida. Devemos reconhecer que a sociedade brasileira é plural e abarca o maior e mais significativo número de etnias, origens, crenças e diversidades. É maravilhoso que assim seja.

Tal constatação, entretanto, não nos pode distanciar da realidade dura e crua em que vivemos. A maioria da população brasileira encontra-se à margem da vida. A desigualdade social é patente, ainda que esforços sejam feitos para sua diminuição. Um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, nos exatos termos do art. 3º da Constituição é a redução das desigualdades. Temos que perseguir tal objetivo como meta. Temos que aceitá-lo como obstáculos a que todos possam ter vida digna.

No caso em análise, se aceitarmos a circunstância de que os casos existentes no ordenamento brasileiro, de que é possível a morte (em guerra) e casos de aborto consentido (estupro e risco de vida à mãe), possível será a previsão de outras causas excludentes da tipicidade.

Daí não ser inconstitucional a proposta de descriminação.

O problema que se coloca, na seqüência, é se estamos preparados para enfrentar tal situação, isto é, permitir que o aborto se faça em qualquer circunstância e sem qualquer critério ou se deve ser permitido, como prevê o projeto em apenso, até um período da vida intra-uterina.



Como disse, não vejo problema de ordem constitucional, que possa impedir a livre tramitação do processo.

Daí, concluir-se que se deve descriminar é outro problema.

Há vida em tudo, seja no vegetal, seja no animal ou nas pessoas humanas. Toda deve ser preservada. Ninguém pensa em homicídio ou suicídio de pessoas como alternativas válidas (saldo Nietzsche e também os filósofos do existencialismo, como Camus e Sartre).

Bem coloca Heidegger o problema da vida no esquema da existência (“Ser e tempo”) que vem dividida em facticidade, existencialidade e ruína. O primeiro significa o lançamento do homem no mundo, sem que sua vontade tenha participado. O segundo é constituído pelos atos de apropriação das coisas do mundo e o terceiro significa o desvio do projeto original em favor de preocupações cotidianas que o desviam do objetivo final, que é o tornar-se a si mesmo. Daí, explica Heidegger que o ser-para-a-morte é essencialmente a angústia. Este sentimento é que pode conduzir o homem ao encontro de sua totalidade.

A vida é pressuposto e é existência. É pressuposto da própria vida e das interações que se seguirão.

O projeto em apenso. O projeto do ilustre deputado José Genoíno objetiva permitir que seja o aborto efetuado em até noventa (90) dias.

Tal solução vem calcada no que há de mais moderno em soluções legislativas em todo o mundo. Como se viu da análise de direito comparado, as modernas nações do mundo, depois de se virem obrigadas a decidir sobre o assunto, entenderam que é razoável um prazo de meditação para que todas as mulheres decidam sobre a gestação.



Em alguns países, há lei a respeito. Em outros, as Cortes assim decidiram.

Aqui prevalece e prepondera um outro princípio, qual seja o da razoabilidade e da proporcionalidade. O primeiro, ao permitir que se dê um tempo à mulher para que ela decida o que quer fazer. A partir do prazo que lhe é fixado, caracterizado estaria, se assim se pretender, o crime. O tempo de maturação, da superação das angústias, da sobreposição das conveniências e interesses, da suplantação das dificuldades familiares e pessoais vem razoavelmente fixado pelo projeto em apenso.

Ademais, o princípio da proporcionalidade igualmente estará sendo atendido, uma vez que se pode ponderar com a existência de princípios de preservação da integridade da mulher.

Conclusão. Do quando se vem dizendo, há direitos em confronto, há princípios em confronto, há valores que se contrariam. O legislador deve encontrar um ponto de equilíbrio que possa ser adequado para determinado momento histórico.

O que era evidente no passado recente ou em passado remoto, passa a despertar novas situações fáticas até então inexistentes e que obrigam o legislador a tomar novas medidas e soluções alternativas para atender direitos em conflito.

Evidente está que o direito à vida não é absoluto. Antes, é pressuposto do exercício dos direitos. Em confronto com outros direitos, tão relevantes e albergados pelo todo do ordenamento e pelos princípios que fundamental a ordem jurídica brasileira, devem ser sopesados.



Se a Constituição prevê a morte na guerra (situação excepcional) e se aceite que haja causas de exclusão do tipo penal então criado (aborto e suas exceções – estupro e risco de vida à mulher), podem-se aceitar outras causas de exclusão. Em sendo assim, se pode admitir a descriminação do fato típico e punível.

O que vale efetuar e isto é obrigatório em Comissão que cuida e deve preservar a constitucionalidade dos projetos aqui apresentados e examinados, que deve haver, de acordo com o que há de mais notável em matéria de Direito Constitucional no mundo, que os direitos devem ser ponderados, quando em confronto.

Tirando de lado todas as emoções religiosas e espirituais que podem envolver o clima que prepondera em discussões sobre assuntos delicados, posso afirmar, sem medo de errar, que descriminar o aborto não é inconstitucional. Para tanto, fiz análise detida e profunda dos direitos, valores, princípios, tudo que de mais forte norteia o ordenamento jurídico brasileiro. É indubitável, a meu ver, que no confronto dos princípios e valores prevalece aquele, que na situação específica preponderar sobre o outro. No caso do aborto o princípio da liberdade de mulher, de sua vida íntima, de sua dignidade como pessoa humana, da preservação de sua saúde, enfim, de um plexo de direitos que a protegem prevalece sobre o princípio da vida.

No confronto dos valores, há a mulher de ser preservada, uma vez que sua vida passa a ser mais importante que a do feto.

Nem valem argumentos emotivos como o desconhecimento dos direitos do que não se pode defender. Nem se pode aceitar fotos mostrando fetos mortos, porque não são mostradas mulher mortas ou ensangüentadas fruto de abortos clandestinos em todo o país.



De pouca utilidade, também, que o SUS não logra atender outros benefícios de saúde à mulher, não se podendo falar em aborto. Se o Sistema de Saúde é precário e não consegue atender mulheres em situações difíceis de saúde, tais como mamografia, assistência pré-natal, etc., não significa que não deva, também, ampará-la no aborto, inclusive propiciando assistência psicológica, no acompanhamento antes e depois da cirurgia.

O Brasil tem como um de seus fundamentos, a “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º) e um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º), bem como a erradicação da marginalização (inciso III do art. 3º).

Não posso, como integrante desta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, deixar de olhar o lado estritamente jurídico e técnico do problema colocado à apreciação.

Não posso descer em considerações de ordem filosófica e religiosa, mas analisar o problema do ângulo estritamente jurídico e da obrigatoriedade da intervenção estatal na solução de assunto que diz respeito a todos nós.

Não podemos enfiar a cabeça sob a terra, à maneira de ave nossa, para não ver o problema. Ele existe, é palpável e dramático, em termos de subsistência racional da mulher que tem o direito de optar por sua própria vida. Obrigá-la a se sujeitar à decisão do Estado é impor-lhe uma obrigação não prevista na Constituição da República. É criar obrigação sem o dever correspondente.

Nem vale, por fim, o argumento que ouvi de que se o Estado não pode proibir o aborto não poderia impor qualquer restrição a seus cidadãos. Ora, quem impõe obrigações e deveres é o próprio Estado, por seu órgão legislativo em cumprimento aos ditames constitucionais. E nossa Constituição, em nenhum



momento proibiu a escolha da mulher, mesmo porque não definiu os direitos do nascituro desde a concepção, mas desde o nascimento com vida.

De outro lado, celebrou a vida e o amor em seus diversos dispositivos, com o objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, preservando a individualidade de cada brasileiro, sem lhe impor quaisquer ônus.

Reafirma-se, aqui, o compromisso com a vida em toda sua dimensão humana, seja vegetal, animal ou com os homens e mulheres. Reafirma-se a vida em todas as dimensões, religiosa, sociológica, psicológica, exterior e íntima. Todos os ângulos devem ser preservados para uma vida com dignidade.

Reafirma-se o profundo respeito por opiniões divergentes, religiosas ou não, mas não se pode decidir, nesta Comissão, com sentimentos que não sejam jurídicos.

Minha consciência é contra o aborto. No entanto, como legislador, não posso impedir que a mulher, na angústia de seu drama e diante da situação específica que enfrenta, não possa ser a dona de sua própria decisão.

Não posso substituir-me nem permitir que o faça o Estado à decisão soberana da mulher.

Desta forma, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa-técnica legislativa do projeto de lei nº 1.135 de 1991 bem como do projeto apensado, de nº 176 e, no mérito, pela aprovação de ambos.

Sala da Comissão, 07 de julho 2008.

Deputado Regis de Oliveira

