

# ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS: A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO

## DEMOCRATIC STATE OF LAW AND INDIVIDUAL LIBERTIES: LEGALISING ABORTION IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION

*Teresinha Inês Teles Pires\**

**RESUMO:** Este artigo investiga a aplicação das premissas do Estado Democrático de Direito às escolhas reprodutivas da mulher. A ressignificação do conceito de democracia a partir da perspectiva da participação dos cidadãos no debate público, e do reconhecimento dos direitos materiais, estimula a reflexão acerca da delimitação do poder coativo do Estado no âmbito do exercício das liberdades subjetivas. Além disso, o desacordo moral no tocante à admissibilidade do aborto é extremo, o que impede a resolução do conflito na seara a deliberação coletiva. O presente ensaio defende, com fundamento nos princípios do pluralismo e da autonomia individual, que a criminalização do aborto desde o início do processo gestacional é inconstitucional. No tocante ao direito brasileiro, será destacada a proteção jurisdicional conferida por meio do julgamento da ADPF 54 à liberdade de escolha em relação à interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, e as políticas públicas do Ministério da Saúde no combate ao aborto ilegal, focadas na proteção à saúde integral das mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Liberdades individuais. Desacordo moral. Pluralismo ideológico. Legalização do aborto.

**ABSTRACT:** This article investigates the application of Democratic State assumptions to women's reproductive choices. The redefinition of the concept of democracy, from the perspective of citizen participation in public debate and recognition of material rights, stimulates the reflection about state coercive power delimitation in the exercise of subjective freedoms. Moreover, moral disagreement regarding the admissibility of abortion is extreme, which prevents the resolution of the conflict in collective deliberation sphere. This essay argues, based on pluralism and individual autonomy principles, that criminalizing abortion since the beginning of gestation process is unconstitutional. Regarding the Brazilian law, will be highlighted the judicial protection afforded by ADPF 54 judgment to freedom of choice in relation to anencephalic fetus pregnancy interruption, and the public policy of Health Ministry on combating illegal abortion, focused on protecting the health of the women.

**KEYWORDS:** Democratic State. Individual freedoms. Moral disagreement. Ideological pluralism. Abortion legalization.

---

\* Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *E-mail:* tes\_pires@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Tarefa primordial para o direcionamento da prática jurídica consiste em clarificar o sentido que deve ser atribuído às premissas do Estado Democrático de Direito em sua aplicação à concretização dos princípios constitucionais, sobretudo os princípios garantidores das liberdades individuais. Os direitos subjetivos afirmam-se, ainda na pós-modernidade, como direitos universais. Sendo assim, nenhuma sociedade democraticamente organizada pode furtar-se à importante definição do conteúdo essencial desses direitos na esfera da efetivação do ordenamento normativo.

O desenvolvimento da teoria do Estado Democrático de Direito conduziu à reformulação do princípio da separação dos poderes, que, ao longo da história, perdeu o caráter rígido, relativizando-se o império absoluto da lei positiva. A ideia de democracia, conseqüentemente, também foi dotada de natureza transformadora, deixando de simbolizar somente o critério majoritário da representação política. Ao contrário, a democracia passou a ser compreendida como um regime de governo direcionado ao contexto do debate público e da participação das diversas camadas sociais no processo de reconhecimento dos seus próprios direitos perante as instâncias do poder institucional.

Na área dos direitos reprodutivos, a abordagem da liberdade individual de autodeterminação oferece fundamento jurídico para a afirmação da inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Somando-se a isso, a impossibilidade de uma resolução do antagonismo moral existente entre as duas posições, a que defende a supremacia da autonomia da gestante em relação à gravidez indesejada, e a que defende a supremacia dos interesses do nascituro, no âmbito do consenso político-deliberativo, denota a razoabilidade de uma acomodação principiológica dos dois interesses envolvidos. Nessa seara, a densificação do princípio da liberdade de consciência e de crença, pilares do sistema constitucional brasileiro, introduz postulados reflexivos específicos para a análise da necessidade de acolhimento do pluralismo moral e religioso.

Algumas recentes decisões judiciais, como as proferidas na ADIn 3510 e na ADPF54, como se verá abaixo, proporcionaram o início da regulamentação constitucional do direito ao planejamento reprodutivo como um direito que envolve o respeito à escolha da mulher em relação à utilização de embriões frutos de procedimentos de inseminação artificial (ADIn 3510) e em relação à interrupção de uma gravidez indesejada (ADPF54). Em outra linha de ação, as políticas públicas do Ministério da Saúde e das áreas técnicas do governo, instituídas para

a proteção dos direitos da mulher, contribuem para a regulamentação do aborto com a criação de programas de assistência médica nos serviços públicos de saúde.

Em torno das questões ora pontuadas se desenvolverá a análise desenvolvida nesse breve estudo. Tentar-se-á, em linhas gerais e de forma sintética, situar as dificuldades existentes, em razão de forte resistência política, para a legalização do aborto no sistema brasileiro com base nos princípios constitucionais. Defende-se, nesse passo, que as reformas legais que ainda são necessárias para o acolhimento do direito ao aborto são constitucionalmente justificáveis, o que oferece suporte jurídico para que o tema seja levado não somente à apreciação do Poder Legislativo, mas também à apreciação do Poder Judiciário enquanto instância responsável por assegurar a efetivação das liberdades subjetivas.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS LIBERDADES SUBJETIVAS INDIVIDUAIS**

No plano internacional, é ampla a discussão acerca do significado teórico do termo Estado de Direito<sup>1</sup>. Em linhas gerais, trata-se de um modelo de Estado que atribui ao ordenamento jurídico a tarefa de definir os limites da ação do Estado no exercício de seu poder coativo. Essa doutrina adveio de uma necessidade de se controlar a intervenção do Estado no âmbito dos direitos subjetivos, haja vista o caráter absolutista do regime monárquico.

Os direitos fundamentais são delineados, para alguns teóricos, essencialmente na qualidade de “liberdades fundamentais”. Na definição de Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais estão conceitualmente referidos à “capacidade de satisfazer o valor das pessoas e realizar sua igualdade” (ZOLO, 2007, p. 77). A categoria dos “direitos subjetivos”, por sua vez, pode ser classificada como a “expressão jurídica da liberdade individual” (ZOLO, 2006, p. 51). Verifica-se, assim, no plano normativo, uma intercambialidade entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos subjetivos<sup>2</sup>.

Nesse contexto, nova configuração foi conferida ao princípio da legalidade e, por conseguinte, também nova concepção foi introduzida no que diz respeito à separação entre as competências próprias de cada um dos poderes institucionais. Em um primeiro momento, validade absoluta possuía a vontade soberana do

---

<sup>1</sup> Sobre as origens históricas do conceito em referência, ver ZOLO, 2006, p. 3-6.

<sup>2</sup> “Direitos fundamentais” são “aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de agir” (FERRAJOLI, 2007, p. 291).

legislador, entendendo-se ser a objetividade da lei o critério exclusivo da legitimidade dos atos jurídicos, ao qual estariam inteiramente submetidos os poderes Executivo e Judiciário (TORRES, 2012, p. 14-15 e 22-23). Em um segundo momento, floresceu uma reflexão no sentido de que também a vontade do legislador deveria se conformar à necessidade da garantia dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 25; TORRES, 2012, p. 31-32). A primazia jurídica passou a ser conferida não à absoluta legalidade das regras positivadas, mas à sua validade em um sistema normativo cuja centralidade reside no respeito aos direitos dos cidadãos<sup>3</sup>.

É preciso lembrar que a liberdade individual foi alçada a valor constitucional supremo com a doutrina do liberalismo, que inicialmente postulava a “vinculação incondicional” da ação do poder público ao império da lei positiva. Contudo, o desenvolvimento histórico da mesma doutrina levou à flexibilização dessa vinculação, o que se observa claramente nos artigos federalistas escritos à época da revolução americana (HAMILTON, 2001, p. 249-260). Esses artigos declararam expressamente que as leis podem contrariar a Constituição, impondo-se a existência de um sistema judicial legitimado a concretizar os direitos materiais. Essa mudança paradigmática de modelo de Estado desencadeou um processo de fortalecimento da função do poder judiciário na proteção dos direitos individuais.

Como se sabe, no final do século XIX os movimentos populares trouxeram para o bojo do Estado de Direito o ideal da justiça social, rompendo com a linhagem excessivamente não intervencionista do Estado liberal. Com isso, o conceito do Estado de Direito evoluiu para o conceito de Estado Social (*Welfare State*), e daí para um conceito ainda mais complexo, o de Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

O Estado Democrático de Direito modificou o próprio conceito de democracia, que deixou de estar fundado somente na representação popular e passou a conter em si a ideia de democracia participativa. O conceito de soberania foi igualmente ampliado, e a relação entre o Estado e a sociedade começou a se delinear nos moldes da teoria comunicativa do discurso. O debate público, com a participação dos cidadãos, tornou-se o parâmetro essencial da formulação das leis e do exercício das esferas institucionais (DURÃO, 2009, p. 128-132).

---

<sup>3</sup> A distinção entre a estrita legalidade e a validade da norma jurídica resgatou a investigação filosófica sobre a relação entre o direito positivo e a justiça, abrindo o caminho para a perspectiva dogmática da supremacia da Constituição e da concepção substancialista do direito. Nesse aspecto, consultem-se: KELSEN, 1995, p. 148,151,154 e 449-481; DWORKIN, 2006, p. 1-23; STRECK, 2004, p. 518-520, 538 e 571.

<sup>4</sup> No Estado Social, propunha-se o engrandecimento do poder intervencionista do Estado para assegurar a igualdade social. O Estado Democrático de Direito, por sua vez, buscou um ponto de equilíbrio entre o intervencionismo e o respeito às liberdades individuais (XIMENES, 2007 p. 4, 5 e 8).

Mesmo após a predominância da concepção democrática do modelo de Estado de Direito, com forte preocupação voltada para a busca da igualdade social, a garantia dos direitos individuais permanece sendo um dos pilares da sistematização jurídica contemporânea. Inclusive, bastante recorrente no tempo presente é a demanda pelo respeito ao direito das minorias<sup>5</sup>, especialmente em temas de grande divergência moral e política, em relação aos quais se propugna o estabelecimento de uma esfera de liberdade na escolha das convicções pessoais e na definição dos projetos de vida. A conformação dos direitos de personalidade aos pressupostos isonômicos do Estado Democrático de Direito é tema que impõe profunda investigação interpretativa no que concerne à aplicação do ordenamento jurídico aos casos concretos.

A questão resgata o questionamento lançado pela doutrina liberal na defesa da intervenção mínima do Estado nas ações individuais. Stuart Mill conceituou exemplarmente a liberdade pessoal, ao considerá-la um dos elementos do bem-estar. Na opinião do filósofo, já em seu tempo (século XIX) as sociedades democráticas padeciam mais de deficiência do que de excesso de liberdade pessoal (MILL, 2002, p. 46 e 50). Desde então, o direito tenta delimitar qual o grau de controle estatal da conduta individual é necessário para a proteção dos direitos de terceiros.

### **3 A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO AO ABORTO COM FUNDAMENTO NA RAZOABILIDADE DE SUA JUSTIFICAÇÃO MORAL**

O debate sobre o aborto, quando discutido sob o enfoque da justiça, produz, em todas as camadas sociais e grupos políticos, um grau acirrado de divergências valorativas, de maneira a tornar impossível uma decisão unívoca, seja acerca dos direitos da mulher, seja acerca dos interesses da vida nascitura. Como se sabe, a controvérsia divide os participantes da argumentação em dois lados: os absolutamente contrários ao aborto (*pro-life*) e os favoráveis à legalização do aborto a partir de determinadas premissas éticas e jurídicas (*pro-choice*). Observa-se, em regra, uma total ausência de comunicação entre as duas posições, preferindo um lado desconsiderar as razões do outro. Não se desenvolveu, nas instâncias políticas, uma estratégia eficiente para o estabelecimento de um real ambiente discursivo, no qual todos possam contribuir para o alcance de uma regulamentação ponderada da prática do aborto.

Isso ocorre porque, em primeiro lugar, questões de “moralidade política” desembocam no “desacordo” em um nível extremo, bem maior do que aquele

---

<sup>5</sup> Para um estudo mais aprofundado acerca dos limites do critério majoritário enquanto premissa dos valores democráticos, ver DWORKIN, 2006, p. 26 e 34-39; DWORKIN, 2008, p. 130-134.

constatado em “questões empíricas” demonstráveis por meio de evidências experimentais. Em segundo lugar, porque não se vislumbra, na tormentosa polarização entre os direitos reprodutivos da mulher e os interesses da vida pré-natal, a eficácia da concepção de que “o desacordo moral” se resolva, com justiça, “pela força do melhor argumento” (MACMAHON, 2009, p. 18 e 25, nota 16).

Pode-se afirmar que as divergências valorativas acerca do aborto caracterizam um “desacordo moral radical” e irresolúvel. Sob o pressuposto do modelo legislativo, é preciso analisar em que condições é legítima a atribuição de uma convicção moral, adotada pela maioria das pessoas, àquelas pessoas que não concordam com suas razões. Qual o fundamento para que a crença na obrigatoria proteção da vida embrionária desde a concepção seja imposta às mulheres cujas convicções antagonizam com essa crença? Na visão de Tersman, o “desacordo moral radical” “confronta diferentes posições de princípios morais” com teorias filosóficas que os suportam, ou seja, relaciona tais teorias “com dados empíricos sobre diversidade moral”. Não é difícil concluir que as pessoas vão concordar ou não com a moralidade do aborto em conformidade com os “diferentes critérios” que adotam “para avaliar seus argumentos”. O direito ao aborto pode, portanto, ser justificado, assim como qualquer outro julgamento moral controverso, sob a pressuposição de que convicções morais são relativas. Pessoas distintas estão autorizadas a acreditar em “coisas distintas, dependendo dos diferentes pontos de vista epistêmicos, *et cetera*” (TERSMAN, 2006, p. 57-8 e 72-3).

Deve-se lembrar de que somente as convicções razoáveis são dignas de ser aceitas, no mesmo passo em que somente os desacordos morais razoáveis são dignos de ser validados em um sistema normativo. A ideia de justificação de julgamentos morais razoáveis assegura que nem todas as convicções sejam admissíveis simplesmente porque explicadas pelas referências epistêmicas pessoais. Não se trata de legitimar todos os tipos de “preferências valorativas”, mas de ponderar aquelas cuja “validade normativa” pode ser justificada (HABERMAS, 1990, p. 104)<sup>6</sup>. Muitas “preferências valorativas”, por óbvio, são totalmente ilegítimas,

---

<sup>6</sup> Habermas contrapõe “preferências valorativas” a “validade normativa”, entendendo que somente aqueles juízos morais que se sustentam na prática discursiva, justificando-se por meio de um consenso, podem ser considerados juízos válidos, e, enquanto, tais, dotados de normatividade para a regulação das ações humanas. Ocorre que a justificação moral do aborto, tal como investigamos no presente trabalho, não se sedimenta na postulação da aceitabilidade de “preferências valorativas”, calcadas meramente em opiniões descontextualizadas das garantias individuais fundamentais. A contrário, defendemos que essas garantias, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, permitem a admissibilidade moral de determinadas convicções pessoais, que não alcançam um consenso se forem submetidas ao debate coletivo. A rigor, a ideia de que somente o consenso é capaz de conferir legitimidade normativa a pretensões morais

considerando a própria fundamentalidade dos direitos humanos, parâmetro internacional de normatividade moral. Pela ótica da relativização absoluta das convicções, a admissibilidade moral do aborto seria justificável em qualquer que fosse a etapa do desenvolvimento fetal. Até mesmo o infanticídio poderia ser justificado, dependendo das premissas não morais assumidas.

Há quase um consenso no referente à impossibilidade de se extinguir o embate de visões antitéticas acerca do aborto. A questão é até mesmo considerada por muitos como o “paradigma de um desacordo moral”. Há aqueles que pensam que a “deliberação democrática”, em se pautando pela obrigatória obediência aos princípios constitucionais, é apta a construir um acordo de vontades não determinado pelo maior poder político de um grupo ou de outro. Contudo, não se pode negar que no tema do aborto essa situação ideal de discurso deliberativo efetivamente, e infelizmente, não se realiza. Primeiro, porque as pessoas não conseguem conciliar o “relativo peso” que acreditam deva ser conferido a cada um dos princípios abstratos da carta constitucional. Para alguns, o direito à vida nascitura é absoluto desde a concepção, portanto, sempre se sobrepõe aos direitos de liberdade; para outros, aquele direito é tutelável em graus distintos em cada período gestacional. Segundo, porque a maior força política dos grupos que insistem no atrelamento da questão do aborto aos valores religiosos tende a condicionar os resultados da votação no sentido da rejeição dos projetos favoráveis à sua descriminalização com fundamento na liberdade individual de escolha. A rigor, a perspectiva da acomodação dos valores assumidos por cada grupo depende de que ambos façam concessões razoáveis aos argumentos a si contrapostos. Aos “advogados *pro-life*” se impõe que afastem suas “respostas mais extremas” abolidoras, de forma absoluta, da permissão do aborto por escolha da mulher. Aos “advogados *pro-choice*” se impõe que renunciem à defesa de “políticas” que podem, se aplicadas, aumentar “o número de abortos” (WERTHEIMER, 1999, p. 175 e 177).

As pessoas, de um modo geral, apoiam uma posição ou outra, a favor ou contra o aborto, de acordo com suas próprias avaliações morais, e no mais das vezes religiosas. Os que se opõem à legalização do aborto sustentam, primeiro, que “homens e mulheres” “possuem papéis diferentes na vida”, sendo que os primeiros se adequam mais ao “mundo do trabalho”, e as segundas à criação dos filhos e às tarefas domésticas. Defendem a preservação das relações de gênero tradicionais,

---

levaria ao estreitamento das liberdades fundamentais, e o que buscamos é exatamente o oposto, ou seja, analisar até que ponto a tais liberdades, de natureza ideológica, se deve conferir primazia sobre o critério do consenso majoritário.

por isso não concordam que se conceda à mulher o “controle sobre sua fertilidade”. Normalmente, tais pessoas acreditam que a função da sexualidade é essencialmente procriativa, como se a maternidade fosse uma consequência “mandatória” da opção por uma vida sexual ativa. Com essa opinião, são contra não somente o aborto, mas também a contracepção e o sexo antes do casamento. De outro lado, aqueles que são favoráveis ao aborto, por livre escolha da mulher, partem do princípio de que o embrião não se equipara a uma criança, não obstante reconheçam que o embrião, como ser vivo, possui “alguns direitos morais”. São pessoas “pluralistas” no sentido de acreditarem que “um código moral” não pode ser adequado a todos. Além disso, valorizam os direitos individuais, concebendo que “somente os indivíduos”, e não os “governos ou igrejas, podem fundamentalmente tomar decisões éticas”, seguindo sua “própria consciência”. A moralidade, costumam ponderar, se sedimenta na “reconciliação” de diversas “situações e direitos” com base “em princípios morais gerais”, e não com base em “regras morais específicas” ou em qualquer tipo de doutrina religiosa centrada não na razão, mas na crença na existência de um “Ser Divino” (LUKER, 1985, p. 159, 161-2, 164, 182-5 e 188).

“Os ativistas *pro-choice* e *pro-life* vivem em mundos diferentes”, supondo que suas próprias visões a respeito do aborto “são as mais corretas”. A ideia de que os valores do grupo oposto possam prevalecer é recebida por cada um como uma “real desvalorização de suas vidas”, de suas metas, e, para as mulheres cujas crenças ou convicções não são impeditivas do aborto, sua proibição é sentida ainda de maneira mais gravosa, eis que a maternidade não planejada ou desejada destrói suas expectativas de vida, no plano existencial, profissional e financeiro. Essas constatações revelam, curiosamente, que “o tabu”, ou seja, a reprovação moral ao aborto, não está tão conectado à defesa direta da vida nascitura, mas principalmente aos valores religiosos e à concepção daí advinda acerca da sexualidade feminina. Ademais, na parte do argumento do grupo *pro-life* relacionada ao direito à vida, há uma negação do conceito de “vida humana potencial”. Quer dizer, “ou o embrião é uma vida humana ou não é” (LUCKER, 1985, p. 215, 107, 178 e 174).

A perspectiva da acomodação moral do direito ao aborto exige uma argumentação desvinculada da formação social e religiosa de cada grupo. A definição das restrições que sejam aceitáveis à liberdade de escolha reprodutiva da mulher não pode ser fundamentada, no espaço público, em outra instância senão a da razão, norte exclusivo de qualquer teoria moral digna de ser justificada. Em todas as sociedades nas quais o aborto foi legalizado, o primeiro passo consistiu na garantia da laicidade do Estado.

Diante da persistência da divergência entre as duas visões morais que se digladiam entre si no espaço político, a proposta da descriminalização do aborto, ao menos no primeiro trimestre da gestação, por vontade da mulher, é algo que se justifica a partir, dentre outros fundamentos, do próprio conceito de desacordo moral razoável. Dificilmente alguém é capaz de demonstrar, com bases científicas, a não razoabilidade da interrupção da gestação nos estágios iniciais da evolução da vida. O grupo que defende o direito de escolha da mulher, nessas condições, parte de premissas cognitivas aceitáveis, não obstante haja partidários da ideia de que o direito à vida desde a concepção igualmente parta de premissas cognitivas aceitáveis<sup>7</sup>. De toda sorte, considerando o caráter não absoluto do critério majoritário na regulamentação do direito ao aborto, a “acomodação” das ambivalentes opiniões sobre o assunto, no contexto normativo-jurídico, deve ser promovida fora “do debate entre *pro-lifers* e *pro-choicers*”. No que pese a deliberação política ser o *locus* adequado para “rejeitar as pretensões morais” extremistas, ela pode ampliar inconvenientemente o desacordo e os conflitos grupais, quando estão em debate duas posições igualmente reconhecíveis como razoáveis (SHAPIRO, 1999, p. 28-30).

No caso do aborto, há que se pensar, ainda, que sua proibição afeta diretamente a vida das mulheres, muito mais que a vida dos homens, o que cria uma desigualdade de interesses envolvidos no processo de deliberação política. Em outras palavras “aqueles que conseguem facilmente evitar” os ônus das decisões e aqueles que os assumem de forma excessivamente gravosa “não possuem o mesmo tipo de interesse” no resultado da deliberação. Nesses casos, como argumenta Shapiro, “o que é frequentemente necessário não é difundir a deliberação, mas empreender sólidas ações para proteger os vulneráveis” (SHAPIRO, 1999, p. 34).

#### 4 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a Constituição Federal assegura a autonomia individual por meio do direito genérico de liberdade – art. 5º, *caput* e seu inciso II (princípio da legalidade). Quanto às liberdades em espécie, além daquelas expressamente dispostas nos demais incisos desse artigo, seu § 2º garante a proteção de outras espécies que possam ser derivadas dos princípios constitucionais, do regime democrático, e ainda dos tratados internacionais ratificados pelo país.

---

<sup>7</sup> “Alguns cidadãos razoavelmente alegam que o feto é uma pessoa constitucional com direitos que se sobrepõem àqueles da mulher grávida. Outros cidadãos acreditam que o feto é só uma pessoa potencial, e, portanto, não possuem tais direitos constitucionais” (GUTMANN, 1996, p. 60).

O direito genérico de liberdade, no plano individual, possui dois componentes: o direito de escolha e o direito de autodeterminação com base nessa escolha. Em relação ao segundo componente, é preciso responder se o indivíduo tem “condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita” (SILVA, 2009)<sup>8</sup>. O conceito de autodeterminação contém um elemento a mais em relação ao simples conceito subjetivo de liberdade, pois implica na ausência de coações advindas de terceiros ou do Estado impeditivas do livre atuar em conformidade com o querer e com os valores pessoais.

Dentre as liberdades em espécie, destaca-se a prevista no inciso IV, do artigo 5º, da Constituição brasileira – “liberdade de consciência e de crença”, que recebeu até agora pequena parcela de concretização na atividade interpretativa. Certamente uma maior ponderação acerca desse direito deve estar focada não exclusivamente na liberdade de se ter convicções morais pessoais, mas também no caráter objetivo da liberdade genérica, acentuado por José Afonso da Silva<sup>9</sup>. Pode-se dizer que todas as liberdades enumeradas, e as não enumeradas delas deriváveis, possuem uma ligação conceitual com o princípio geral de liberdade<sup>10</sup>.

A liberdade de consciência e de crença, particularmente, não teria significado algum se não importasse na permissão jurídica de atuação individual em conformidade com as convicções pessoais. Trata-se, assim, de um direito de personalidade relacionado à construção da identidade do sujeito individual, ao plano íntimo da formação dos valores, não se admitindo nessa seara uma coação excessivamente onerosa por parte do Estado<sup>11</sup>. No direito brasileiro, a autonomia

---

<sup>8</sup> O autor chama essa concepção de “liberdade externa”, em contraposição à “liberdade interna”, que seria a “liberdade psicológica ou moral” (SILVA, 2009, p. 68).

<sup>9</sup> “Já deixamos claro que ao direito positivo interessa cuidar apenas da *liberdade objetiva* (liberdade de fazer, de atuar)” (SILVA, 2009, p. 70).

<sup>10</sup> Sobre o conceito de “direitos de liberdades”, consulte-se a tipologia apresentada por Ferrajoli, segundo a qual esses direitos são classificados na qualidade de direitos de personalidade primários. Não se utilizará nesse ensaio a distinção feita pelo autor entre “direitos de liberdade” e “direitos de autonomia”. Para Ferrajoli, os direitos de autonomia são de ordem secundária, e dizem respeito à liberdade de negociação na disposição privada de bens patrimoniais (SILVA, 2009, p. 294-5; 301-2). Partir-se-á, na consideração desses conceitos, da perspectiva kantiana de liberdade como autonomia da vontade, concebendo-se juridicamente o direito geral de liberdade no sentido de autodeterminação individual.

<sup>11</sup> A doutrina faz referência a um “direito de personalidade em geral”. Ver, a esse respeito, PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 113; e CANOTILHO, 1999, chegando este a afirmar que “cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa” (p. 372). Dworkin concebe a mesma ideia, vinculando-a expressamente ao princípio da dignidade enquanto uma “dignidade humana individual” (DWORKIN, 2009, p. 233) ou, ainda, no sentido de uma “independência ética”, que, nas suas palavras, é violada por “algumas leis coercitivas” (DWORKIN, 2011, p. 368).

da vontade, assim entendida, encontra limites no princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, inciso II).

Por outro lado, considerando o sentido ampliado do conceito de lei, próprio do Estado Democrático de Direito, sua validade não se resume ao direito positivado pelo legislador, alcançando também as decisões judiciais e administrativas na medida de sua compatibilidade com a Constituição (TORRES, 2012, p. 1 e 11). Grosso modo, os princípios da legalidade e da liberdade (autonomia) se autocomplementam, em uma constante interação hermenêutica entre princípios e regras, o que se tornou a característica fundamental dos sistemas contemporâneos de justiça. Em outras palavras, a concretização dos direitos individuais se subordina ao princípio da legalidade, e, ao mesmo tempo, este se subordina “ao respeito dos direitos subjetivos constitucionalmente definidos” (ZOLO, 2006, p. 47).

Devido à primazia conferida às liberdades individuais pela constituição brasileira, a doutrina das concepções negativa e positiva dos direitos subjetivos adquire acentuada importância. No contexto do Estado de Direito, a proteção dos direitos individuais fundamentava-se, inicialmente, na sua concepção negativa, ou seja, na perspectiva da proibição de interferências do Estado no efetivo gozo desses direitos. Posteriormente, formulou-se a segunda concepção, a positiva, segundo a qual ao Estado incumbia também a promoção desses direitos, a consecução de condutas positivas para a sua garantia (MENDES, 2009, p. 3-8).

O Estado tem, assim, “o dever constitucional de legislar”, derivando desse dever as garantias institucionais “do *habeas-corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas-data*”, para combater ação ou omissão do poder público que possam implicar em lesão aos direitos individuais. No mesmo passo, as restrições estabelecidas pelo legislador aos direitos de liberdade não podem ultrapassar as reservas legais autorizadas pela Constituição (MENDES, 2009, p. 5 e 33-40), e, no limite destas, não podem desatender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A cláusula do devido processo legal (*due process of law*) – art. 5º, LIV (CF) – é garantia essencial no controle do conteúdo das leis que contenham disposição de caráter “arbitrário” ou “opressivo”<sup>12</sup>. Aqui entram todas as categorias jurídicas da doutrina dos direitos fundamentais<sup>13</sup>, a serem sopesadas para a delimitação do conteúdo jurídico das liberdades individuais.

---

<sup>12</sup> Mendes menciona a dimensão “material” (*substantive due process of law*) da mencionada cláusula, que protege as liberdades individuais contra o “abuso de poder legislativo” (MENDES, 2009, p. 65-66).

<sup>13</sup> Sobre o tema, ver, dentre outros autores, ALEXY, 2011, p. 276-301; CANOTILHO, 1999, p. 422-432; e CARA, 1994, p. 28- 38. No Brasil, MENDES, 2009, p. 41-106; e SARLET, 2007, p. 80-89.

Na aplicação do direito, e em especial no controle de constitucionalidade dos atos normativos, a densificação do direito de escolha e autodeterminação individual potencialmente pode entrar em colisão com outros direitos ou valores constitucionais. A “técnica” da ponderação, no sentido formulado por Alexy, representa “grande ferramenta hermenêutica” em casos de colisão de direitos, e coloca “no mesmo plano” o Estado e o cidadão, em “uma distribuição otimizada de liberdade”. De acordo com os elementos empíricos do caso concreto, as restrições à liberdade de autodeterminação individual, assim como a qualquer liberdade civil, são legítimas até o ponto em que não sejam excessivamente gravosas e que se mostrem aptas “a garantir o interesse contraposto” (TORRES, 2012, p. 86-8 e 90).

## 5 O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL

A autonomia da vontade, como se viu, é a premissa racional do princípio da autodeterminação individual. A aplicabilidade desse princípio às escolhas da mulher em matéria de planejamento reprodutivo foi construída a partir de plataforma de ações, em regra, elaboradas em tratados internacionais e ratificadas pelo Brasil<sup>14</sup>. A “autonomia reprodutiva” é também objeto de importantes decisões provenientes da “jurisprudência internacional”<sup>15</sup>, as quais promoveram uma extensão das hipóteses de liberalização do aborto em determinados países.

Do ponto de vista do sistema jurídico brasileiro, é importante analisar o âmbito de proteção do direito ao aborto na qualidade de um direito reprodutivo da mulher a partir dos dispositivos do Código Penal que criminalizam sua prática. Sabe-se que a legislação pátria estabeleceu somente duas hipóteses de não punibilidade do aborto: para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro (CP, art. 128). Uma investigação historiográfica mais aprofundada acerca dos fundamentos morais e jurídicos justificadores dessas exceções pode apontar um novo caminho reflexivo para que se compreenda a necessidade de reformulação

---

<sup>14</sup> Destaquem-se a *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW/1979) e suas Recomendações; a *Conferência Mundial da ONU sobre População e Desenvolvimento* (Cairo/1994); a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (Convenção de Belém do Pará/1994); e a Conferência Internacional sobre a Mulher (Beijing/1995).

<sup>15</sup> Dentre elas, o caso *K. L. v. Peru*, apreciado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (2003), que considerou como violação de direitos humanos e tortura a não autorização do acesso de K. L. ao aborto de feto anencéfalo; o caso *Tysiac v. Poland*, apreciado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (2007), que considerou também como violação dos direitos de Tysiac a não autorização do aborto sabendo-se que a gestação lhe traria problemas graves em sua visão; e a decisão da Corte Suprema da Colômbia (2006), que admitiu o aborto em casos de estupro, incesto, grave malformação fetal e risco à vida ou à saúde da mulher (Cf. BUGLIONE; CAMPOS, 2010, p. 193-4).

do conteúdo da norma em questão. Além disso, a abertura interpretativa para a consideração de outras hipóteses descriminalizantes é imperativa em face dos dispositivos constitucionais e dos graves fatos sociais relativos às consequências do aborto clandestino<sup>16</sup>.

Todavia, a legalização da decisão da mulher de interromper uma gestação indesejada, por razões socioeconômicas ou simplesmente com base do direito ao planejamento reprodutivo, é tema controverso e de difícil maturação na esfera democrática do Poder Legislativo. O PL 1135/91, que propôs a descriminalização do aborto, em determinadas circunstâncias, foi apreciado em julho de 2008, tendo sido rejeitado por maioria com fundamento na inviolabilidade do direito à vida<sup>17</sup>. Por outro lado, o PL 478/2007, denominado “Estatuto do Nascituro”, que elimina as atuais excludentes de ilicitude do aborto, conferindo absoluta proteção aos direitos da vida pré-natal, foi aprovado em 2010 pela “Comissão de Seguridade Social e Família”, e ainda passará por outras comissões no plenário da Câmara (MATOS, 2010, p. 39-40, nota 19)<sup>18</sup>.

Maior expectativa gira em torno do anteprojeto de reforma do Código Penal (PLS n° 236/2012), em discussão por uma comissão de juristas, que contém grandes avanços na proposta de alteração do art. 128 Código Penal. Segundo o anteprojeto, esse artigo passa a ter a seguinte redação:

*Não há crime de aborto se: I – houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos. IV – por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade<sup>19</sup>.*

---

<sup>16</sup> A respeito dos riscos à saúde da mulher decorrentes da prática do aborto ilegal, ver MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Aborto e Saúde Pública no Brasil – 20 anos*, 2009, p. 31-40; UNB/ANIS, *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Brasília, 2010; e IPAS BRASIL/GRUPO CURUMIM, *Dossiês Sobre a Realidade do Aborto Inseguro no Brasil*, 2010.

<sup>17</sup> Esse projeto foi votado em um momento de forte influência da doutrina da Igreja Católica nas questões políticas, logo após o governo ter assinado o Acordo Brasil-Vaticano, que consolidou o ensino religioso nas escolas e a prestação de “assistência espiritual nos estabelecimentos de saúde” (JORNADAS BRASILEIRAS, 2011, p. 13).

<sup>18</sup> Segundo Buglione e Campos (2010, p. 178-179), a grande maioria dos projetos atualmente em trâmite visa “retroceder os direitos já conquistados pelas mulheres, prevendo, por exemplo, o agravamento da pena e a transformação do aborto em crime hediondo”.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html>>. Acesso em: 9 out. 2012.

Recentemente, o Conselho Federal de Medicina firmou posição favorável à liberação do aborto até 12 (doze) semanas de gestação, com fundamento no direito de escolha da mulher, independentemente da apresentação de laudos médicos ou psicológicos<sup>20</sup>. Os Conselheiros explicaram que a delimitação do prazo de 12 semanas de gestação, para que se respeite a autonomia da vontade da gestante, se deve ao fato de que o aborto após esse período pode implicar em maiores riscos à mulher, e também porque somente a partir daí se forma o “sistema nervoso central” do feto. Essa posição reforça os argumentos que defendem uma ressignificação dos limites da coerção legítima do Estado sobre a liberdade de escolha, na esfera da autonomia reprodutiva da mulher. Nesse enfoque deve estar centrada a análise do direito ao aborto de feto compatível com a vida.

O pronunciamento do CFM, inclusive, confere maior proteção à liberdade individual, pois, ao não estabelecer exigência de atestado médico declarando a condição subjetiva da mulher, o Conselho representativo da classe médica firmou entendimento importante acerca da necessidade de se ponderar a inadequação da proteção absoluta dos interesses do feto desde a concepção. No primeiro trimestre da gestação, a capacidade decisória, em relação à interrupção da gravidez, deve ser totalmente determinada pelos valores éticos individuais da mulher e por sua personalidade moral. É verdade que a manifestação dos Conselheiros chamou a atenção para o problema do aborto clandestino, sob o enfoque da saúde pública, mas o parâmetro fundamental para a recomendação a favor da sua legalização foi o respeito à vontade da mulher. A partir desse marco, os Conselhos Regionais de Medicina terão oportunidade de também discutir a questão, aprimorando os estudos médicos sobre os direitos da mulher. Igualmente, os congressistas levarão em conta novos argumentos, acerca do aborto, no debate sobre a Reforma do Código Penal.

A atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetros normativos para se restringir os direitos atribuídos à vida pré-natal, quando estes conflitam com outros direitos de igual ou maior proteção jurídica. Mencione-se, inicialmente, a decisão proferida no julgamento da ADIN 3510, na qual o STF declarou constitucional o art. 5º da Lei 11.105/05, no concernente à autorização para o uso de embriões nas pesquisas com células-tronco, nas hipóteses ali previstas. O Min. Ayres Brito, como relator, considerou que a Constituição é silente em relação à definição do início da vida, não se tratando de uma questão

---

<sup>20</sup> Posição adotada pela entidade no “I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina”, realizado em março/2013, em Belém. Decidiu-se pelo envio de um parecer à Comissão do Senado, que analisa a Reforma do Código Penal (PL 236/2012), contendo recomendação pela aprovação do projeto, na parte que concerne à descriminalização do aborto (veja, nesse sentido, matéria lançada em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia>>, Acesso em: 21 mar. 2013).

jurídica. Enfatiza que as garantias individuais se destinam ao “indivíduo-pessoa”. Observa-se que essa interpretação põe em evidência o direito à liberdade de concepção religiosa a respeito do valor da vida humana.

O exemplo mais recente de restrição dos direitos conferidos à vida intrauterina decorre da decisão proferida na ADPF54, que considerou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo configura conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. Essa decisão proporcionou o mais significativo progresso em matéria de concretização das liberdades individuais no cenário da jurisdição constitucional brasileira. Na seara dos direitos reprodutivos da mulher, o precedente firmado no julgamento da arguição aproxima-se um pouco mais das premissas adotadas pelas Cortes Constitucionais dos mais diversos países democráticos, que vêm procurando elucidar o âmbito de proteção do direito à livre escolha reprodutiva da forma mais consentânea possível com o estágio atual da ciência médica e com as novas demandas femininas apresentadas no cenário político-social.

As decisões acima analisadas (ADIIn3510 e ADPF 54) sedimentaram o entendimento de que a relativização dos direitos da vida pré-natal deve ser objeto de ponderação com fundamento nos preceitos constitucionais. A partir daí, é necessário que se proceda a uma reelaboração da argumentação jurídica acerca do aborto ético e/ou humanitário, cuja única hipótese positivada no código penal brasileiro é a da gravidez resultante de estupro. No caso do estupro, o objeto de proteção é a saúde mental da mulher. Com fundamento nesse mesmo direito subjetivo o Supremo Tribunal, por meio de interpretação conforme a Constituição, excluiu a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos reprodutivos da mulher devem ser delimitados, dentre outros critérios de avaliação, também à luz do conceito atual de saúde mental, em um processo de atualização do arcabouço normativo.

O Ministério da Saúde igualmente vem recepcionando o princípio da autonomia reprodutiva com a formulação de políticas públicas voltadas para a perspectiva da igualdade de gênero. A título de exemplo, mencione-se o programa “Rede Cegonha”<sup>21</sup>, lançado em março de 2011 com o objetivo de reduzir o índice de mortalidade materna.

A Rede Cegonha ampliou o acesso à contracepção e a assistência às mulheres vítimas de violência sexual. Contudo, o programa foi projetado com foco exclusivo na relação materno-infantil, sendo objeto de críticas porque não inclui

<sup>21</sup> Disponível para consulta em <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

em suas metas o debate sobre o aborto inseguro. Segundo a médica e integrante da Comissão de Cidadania e Reprodução (CCR) e do Conselho Consultivo da Rede de Saúde das Mulheres Latino-Americanas e do Caribe (RSMLAC), Fátima Oliveira, o projeto (Rede Cegonha) não está de acordo com o compromisso assumido pelo Ministério da Saúde em 2004 no sentido da priorização do atendimento à saúde integral da mulher. Nessa ótica, impõe-se uma ampliação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, de maneira a assegurar a assistência médica não somente àquelas que optam pela maternidade, mas também àquelas que recorrem ao aborto clandestino. No mesmo sentido, Telia Negrão, secretária-executiva da Rede Feminista de Saúde, manifestou a preocupação de sua organização com “o viés materno-infantil” do novo programa de assistência à saúde da mulher, que, no seu entendimento, pode causar “um desmanche da política de saúde integral”, por estar voltado especificamente “para um dos eventos da trajetória de vida das mulheres”<sup>22</sup>.

O Ministério da Saúde está atento a esses questionamentos, e vem desenvolvendo novas políticas na linha da redução de danos à saúde da mulher<sup>23</sup>. Não há dúvida de que o serviço de saúde de atendimento ao aborto passa por uma fase de intensa reformulação, com o intuito de enfrentar o problema da mortalidade materna decorrente do aborto ilegal.

As mudanças operadas no direito brasileiro, especialmente decorrentes da atuação judicial e administrativa, encontram legitimidade nos princípios éticos incorporadas nas normas constitucionais. A criminalização da prática do aborto, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), demanda um procedimento de justificação moral que seja compatível com o princípio do pluralismo político (CF, art. 1º, V) e com o princípio da “promoção do bem de todos”, vedada qualquer espécie de discriminação (CF, art. 3º, IV).

O progresso na tratativa do tema do aborto no Brasil ainda é insatisfatório, encontrando pequeno grau de acolhimento a demanda pela efetivação do direito de autodeterminação nas escolhas reprodutivas. O direito à privacidade em matéria de procriação tem por alicerce doutrinário o conceito de liberdade moral

---

<sup>22</sup> Para um melhor aprofundamento dessa discussão, consulte-se matéria lançada em 06/05/11 no site: <<http://envolverde.com.br/saude/politicas-publicas/rede-cegonha-saude-feminina-se-reduz-a-maternidade-e-ao-aborto-seguro/>>. Acesso em: 28 maio 2012.

<sup>23</sup> Conforme matéria publicada no jornal Folha de São Paulo do dia 06/06/12, C5, uma nova medida encontra-se em fase de discussão, destinada ao acolhimento da mulher que se decide a fazer o aborto clandestino. Estuda-se uma forma de o sistema de saúde orientar essa mulher a respeito dos riscos e dos métodos abortivos disponíveis. Nos termos concebidos pelo programa, os médicos podem, inclusive, indicar qual o método abortivo é mais seguro, como, por exemplo, o uso do Cytotec (cuja venda é restrita).

individual, que, por sua vez, se insere nos direitos da personalidade, incorporados no Código Civil/2002 em capítulo próprio (artigos 11 a 21).

A luta contemporânea das mulheres pelo reconhecimento do direito ao aborto é um seguimento evolutivo das reformas legais já realizadas, que resgataram sua condição de sujeito de direitos e promoveram sua integração no mundo político e na vida pública. Entretanto, resta um longo caminho a ser percorrido no que concerne ao direito das mulheres de definirem subjetivamente “o que não é possível de ser acordado publicamente”. Por isso, a proibição do aborto, fundada em concepções morais particulares, não “se sustenta frente ao novo estatuto constitucional brasileiro” (BUGLIONE; CAMPOS, 2010, p. 179 e 182). Tomando-se como premissa que a autodeterminação reprodutiva da mulher impede o acolhimento normativo do caráter absoluto da vida pré-natal, a legalização do aborto na ordem constitucional brasileira, independentemente de um consenso coletivo a respeito do assunto, é uma questão de razoabilidade. Em suma, a opção pelo aborto, em período inicial da gestação pode ser afirmada como um ato legítimo de exercício das liberdades fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

A discussão acerca da legalização do aborto está centrada nos postulados teóricos do Estado Democrático de Direito. No plano jurídico, as diversas acepções de liberdade construídas pela doutrina constitucional são categorias referenciais para a delimitação da ação legítima do poder público e da sociedade no controle da conduta do cidadão no tocante às suas escolhas existenciais, entre as quais se inclui a decisão de procriar. A dogmática dos direitos fundamentais e os critérios hermenêuticos de interpretação das normas legais indicam parâmetros seguros para a não imposição de restrições excessivas e desarrazoadas ao exercício do direito individual de definição de projetos de vida, em especial, no âmbito do planejamento reprodutivo.

A concretização dos princípios constitucionais abstratos da liberdade e da igualdade deve seguir o critério do sopesamento dos interesses envolvidos, na medida em que se antagonizam entre si. Na hipótese do aborto, os interesses a serem sopesados são os da mulher, enquanto sujeito de direitos, portanto, dotado de capacidade de autodeterminação, e os do nascituro, enquanto uma vida em potencial com expectativas de nascimento com vida. Como se viu acima, o desacordo moral que se apresenta na discussão do aborto é extremo, e não há perspectiva de que seja resolvido nos contornos da prática deliberativa sem

violação às liberdades fundamentais. Além disso, o estabelecimento de juízos de ponderação para a conformação da autodeterminação reprodutiva aos preceitos constitucionais exige que se observe o princípio da laicidade.

O direito individual à definição dos projetos reprodutivos contém em si a liberdade de decisão no que concerne ao prosseguimento de uma gestação indesejada, em conformidade com as restrições que se mostrarem racionalmente justificáveis, sob a ótica da literatura médica, para a proteção dos direitos do nascituro. A concepção do valor da vida embrionária, em seus estágios iniciais, até os limites a serem firmados pela comunidade interdisciplinar de intérpretes, deve ser formada por cada pessoa a partir de suas convicções e crenças individuais. Afinal, a liberdade de consciência e crença está expressamente enumerada na Constituição Federal como um princípio de liberdade inalienável a ser assegurado a todo indivíduo.

A rigor, o direito ao aborto é um corolário racional da liberdade de consciência e crença, e pode ser postulado enquanto uma liberdade fundamental não enumerada. Do ponto de vista da concepção objetiva das liberdades individuais, acentuada por José Afonso da Silva, como mencionado nesse trabalho, de nada vale a simples garantia da liberdade de consciência e crença, sem que se estenda essa mesma garantia ao direito de atuar, de viver, de definir projetos de vida, a partir das convicções pessoais.

Através da atuação do Poder Executivo, e dos dados fornecidos por pesquisas realizadas por órgãos administrativos ou entidades não governamentais, a sociedade brasileira passou a ter um contato efetivo com a realidade da mortalidade materna no Brasil decorrente da prática do aborto clandestino. Os resultados empíricos dos estudos demonstram que a criminalização do aborto não alcança o fim pretendido pela norma penal, por não se mostrar eficaz na coibição de sua prática.

No plano da aplicação das normas jurídicas sempre se está diante do antagonismo entre um direito individual e um direito de terceiro ou um interesse social. Com base nessa compreensão, o prosseguimento do debate em torno da legalização do aborto exige que se tenha em mente qual a natureza do outro cujos interesses entram em colisão com a liberdade reprodutiva da mulher. Seguindo os passos das razões apresentadas nos autos da ADPF 54, seja nas manifestações dos participantes das audiências públicas, seja nos votos dos julgadores, é necessário que se reflita sobre os fundamentos que orientam as posições pró e contra o aborto. Se essas posições não são formuladas a partir de argumentos racionais e jurídicos, mas antes a partir de concepções ideológicas, morais ou religiosas específicas, então não são dotadas de validade sob a perspectiva da interpretação do direito.

O discurso jurídico acerca do tema deve centrar-se no propósito de rever o Código Penal, na parte relativa à criminalização do aborto, à luz do modelo do Estado Democrático de Direito, do pluralismo moral e da supremacia da Constituição.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BUGLIONE, Samantha; CAMPOS Carmen Hein. Porque a criminalização do aborto voluntário é inconstitucional. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org.). *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177-199.
- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARA, J. C. Gavara. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Unesco, Letras Livres, 2010.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar, 1º volume.
- DINIZ, Débora; DAMASCENO, Ana Paula. *Série Anis: Mulheres, mídia e aborto*. Série Anis 20, Brasília, Letras Livres, 1-8, maio, 2001, Versão PDF, p. 2-4. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20\(dinizdamasceno\)mídiaaborto.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20(dinizdamasceno)mídiaaborto.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2013.
- DURÃO, Aylton Barbieri. *Habermas: Os fundamentos do Estado Democrático de Direito*, inTrans/Form/Ação, São Paulo, 32(1): 119-137, 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/viewFile/998/899>. Acesso em: 5 nov. 2012.
- DWORKIN, R. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Is democracy possible here?* Third printing. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. In: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, L. Ferrajoli, 3. ed., pp. 287-381. Madri: Editorial Trotta, 2007.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Moral consciousness and communicative action*. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1990.
- HAMILTON, Alexander; JAY John; MADISON James. *The Federalist*, The Gideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- IPAS BRASIL/GRUPO CURUMIM/CFEMEA, em parceria com organizações locais como IMAIS-BA/CUNHÃ COLETIVO FEMINISTA./AMB RIO/ REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiês Sobre a Realidade do Aborto Inseguro no Brasil*, 2010. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/pesquisas.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

JORNADAS BRASILEIRAS PELO DIREITO AO ABORTO LEGAL E SEGURO. *Aborto: Guia para profissionais de comunicação*. Paula Viana (Coord.); Ângela Freitas (Redação). Colaboração Beatriz Galli et al. Recife: Grupo Curumim, 2011, 70 p. CDU: 173.4 (817.1).

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LUKER, Kristin. *Abortion and the politics of motherhood*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1985

MACMAHON, Christopher. *Reasonable disagreement: a theory of political morality*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009.

MATOS, Murílio Castro de. *A Criminalização do aborto em questão*. Coimbra: Almedina, 2010.

MEDEIROS, Patrícia Flores; GUARESCHI, Neuza M. de F. Políticas públicas de saúde da mulher: a integralidade em questão. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 17(1): 296, janeiro-abril/2009, pp. 42-48.

MEDEIROS, Patrícia Flores; GUARESCHI, Neuza; NARDINI, Milena; WILHELMS, Daniela M. O aborto e as políticas de atenção integral à saúde da mulher. *Pesquisa e Práticas Psicossociais*, 2 (1), São João Del Rey, março/agosto 2007, pp. 18-23.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILL, Stuart. *On Liberty*. Mineola/New York: Dover, 2002.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aborto e Saúde Pública no Brasil: 20 anos*. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. Brasília: Série B – Textos Básicos de Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes*. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de ações Programáticas Estratégicas. Brasília, 2004. Série C. Projetos, Programas e Relatórios.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, Coleção Manuais. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

SARLET, Wolfgang Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*, 2012. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/contentemente/uplotes/2012/09/Legalização-do-Aborto-versão-final.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

SHAPIRO, Ian. Enough of Deliberation: politics is about interests and power. In: MACEDO, Stephen. *Deliberative Politics*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TERSMAN, Folke. *Moral disagreement*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006.

TORRES, Sílvia Faber. *A flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

UNB/ANIS/MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2012.

WERTHEIMER, Alan. Internal disagreements: deliberation and abortion. In: MACEDO, Stephen. *Deliberative politics: essays on democracy and disagreement*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 170-183.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*. 2007. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivologico/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf>>.

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (Org). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Libertad, propiedad e igualdad en la Teoria de los Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed., pp. 75-104. Madri: Trotta, 2007.

*Recebido: 23/04/2013*

*Aprovado: 21/11/2013*