

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE

UNIDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

TIAGO MAFRA LIMA

O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA NA SUPREMA CORTE CANADENSE DE 1988

CRICIÚMA

2013

TIAGO MAFRA LIMA

O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA NA SUPREMA CORTE CANADENSE DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Lena Marchiori Neto

CRICIÚMA

2013

TIAGO MAFRA LIMA

O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA NA SUPREMA CORTE CANADENSE DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direitos Humanos.

Criciúma, 22 de Maio de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Daniel Lena Marchiori Neto – Dr. - (UNESC) - Orientador

Prof. Fernando Nagib Marcos Coelho – MSc. - (UNESC)

Prof^ª. Giovana Ilka Jacinto Salvaro – Dra. - (UNESC)

**“Uma sociedade que não valoriza a Liberdade
não pode ser mantida livre por um tribunal.”**

Learned Hand

RESUMO

O juízo de que aborto é um direito incondicional da mulher, encontra controvérsias devido ao tratamento moral dado a esse tema. Esse trabalho visa demonstrar que o direito ao aborto é um direito da mulher por ser uma extensão de seu direito de liberdade. É um direito negativo de primeira geração de direitos humanos. Para comprovar esta hipótese, utilizou-se como parâmetro a análise da decisão do caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha na Suprema Corte canadense de 1988. A avaliação da abrangência do direito de liberdade demonstra que a mulher, por sua condição especial, exerce o seu direito de liberdade mediante ao aborto de gravidez indesejada. A vida intrauterina não pode ser um impedimento para o exercício do direito da mulher, por tratar-se de uma expectativa de vida e não uma vida como a das pessoas já nascidas. Expectativa de vida, porque a decisão de quando a vida inicia, é uma decisão política, não reconhecendo a priori qualquer valor moral ou concepção de vida como verdadeira. Portanto, tratando-se de uma decisão política, não há nenhuma razão imperativa que possa, razoavelmente, colocar uma expectativa de vida acima de uma liberdade necessária para a realização de uma vida plena. Sendo assim, o direito ao aborto garante à mulher o direito de usufruir do próprio corpo da maneira que desejar em função de resguardar a liberdade individual.

Palavras-chave: Aborto. Direito de liberdade. Liberalismo. Direito reprodutivo. Direito sexual.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ DE 1988.....	9
2.1 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO ATÉ SUA CHEGADA A SUPREMA CORTE.....	10
2.2 O JULGAMENTO DO CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA.....	12
2.2.1 Voto de Brian Dickson Chefe de Justiça e Antonio Lemer.....	12
2.2.2 Voto de Jean Beetz e Willard Estey.....	13
2.2.3 Voto de Bertha Wilson.....	14
2.2.4 Voto de William McIntyree Gérard La Forest.....	15
3 OS DIREITOS DE LIBERDADE.....	18
3.1 AS LIBERDADES PÚBLICAS E OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO.....	18
3.2 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS DE LIBERDADES.....	26
4 O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO DE LIBERDADE.....	33
4.1 O CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA E O DIREITO AO ABORTO.....	33
4.2 POR QUE O DIREITO AO ABORTO NÃO VIOLA O DIREITO À VIDA?.....	36
4.3 A QUESTÃO MORAL DO ABORTO NO BRASIL.....	42
5 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

1. INTRODUÇÃO

Existem muitas críticas envolvendo a criminalização do aborto. Muito embora não reflitam o pensamento da maioria da sociedade, tais críticas indicam que o aborto é tido pela sociedade como uma prática injusta com o feto. Em outras palavras, a criminalização do aborto é um mecanismo de limitação do direito de liberdade da mulher. Esse tipo de crítica vem sendo acolhida em alguns países por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis que criminalizavam o aborto.

Nesse sentido, surgem os seguintes problemas que serão debatidos nessa monografia: (a) a existência do reconhecimento por alguns tribunais da positivação do direito ao aborto nas constituições; (b) o alcance do direito de liberdade das mulheres; (c) a concepção de liberdade, direito humano de primeira geração, comporta o reconhecimento do aborto como um direito de liberdade universalmente reconhecido.

O objetivo dessa monografia é reconhecer o direito ao aborto como um direito fundamental. Para isso, será analisada a decisão de um importante tribunal, da qual se tentará extrair argumentos que demonstrem existir o direito ao aborto. Verificar-se-á também, se o conceito de liberdade abrange tal concepção, bem como, será analisado se o direito ao aborto pode ser atendido pela concepção de liberdade criada nos direitos de primeira geração.

A monografia foi dividida em três partes. A primeira parte tratará de expor a decisão do caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha na Suprema Corte canadense de 1988. A segunda parte tratará do arcabouço teórico do direito de liberdade como um direito humano de primeira geração. Constituirá ainda nesta parte, uma análise da abrangência desse direito, seus limites e seus desdobramentos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A terceira parte buscará extrair da decisão do caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha na Suprema Corte canadense de 1988 e do arcabouço teórico do direito de liberdade, argumentos para a construção de uma resposta para pergunta principal dessa monografia. Buscar-se-á ainda estabelecer, se o direito à vida pode ser oponível à liberdade da mulher, e tentar-se-á demonstrar as razões que impedem o aborto de ser aceito incondicionalmente no Brasil.

Por último, será feita uma conclusão apresentando os resultados obtidos com esse estudo.

2. O CASO MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ DE 1988

No ano de 1988 chegou à Suprema Corte canadense¹ em forma de recurso, ação movida pelos médicos Henry Morgentaler, Leslie Frank Smoling e Robert Scott, em face da seção 251 do Código Penal do Canadá que condenava o aborto, exceto quando a vida ou a saúde da mulher, devidamente comprovada pela comissão de aborto terapêutico, estivesse em perigo.

Os três recorrentes foram acusados de realizar aborto em mulheres que não haviam recebido autorização da comissão de aborto terapêutico. O julgamento dos médicos começou no Tribunal do Júri, o qual absolveu os três. No entanto, o Estado canadense recorreu da decisão que mais tarde foi submetida à Suprema Corte.

Levantados os recursos, foram examinadas pela Suprema Corte Canadense as seguintes questões constitucionais: (i) a seção 251 do Código Penal do Canadá viola ou nega os direitos e liberdades garantidos pelas seções 2 “a”, 7, 12, 15, 27 e 28 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; (ii) é a seção 251 do Código Penal justificada pela seção 1ª da Carta Canadense de Direitos e Liberdades; (iii) é a seção 251 do Código Penal ultra vires do parlamento canadense; (iv) a seção 251 viola a 96 da lei constitucional de 1867; (v) a seção 251 ilegalmente delega poder criminal aos ministros provinciais de Saúde ou Aborto terapêutico; (vi) as seções 605 e 610 do Código Penal violam ou negam direitos e liberdades trazidos pela Carta Canadense; (vii) se as seções 605 e 610 violam a Carta Canadense, são justificadas pela seção 1ª da Carta Canadense, e portanto, não são incompatíveis com a Lei Constitucional de 1982.

Para os fins dessa monografia e para o que se pretende, somente será tratada a questão constitucional (i) no que se refere à seção 251² do Código Penal

¹Todas as informações do primeiro capítulo foram retiradas de: r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R. 30 Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Franck Smoling and Dr. Robert Scott. *Appellants.v . Her Majesty The Queen.Respondent.and The Attorney General of Canada. Intervener*.INDEXED AS: R. v. MORGENTALER. File no.: 19.556. 1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28.Disponível em: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/en/decisions/search/index.do?content=morgentaler>.

²251(1) Everyone who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p. 24-25.

Canadense e a seção 7³ da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982, ambas analisadas no julgamento.

O que se busca com esse estudo de caso é o reconhecimento do direito ao aborto como um direito de liberdade da mulher. Como já mencionado, somente será objeto de análise desta monografia a questão constitucional (i), mais especificamente naquilo que trata da criminalização do aborto na seção 251 do Código Penal Canadense e da seção 7 da Constituição do mesmo país, naquilo que se refere ao direito de liberdade. Para isso, neste primeiro capítulo optou-se, como sugere o título deste, pela análise do caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha julgado pela Suprema Corte Canadense em 1988.

Para uma melhor compreensão o capítulo foi dividido em duas partes. A primeira parte faz um breve relato histórico do processo até sua chegada à Suprema Corte Canadense e a segunda parte, faz uma exposição dos principais argumentos utilizados pelos julgadores durante o julgamento. Buscar-se-á com isso, colher argumentos jurídicos dentro de um tribunal para fundamentação da hipótese proposta nessa monografia.

2.1. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO ATÉ SUA CHEGADA À SUPREMA CORTE

Os três médicos, Henry Morgentaler, Leslie Frank Smoling e Robert Scott montaram, na cidade de Toronto, uma clínica abortiva. O objetivo era realizar procedimento abortivo em mulheres que não tinham obtido certificado da comissão de aborto terapêutico ou recebido aprovação, para tal, por um hospital como exigido pela seção 251 “4” do Código Penal Canadense. Os médicos também questionavam, publicamente, os fundamentos da lei do aborto, declarando que a mulher tem um direito irrestrito a escolher se quer ou não realizar o aborto⁴.

³Section 7 Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles fundamental justice. *r. v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, p.28.

⁴ The three appellants are all duly qualified medical practitioners who together set up a clinic in Toronto to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4). The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. *r. v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, p. 28.

Aos médicos foram proferidas acusações de conspirar, entre novembro de 1982 e julho de 1983, com a intenção de realizar aborto, com técnica de sucção induzida. Isto supostamente contrariava as seções, 423 “1” e 251 “1”, do Código Penal Canadense.⁵

Diante das acusações, o advogado dos médicos mudou-se para tentar anular a acusação ou para ficar o processo perante o apelo de que a seção 251 do Código Penal foi *ultra vires* do Parlamento do Canadá, violando as seções 2 “a”, 7 e 12 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. O juiz Parker A.C.J.H.C rejeitou o movimento do advogado e um recurso para Tribunal de Ontário declarou o recurso improcedente. O julgamento começou no Tribunal do Júri, no qual os acusados foram inocentados das acusações, mas o Estado canadense recorreu para o Tribunal de Recursos. Os médicos apresentaram um recurso subordinado. O tribunal de Recursos aceitou o recurso do Estado, anulou a absolvição e ordenou novo julgamento. O Tribunal também considerou que o recurso subordinado, apresentado pelos acusados, relacionava-se a questões já levantadas no recurso proposto pelo Estado, e as questões foram, por conseguinte, analisadas como parte do recurso.⁶

Em 28 de janeiro de 1988 realizou-se o julgamento do caso pela Suprema Corte Canadense. Na decisão considerou-se por cinco votos e dois pela inconstitucionalidade da seção 251, tendo em vista que essa violava a seção 7 da Constituição, uma vez que violava o direito à liberdade da mulher e a segurança da pessoa.

Quanto à segurança da pessoa, que faz parte da decisão, mas que não será aqui aprofundada, pois não é esse o interesse deste estudo, far-se-á um breve esclarecimento. A segurança da pessoa tomou parte nas discussões deste julgamento, pois a lei que criminalizava o aborto reconhecia uma exceção, quando a

⁵ Indictments were preferred against the appellants charging that they conspired with each other between November 1982 and July 1983 with intent to procure the miscarriage of female persons, using an induced suction technique to carry out that intent, contrary to s. 423(1)(d) and s. 251(1) of the *Criminal Code*.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.28.

⁶ Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge, Parker A.C.J.H.C., dismissed the motion, and an appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. The trial proceeded before Parker A.C.J.H.C. and a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal to the Court of Appeal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues were therefore examined as part of the appeal.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p. 29.

vida ou a saúde da mulher estivesse em perigo. No entanto, tal exceção só seria reconhecida se aprovado por uma comissão de aborto terapêutico ou por um hospital credenciado. Essa exigência do Código foi considerada inconstitucional, uma vez que a demora na comprovação da existência de perigo para a mulher, colocava a mesma em risco.

A partir dessa decisão, o crime de aborto, apesar de se manter no Código Penal Canadense, não tem mais aplicabilidade. Após a decisão de 1988, várias tentativas de criar nova legislação referente ao aborto, foram propostas pelo poder executivo canadense, no entanto, até o presente momento todas as tentativas foram derrubadas (CANADA.CA, 2012). Sendo assim, o Canadá se mantém sem leis específicas sobre o aborto.

2.2 O JULGAMENTO DO CASO *MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA*

Como dito anteriormente, a análise desse caso, priorizará a discussão que envolve o direito de liberdade das mulheres, deixando portanto de lado, outras questões levantadas neste julgamento que não são objeto deste estudo, uma vez que envolvem questões do direito canadense, não tendo o caráter universalista que se busca.

A decisão que considerou inconstitucional a criminalização do aborto, como já mencionado, deu-se por cinco votos a dois. Neste primeiro capítulo buscar-se-á somente uma exposição dos votos dos julgadores, sem qualquer análise crítica sobre os argumentos por eles trazidos. Ainda, a critério de esclarecimento, serão utilizados neste estudo os termos *julgadores* ou *julgador* para referir-se a todos aqueles que proferiram voto no caso. Sendo assim, é bom ilustrar, a justiça canadense denomina-os como Chefe de Justiça e Justiças Subalternas. Passar-se-á agora aos votos.

2.2.1 Voto de Brian Dickson Chefe de Justiça e Antonio Lemer

No primeiro momento, os julgadores, voto conjunto, levantam a questão constitucional de que é dever dos tribunais, não estaria esse legislando ou mesmo exercendo função que não lhe cabe, rever a substância da legislação, uma vez que

essa estaria lesando direitos individuais de vida, liberdade e segurança da pessoa. Completando ainda que a violação de tais direitos só seja possível respeitando-se os princípios da justiça fundamental.⁷

Assim, justificada a análise do tribunal, iniciam sua decisão, partindo da tese de que a interferência do Estado, sua atuação sobre a integridade física da pessoa, de que trata a seção 251 do Código Penal, seria claramente um excesso de interferência estatal sobre a integridade física da mulher, além de restringir sua liberdade e autonomia.

Nas palavras dos julgadores:

Forçar uma mulher, por ameaça de sanção penal, para realizar um feto, a menos que ela atenda a determinados critérios alheios às suas próprias prioridades e aspirações, é uma profunda interferência com o corpo de uma mulher [...]. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p35-36 Tradução nossa).⁸

Prosseguem os julgadores. O objeto de pretensão protetiva do Estado, a vida do feto, é sem dúvida um objeto válido de proteção legislativa, no entanto, o meio escolhido para avançar os objetivos legislativos, a criminalização do aborto, não é meio razoável em uma sociedade constituída livre e democráticamente, além restringir sem respeitar o princípio da proporcionalidade à liberdade da mulher.⁹

É portanto, para ambos, a criminalização do aborto, mesmo sendo a vida do feto um objeto válido de proteção, um excesso de intervenção estatal à liberdade da mulher de tomar decisões sobre seu corpo.

2.2.2 Voto de Jean Beetz e Willard Estey

O voto de Beetz acompanhado de Estey, reconheceu que mesmo na legislação que criminaliza o aborto, a proteção da vida do feto, não se sobrepõe à vida da mulher. Existe, e no caso canadense, encontra-se na seção 251 (4), uma

⁷Per Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.5.

⁸ Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus an infringement of security of the person. r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.35-36.

⁹ The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.7.

autorização legal para o aborto quando "a continuação da gravidez de pessoa do sexo feminino seria ou seriam susceptíveis de pôr em perigo a sua vida ou saúde". Ou seja, existe, seja na Constituição, seja nas leis infraconstitucionais prioridade da vida da mulher em relação à vida do feto.¹⁰

Além do reconhecimento à prioridade da mulher frente ao feto, os julgadores ainda argumentam que a evidência da inconstitucionalidade está no seu objeto principal, a proteção do feto. A proteção da vida e da saúde da mulher é um objeto auxiliar. Pois bem, o objeto principal, da criação legislativa, segundo os julgadores, deve se relacionar a questões urgentes e substanciais numa sociedade livre e democrática e retirar da mulher um direito, requer que sejam respeitados limites razoáveis. No entanto, os meios utilizados na lei que criminaliza o aborto, não são nem razoáveis e nem comprovadamente justificáveis¹¹.

É, portanto, reconhecido nesse voto que a liberdade pode, em determinadas circunstâncias ser restringida. Contudo, a restrição não pode se aproximar tanto e sem justificativa, a ponto de restringir decisões que refletem exclusivamente na vida pessoal da mulher.

2.2.3 Voto de Bertha Wilson

A decisão proferida por Wilson foi, sem dúvida, a abordagem que mais diretamente defendeu a liberdade da mulher. A abordagem direciona-se tanto ao reconhecimento desse direito que merece ser reproduzida:

Seção 251 do Código Penal, que limita [...] acesso da mulher ao aborto, viola o seu direito à vida, liberdade e segurança da pessoa, na acepção do s. 7 da Carta de uma forma que não está de acordo com os princípios de justiça fundamental. O direito à "liberdade" contido na s. 7 garante a cada indivíduo um grau de autonomia pessoal sobre as decisões importantes intimamente à sua vida privada. Liberdade em uma sociedade livre e democrática não exige que o Estado aprove tais decisões, mas exige que o

¹⁰ *Per Beetz and Estey JJ.*: Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". *r. v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, p.7-8.

¹¹ The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, the means chosen in s. 251 are not reasonable and demonstrably justified. *r. v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, p.64.

Estado respeite-as. A decisão de uma mulher em terminar sua gravidez cai dentro dessa classe protegida por decisões. É aquela que terá efeitos psicológicos, econômicos e consequências sociais para ela. É uma decisão que profundamente reflete o modo como a mulher pensa sobre si mesma e sua relação com os outros e com a sociedade em geral. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p 11 Tradução nossa).¹²

Uma legislação que proíbe uma mulher de realizar o aborto retira dessa mulher a liberdade de decidir sobre si mesma. O que pretende o julgador com essa afirmação é reconhecer, constitucionalmente, frente ao direito de liberdade, que é a mulher, e não o Estado, quem deve tomar decisões sobre seu corpo.

2.2.4 Voto de William McIntyre Gérard La Forest

Propositalmente, foi deixado o voto dissidente para o final deste primeiro capítulo, para que com isso, possa-se finalizar a primeira etapa deste estudo, expondo, justamente os argumentos que mais à frente, buscar-se-á refutar. Pode-se observar que esse último voto, apresentado em conjunto por McIntyre e La Forest, é o único que vai contra os objetivos desta monografia. No entanto, isso não quer dizer que os argumentos apresentados não contribuíram com os objetivos da mesma, expostos mais à frente.

Para uma melhor compreensão do voto dissidente, pode-se dividi-lo em duas partes. Na primeira, os julgadores buscam descaracterizar o direito ao aborto a partir da inexistência de uma positivação literal de tal direito. Na segunda parte, eles desconstroem qualquer interpretação jurídica que possa levar ao reconhecimento do aborto como um direito.

O voto escrito por McIntyre juntamente com La Forest, desconhece haver, salvo, o próprio, disposto no Código Penal, que permite o aborto quando a vida ou a saúde da mulher está em risco, à existência de um direito ao aborto. Não pode ser encontrado, segundo os julgadores, seja na Carta Canadense de Direitos e

¹²Per Wilson J.: Section 251 of the *Criminal Code*, which limits the pregnant woman's access to abortion, violates her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter* in a way which does not accord with the principles of fundamental justice. The right to "liberty" contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life. Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve such decisions but it does require the state to respect them. A woman's decision to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. It is one that will have profound psychological, economic and social consequences for her. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.11.

Liberdades, seja em qualquer legislação canadense, inclusive nos costume ou tradição qualquer interpretação que leve a tal entendimento. Em suas palavras: “Salvo o disposto no Código Penal que permite o aborto quando a vida ou a saúde da mulher está em risco, não há direito ao aborto que pode ser encontrado na legislação canadense, costume ou tradição e da Carta, incluindo s. 7”(r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p 15 Tradução nossa).¹³

A decisão de ambos é enfática. A seção 7, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, não cria qualquer direito ao aborto. Portanto, a seção 251 do Código Penal não violaria um direito de liberdade.¹⁴

O poder de revisão judicial, segundo os julgadores, não é ilimitado. O magistrado deve limitar-se em analisar valores democráticos expressos claramente na constituição e abster-se de impor ou criar direitos não identificáveis na carta constitucional.¹⁵ É, nas palavras dos julgadores, desprovida de fundamentação a existência de qualquer interpretação que leve a um direito ao aborto:

A proposição de que as mulheres desfrutam de um direito constitucional de ter um aborto é desprovido de apoio tanto na estrutura da linguagem, ou a história do texto constitucional, na tradição constitucional, ou na história, tradições ou filosofias subjacentes da nossa sociedade. Historicamente, sempre houve um claro reconhecimento de um interesse público na proteção dos nascituros e não há nenhuma evidência ou indicação de geral aceitação do conceito de aborto [...] em nossa sociedade. A abordagem interpretativa à Carta adotada por este Tribunal não oferece suporte para o fortalecimento de um direito constitucional ao aborto. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p 15. Tradução nossa).¹⁶

¹³ Per McIntyre and La Forest JJ. (dissenting): Save for the provisions of the *Criminal Code* permitting abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition and the *Charter*, including s. 7, does not create such a right.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.14.

¹⁴ Section 251 of the *Criminal Code* accordingly does not violate s. 7 of the *Charter*.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.14

¹⁵ The power of judicial review of legislation, although given greater scope under the *Charter*, is not unlimited. The courts must confine themselves to such democratic values as are clearly expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating rights with no identifiable base in the *Charter*. The Court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest that the right in question was meant to protect.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.14

¹⁶ The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in either the language, structure or history of the constitutional text, in constitutional tradition, or in the history, traditions or underlying philosophies of our society. Historically, there has always been a clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there is no evidence or indication of general acceptance of the concept of abortion at will in our society. The interpretive approach to the *Charter* adopted by this Court affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.r. v Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, p.14.

Não há, segundo McIntyre e La Forest, como reconhecer um direito ao aborto não expressamente manifestado. Isto significaria uma interpretação extensiva do direito de liberdade, extrapolando o poder de revisão judicial, e encontraria obstáculo na própria sociedade que, segundo ambos, ininterruptamente buscou coibir a prática do aborto. Portanto, é inexistente um direito universal ao aborto.

Buscou-se, neste primeiro capítulo, retirar da Suprema Corte Canadense as bases para o reconhecimento do aborto como um direito alcançado pela liberdade. O próximo capítulo buscará estabelecer melhor como se configura o ideal de liberdade.

3. OS DIREITOS DE LIBERDADE

Far-se-á neste capítulo uma conceituação da concepção do direito de liberdade. Para isso o capítulo foi dividido em duas partes, sendo na primeira, uma demonstração da formulação da ideia de liberdade, dentro da doutrina liberal, conceituação da ideia de liberdade, sua abrangência e seus limites. E na segunda parte, uma demonstração de como os direitos de primeira geração formulados pela doutrina liberal, foram incorporados às constituições modernas mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por último, uma demonstração de como essa Declaração efetivamente afirma os direitos nele garantidos.

3.1 AS LIBERDADES PÚBLICAS E OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

As gerações de direitos humanos, em sua teoria mais tradicional, passaram por três importantes períodos: no primeiro, afirmaram-se os direitos civis e políticos; no segundo, o reconhecimento dos direitos sociais; e no terceiro, os direitos de solidariedade (BOBBIO, 2005).

A primeira geração de direitos como efeito da interação entre governantes e governados, confirma como direitos da pessoa, os direitos do indivíduo face ao poder opressivo do Estado. Representam, dentro da doutrina liberal, pelo meio do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião, a emancipação do poder político do jugo da religião através da liberdade de iniciativa econômica e a emancipação do poder econômico do indivíduo, da apreciação do arbítrio político. São, nesse sentido, direitos humanos de primeira geração, uma vez que se baseiam na demarcação do limite entre o Estado e não-Estado (LAFER, 1988).

Para iniciar a discussão sobre o direito de liberdade¹⁷ optou-se por utilizar Norberto Bobbio como fundamentação teórica. Esta opção vai ao encontro da capacidade deste autor de contextualizar de forma muito clara a temática dos direitos humanos, além de propor uma sistematização clara e didática sobre o assunto.

Ainda a critério de esclarecimento, cabe mencionar que a opção aqui utilizada em iniciar a discussão do direito de liberdade usando como ponto de partida o

¹⁷ As informações sobre o liberalismo foram tiradas de BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005. 102 p.

pressuposto filosófico do Estado liberal, não significa que a discussão da liberdade tenha iniciado com essa doutrina. A opção em utilizar a *liberdade dos modernos* em detrimento da *liberdade dos antigos*, nos termos de Benjamin Constant, é porque a primeira é a que mais se aproxima dos objetivos deste estudo.

Ao iniciar a discussão da liberdade, parte-se, como já dito, do pressuposto filosófico do Estado liberal. No entanto, a noção de Estado liberal é formulada dentro da doutrina dos direitos do homem. E, nesse sentido, para compreender o liberalismo é preciso também entender essa doutrina.

O Estado liberal, entendido aqui como um Estado limitado, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalista). A noção de um direito natural já era, segundo Merquior (1991), encontrada na antiguidade, nas obras de Cícero, na jurisprudência romana e nos padres da Igreja. No entanto, esse resgate das origens do direito natural aqui não se faz necessário.

Segundo a doutrina do direito natural (ou jusnaturalista), todos os homens têm, indiscriminadamente, por natureza e independente de sua própria vontade, certos direitos fundamentais, como direito à vida, liberdade e felicidade. A esses direitos, o Estado ou quem quer que exerça o poder legítimo, deve obediência, devendo não somente respeitar, como proteger contra possíveis invasões.

Nesses termos, atribuir a alguém um direito significa reconhecer que ela tem a faculdade de fazer ou não fazer algo conforme seu anseio. Além disso, tem o poder de resistir contra eventual transgressor, o qual tem em consequência, o dever de se abster de qualquer ato que interfira na faculdade de fazer ou não fazer de outrem.

Dentro desta linha de raciocínio, sendo o *direito* e o *dever* noções pertencentes a uma linguagem prescritiva, presumem a existência de uma norma ou regra. Segundo Bobbio (2005) a doutrina jusnaturalista pressupõe a existência de leis anteriores à vontade do homem. O jusnaturalismo é o pressuposto filosófico do liberalismo, porque serve para fundar limites ao poder. E uma vez que esses limites são dados pelos direitos do homem, liberalismo e jusnaturalismo se complementam.

Ainda dentro da esfera da fundamentação dos direitos, encontra-se a teoria do contrato social. A ideia de que o exercício do poder só é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais recai o exercício, deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem do soberano. Deste modo, o que une a doutrina do direito natural ao contratualismo é a

concepção individualista da sociedade. A concepção individualista significa que em primeiro lugar vem o indivíduo, que tem valor em si mesmo, depois aparece a figura do Estado, não o inverso.

Para citar o famoso art. 2º da Declaração de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “é o objetivo de toda associação política”. Nessa inversão da relação indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. [...] primeiro vêm os direitos, depois os deveres [...](BOBBIO, 2004 p.56).

Assim sendo, a existência do Estado só é possível porque cada indivíduo é detentor de direitos fundamentais. Sendo o Estado liberal, o resultado do reconhecimento desses direitos diante do Estado.

Estabelecida a formação da doutrina liberal, passar-se-á agora a compreender seu principal aspecto. A doutrina liberal é como já mencionado, a doutrina do Estado limitado, ou seja, um Estado com suas funções e poderes reduzidos.

Uma forma mais corrente de representar o Estado liberal vincula-o à ideia de um Estado de direito e mínimo em suas funções. A esta forma pode-se contrapor a antiga forma de Estado, o Estado absoluto. Ou seja, o Estado detentor de poderes ilimitados para manutenção da soberania.

O Estado de direito pode ser entendido como um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais de direito e que deve ser exercido no âmbito das leis. Sendo, desse modo, *o governo das leis sobre o governo dos homens*, ideia já decorrente do período medieval. No entanto, dentro da doutrina liberal, deve-se acrescentar a este Estado, a ideia de constitucionalização dos direitos naturais. Ou seja, a positivação dos direitos do homem. Isso quer dizer que não só haverá uma subordinação do poder público às leis, mas também uma subordinação da própria lei aos limites materiais de alguns direitos fundamentais. Tais direitos, constitucionalmente estabelecidos, são invioláveis.

Desta forma, o Estado de direito do liberalismo, diferentemente do Estado Kelseniano em que todo Estado é Estado de direito, cria mecanismos que impedem ou dificultam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder.

Cria-se, portanto, através das constituições liberais, uma forma de Estado soberano, mas limitado, sendo que o limite deste Estado encontra-se nos direitos naturais positivados nas constituições.

As garantias estabelecidas constitucionalmente pelas doutrinas liberais objetivam defender o indivíduo do abuso do poder através de liberdades. Sendo, portanto, liberdades do indivíduo contra a figura do Estado. Essas liberdades são chamadas de *liberdades negativas*, segundo Bobbio (2005), porque se relacionam à esfera de ações em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo, a fazer ou deixar de fazer algo.

Segundo a tradição liberal, *liberdade* e *poder* são termos antitéticos. À medida que se aumenta o poder de alguém, diminui-se a liberdade de outrem e vice-versa. Dentro deste entendimento, a liberdade já garantida pelas constituições liberais também é protegida quando se limita às tarefas do Estado.

Do ponto de vista do indivíduo, do qual se põe o liberalismo, o Estado é concebido como um mal necessário; enquanto mal, embora necessário (e nisso o liberalismo se distingue do anarquismo), o Estado deve se intrometer o menos possível na esfera de ação dos indivíduos (BOBBIO, 2005 p.21).

Assim, o Estado é mantido. No entanto, a liberdade, dentro do pensamento liberal, deve garantir ao indivíduo uma não intromissão, ou o mínimo possível de intromissão por parte do Estado.

Além de definir o sentido de liberdade no pensamento liberal, é importante identificar o seu processo de formação, uma vez que esse processo diz muito do significado da liberdade. O que se viu até agora, é que o Estado liberal caracteriza-se por um progressivo alargamento das liberdades do indivíduo perante o poder do Estado. Neste alargamento progressivo, ou emancipação individual, as principais conquistas são na esfera religiosa e econômica.

Segundo Merquior (1991), a luta formativa do liberalismo foi a reivindicação dos direitos religiosos, políticos e econômicos. Mas a importância da luta pelos direitos religiosos alimentou as ideias de direitos individuais gerais. Bobbio, em *A Era dos Direitos*, destaca a importância da formação do individualismo e a guerra de religião como fonte do direito de liberdade:

A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do benefício do soberano

(entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa). (BOBBIO, 2004 p.4)

O Estado liberal e o direito de liberdade surgem, com o fim do Estado confessional e com a formação de um Estado neutro quanto às crenças religiosas de seus cidadãos. Nesse sentido, sem que o direito à vida e à propriedade privada percam importância, a liberdade religiosa ou liberdade de crença dão à liberdade outro significado, uma vez que permite ao indivíduo conduzir sua vida de acordo com seus próprios preceitos.

Pois bem, o objetivo desse capítulo, como bem ressalta o título, é o *direito de liberdade* e não o *liberalismo*. No entanto, compreender o significado do liberalismo, assim como o significado de liberdade, é fundamental para o entendimento do *direito de liberdade*. Para tanto, buscar-se-á agora definir a liberdade¹⁸.

Merquior (1991) inicia sua definição de liberdade descartando o velho dilema filosófico do *livre-arbítrio versus determinismo*. Nesse sentido, uma ação entendida como livre, parte da existência de um motivo desejado ou um motivo neutro. Caso uma ação venha a ser executada por um motivo não desejado, a essa ação faltará liberdade.

Para Merquior (1991), a liberdade, numa esfera social, pode ser definida como ausência de constrangimento e de restrição. *Constrangimento e restrição*, compreendidos como referentes ao efeito, no espírito de qualquer agente, das ações de outras pessoas, sempre que esse efeito opere como um motivo não desejado. Existindo a presença de uma alternativa que permita escolha, haverá uma ação livre.

Assim fundamentam-se dois tipos de liberdade. A Liberdade como ausência de coerção, *liberty* e liberdade como autonomia, *freedom*. A primeira se refere à remoção ou contorno de qualquer constrangimento que force uma pessoa a fazer algo contrário à sua própria vontade. A segunda, refere-se à ausência de constrangimento quanto à escolha tomada por uma pessoa.

Portanto, existe *liberdade* quando a pessoa não pode ser coagida a fazer algo que não é de sua vontade e por outro lado, não possa ser impedida de fazer aquilo que é de sua vontade.

¹⁸ A definição de liberdade foi toda tirada de da obra de: MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

A *liberdade* serve, portanto, para garantir a individualidade da pessoa frente à figura do Estado. No entanto, como se verá a seguir¹⁹, o Estado não é o único que pode atentar contra a liberdade individual. A sociedade quando identificada com a figura do Estado também pode oprimir a liberdade individual.

Segundo Mill (2006) cada momento histórico é vislumbrado a partir de uma verdadeira luta entre a liberdade e a autoridade. A relação entre Estado e indivíduo é uma relação vertical. Governantes estão em posição antagônica em relação ao povo, especialmente porque não tinham no passado os primeiros, o poder por vontade dos governados, uma vez que esse era fruto da herança ou conquista. O poder desses governantes era tão perigoso aos súditos quanto à presença de inimigos externos. Contudo, a presença desses governos justificava-se como forma de evitar que membros mais fracos do grupo social fossem oprimidos por outros. E, nesse sentido, quem evitaria a opressão por parte do governo? A esse problema a solução encontrada foi estabelecer limites aos governantes. Essa limitação era chamada de *liberdade*.

Essa forma de limitar o poder passou posteriormente por algumas mudanças, principalmente com a introdução da escolha periódica de governantes. Começou-se a acreditar que muita importância havia sido desprendida para a limitação do poder, uma vez que tal medida havia sido introduzida quando *povo* e *poder* eram antagônicos. Agora governantes e governados identificam-se, uma vez que o povo elege seus representantes. Portanto, a nação não precisa ser protegida contra seu desejo representado na figura do governo e esse não precisa mais de limites, pois seu desejo é o desejo do povo.

Ocorre que o povo que exerce o poder nem sempre é o mesmo sobre o qual o poder é exercido. Autogoverno não é o governo de cada um por si, mas de cada um por todo o resto. O desejo do povo acaba significando o desejo da parte mais numerosa ou da parte mais ativa; a maioria ou aqueles que conseguem ser aceitos como a maioria. Nesse sentido, o povo pode oprimir uma parte de seu número.

A sociedade pode e verdadeiramente realiza suas próprias determinações, mas quando emite determinações erradas em vez de certas, ou sobre questões que não deveria intervir, ela está praticando uma tirania social ou *tiranía da maioria*.

¹⁹ As ideias de tirania da maioria e os limites da interferência social sobre o indivíduo foram retiradas de MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.

Nesse caso, “penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma.” (MILL p.21, 2006).

Ainda completa:

A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não é suficiente; há também necessidade de proteção contra a tirania da opinião e sentimentos prevaletentes; contra a tendência da sociedade em impor, [...], suas próprias ideias e práticas como norma de conduta sobre aqueles que delas divergem, em travar o desenvolvimento, e, se possível em evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com seus métodos, e em obrigar que todo tipo de caráter ajuste-se a seu próprio método. (MILL, 2006 p.21).

Dessa forma, a manutenção das liberdades individuais não só existe como forma de proteger o indivíduo apenas da ingerência manifestamente tirânica de governos inescrupulosos, mas serve também, para garantir a proteção contra qualquer forma de tirania, até mesmo aquelas que aparentam ser socialmente justificáveis.

Dentro das circunstâncias apresentadas, criam-se condições para que a tirania manifestada na figura do governante manifeste-se na figura da sociedade ou em nome dela. Portanto, encontrar um limite para a interferência legítima de opinião coletiva com a independência individual e mantê-la contra invasão, é tão indispensável para questões humanas, segundo Mill (2006) quanto à proteção contra o despotismo político.

Ao entrar numa discussão mais de contemplação de interesses da sociedade, tudo o que torna a existência humana valiosa segundo Mill (2006), dependerá do reforço às restrições das ações de outras pessoas. Nesse sentido, algumas normas devem ser impostas pela lei, enquanto outras impostas pela opinião predominante.

O que as normas devem ser, é a principal questão relativa aos assuntos humanos. Mas, o que se verifica é que as decisões sobre os assuntos humanos são diferentes em cada país e em cada época. E o povo de cada país ou época as trata como se a humanidade sempre houvesse concordado sobre o assunto. Assim, essas normas são vistas como autoevidentes ou autojustificáveis.

Tal efeito empregado pelos costumes retira qualquer receio relativo às normas de conduta que a sociedade impõe. Esse efeito é o mais completo possível, porque elimina a necessidade de criar razões à existência da norma. Desse modo,

as pessoas são encorajadas a pensar que seus sentimentos sobre determinado assunto se sobrepõe à própria razão de ser da norma.

Um princípio prático que guia a opinião das pessoas sobre a regulamentação da conduta humana é o sentimento de que cada uma delas deveria exigir que todos agissem como ela gostaria. Em outras palavras, não é comum às pessoas admitirem que sua opinião seja também sua preferência e não a própria *razão*. O uso da razão muitas vezes, é apenas um apelo a uma preferência similar sentida por outras pessoas, ainda assim, será a preferência de muitas pessoas em vez de uma única.

Imagine-se que a pessoa comum tem sua preferência, amparada da forma descrita, e não é apenas uma razão satisfatória, mas a forma com que essa guia suas noções de moralidade e gostos. Sendo que as opiniões das pessoas sobre o que é louvável ou censurável, são afetadas por causas variadas que influenciam seus desejos, no que diz respeito à conduta dos outros. Nesses termos, onde quer que haja uma classe dominante ou grupo de grande influência, uma parte da moralidade do país emanará do interesse e de seus sentimentos de superioridade. A moralidade acaba sendo a criação destes interesses e sentimentos de classe.

Outro princípio determinante de normas de conduta, seja pela lei, seja pela opinião, tem sido o servilismo da humanidade com relação a preferências ou aversões de seus mestres temporais, ou deuses. Esse sentimento dá origem a sentimentos de ódio – o que fez com que homens queimassem bruxas e hereges, por exemplo. Ainda é possível acrescentar, já que Mill (2006) escreveu seu ensaio muito antes, o genocídio realizado sobre a crença de superioridade no caso do nazismo, os genocídios provocados por discordância política nos regimes soviético e chinês.

Aqui, as preferências e desagradados da sociedade, ou mais precisamente da parte mais poderosa desta, têm praticamente determinado às normas impostas para cumprimento geral, sob as penalidades da lei ou opinião. O que se cria com isso é uma espécie de intolerância com todo indivíduo que expresse pensamento, cultura, visão política ou qualquer espécie de comportamento divergente do assumido pela maioria da sociedade.

Desse modo, os direitos do indivíduo contra a sociedade têm sido amplamente defendidos, da mesma forma que a reivindicação da sociedade em exercer autoridade sobre o indivíduo é contestada. A liberdade de consciência é um

direito irrevogável, é inadmissível que um ser humano tenha de prestar conta a outros sobre sua crença.

Como ter o direito, portanto, de administrar absolutamente os assuntos da sociedade com o indivíduo na forma de obrigação e controle, onde os meios utilizados sejam força física na forma de penalidades, ou coerção moral da opinião pública segundo Mill (2006)? Para o autor a humanidade tem permissão coletiva ou individual para interferir na liberdade de ação ou omissão de qualquer indivíduo quando a finalidade buscada com tal intervenção seja unicamente a autoproteção. Ou seja, a intervenção deve ser no sentido de evitar danos a outras pessoas.

Nem mesmo quando o indivíduo tenha benefícios, sejam eles físicos ou morais, são garantias suficientes para intervenção. Não pode o indivíduo legalmente ser compelido a fazer ou abster-se de fazer porque será melhor, porque isso o fará feliz, porque na opinião dos outros seria sábio ou correto. Veja-se que a opinião de Mill (2006) compreende a definição de *liberdade* de Merquior (1991). Portanto, boas razões são argumentos, mas não podem obrigar ninguém a fazer ou deixar de fazer o que não é de sua vontade.

Para justificar a supressão da liberdade, deve-se ter certeza do mal que será causado a outrem se uma atitude não for tomada. Logo, a única parte da conduta da pessoa, pela qual ela está submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. Quanto a si próprio, sua independência é de direito, absoluta. Sobre si, sobre seu corpo e sobre a sua mente, o indivíduo é soberano.

3.2 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS DE LIBERDADES

A ideia contemporânea de *direitos humanos* foi formulada no decurso da Segunda Guerra mundial. Durante a guerra, as forças aliadas proclamaram que garantir o respeito aos Direitos Humanos era o seu objetivo. Com o fim da guerra em 1945, posteriormente os julgamentos de Nuremberg, os aliados atribuíram aos Nazistas, crimes praticados contra a humanidade. E com o intuito de proteger os direitos humanos cria-se a Organização das Nações Unidas - ONU (HENKIN, 1990).

Durante a terceira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi estudado, de setembro a dezembro de 1948, o texto elaborado pela comissão de direitos humanos, o qual se pretendia uma Declaração Universal dos Direitos do

Homem. No dia 10 de dezembro do mesmo ano, sob a votação de 56 Estados, 48 deles favoráveis, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem garantindo a toda pessoa direitos e liberdades fundamentais (GREGORI, 1998).

Vale a pena transcrever parte do preâmbulo:

Preâmbulo. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...] Artigo III Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. **(DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

Segundo Bobbio (2004), com a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, o problema, até então existente, da fundamentação dos direitos do homem, teve sua solução. Na inteligência desse autor, a Declaração concebe a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente constituído e reconhecido: essa prova é o consenso geral da validade deste documento.

Logo, os direitos proclamados são em sua essência universais, adquiridos por “todos os membros da família humana” qualquer que seja o estatuto jurídico ou internacional do país ou território do qual a pessoa faça parte (GREGORI, 1998).

Os direitos humanos são direitos dos indivíduos na sociedade. Todo ser humano tem, ou tem direito a ter, "DIREITOS" - legítimos, válidos, justificados com declarações sobre sua sociedade; reivindicações de vários "bens" benefícios finais. Os Direitos humanos não são meramente abstratos, eles são definidos. As reivindicações específicas constantes nos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos são resultado das grandes convenções e tratados internacionais. (HENKIN²⁰, 1990 p.2 Tradução Nossa)

Com a Declaração de 1948, tem início a terceira e última fase de um processo que iniciou com as declarações dos Estados Norte-Americanos e o francês, e que

²⁰Human rights are rights of individuals in society. Every human being has, or is entitled to have, "rights" - legitimate, valid, justified claims-upon his or her society; claims to various "goods" end benefits. Human rights are not some abstract, inchoate "good"; they are defined, particular claims listed in international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights and the major covenants and conventions. HENKIN, Louis. **The age of rights.** New York: Columbia University Press, 1990. 219 p.

agora chega à afirmação dos direitos de forma universal e positiva. *Universal* no sentido de que os destinatários não são mais membros deste ou daquele Estado, mas todos os homens. *Positiva*, no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados, mas efetivamente defendidos contra o próprio Estado (BOBBIO, 2004).

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a confirmação dos direitos tidos como naturais através de sua positivação diante de toda a humanidade. No entanto, esses direitos não são estáticos, eles se projetam a um progressivo avanço no reconhecimento de novos direitos às pessoas e às sociedades.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 começa a se desenvolver, através de tratados internacionais voltados à proteção dos direitos e liberdades fundamentais, o direito internacional guiado pela proteção dos indivíduos. A primeira fase da proteção de direitos humanos, entendidos como direitos garantidos a todas as pessoas e protegidos universalmente, é a própria Declaração (PIOVESAN, 2002).

Segundo Piovesan (2002), a Declaração de 1948 foi marcada pela tônica da proteção geral, com base na igualdade formal, principalmente contra a intolerância vista durante a segunda guerra mundial. No entanto, tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata tornou-se ineficiente na preservação de direitos, fazendo-se necessário, para uma real efetivação dos direitos, a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e individualidade. Ou seja, para garantir os direitos humanos, são necessárias respostas específicas e diferenciadas.

É dentro deste entendimento que surgem, por meio de tratados e convenções, direitos como o reprodutivo e o direito sexual, que servem de complemento ao sistema geral de proteção dos direitos humanos. E, portanto, indispensáveis à materialização do direito de liberdade (PIOVESAN, 2002).

Tendo como paradigma o homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. É por tal motivo, que em 1979 as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (PIOVESAN, 2002).

Neste cenário de busca de uma real efetivação dos direitos humanos das mulheres, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, em

seu artigo 12, origina os primeiros esboços internacionais acerca dos direitos reprodutivos (PIOVESAN, 2002).

Estes delineamentos foram aprimorados e consolidados a partir do Plano de Ação da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995. Embora não sejam tratados internacionais, mas declarações, ambos apresentam valor jurídico, na medida em que deles extraem-se princípios internacionais, que constituem importante fonte do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e a aplicação do Direito. (PIOVESAN, 2002 p.72)

Os direitos reprodutivos são, segundo Ventura (2004), direitos humanos básicos, legitimados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e nas diversas leis internacionais (tratados, convenções e pactos). Somados à Conferência do Cairo de 1994 e ao documento resultante da IV Conferência da Mulher em Pequim 1995, legitimaram o conceito e a concepção atual de direitos reprodutivos.

Na Conferência do Cairo, cento e oitenta e quatro Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos. Em 1995, as Conferências internacionais de Copenhague e Pequim reafirmaram esta concepção. Com efeito, a Conferência do Cairo de 1994 instituiu os princípios éticos dos direitos reprodutivos (PIOVESAN, 2002).

Destacando-se o princípio 4 deste último documento:

Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional (CAIRO 1994 apud PIOVESAN, 2002 p.72).

O documento do Cairo destaca como direitos humanos básicos:

Decidir livremente e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; ter acesso à informação e aos meios para decidir e gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, livre de discriminações, coerções ou violências. (VENTURA, 2004 p. 21).

Já a Constituição Brasileira traz a seguinte redação quanto à proteção desses direitos (art. 226, §7º):

Fundado nos princípios 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 (BRASIL, 1988)

A Lei 9.263/1996 regulamenta o parágrafo 7º do art. 226 da constituição “O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”, advertindo que a universalidade dos direitos sexuais e reprodutivos são aplicáveis indistintamente a homens e mulheres (BRASIL, 2012).

Portanto, o direito reprodutivo pode ser entendido como a:

Busca a interação de direitos sociais, como os direitos à saúde, à educação e ao trabalho, com os direitos individuais à vida, à igualdade, à liberdade e à inviolabilidade da intimidade. O objetivo é reduzir as violações à autonomia pessoal, integridade física e psicológica de que são alvos indivíduos e coletividades, e garantir os meios necessários para o ser humano alcançar seu bem-estar sexual e reprodutivo. (VENTURA, 2004 p.20).

No plano jurídico-normativo ainda recomenda-se aos países uma revisão das leis punitivas ao aborto ilegal (VENTURA, 2004). Deste modo, a urgência em eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres é fruto da necessidade de se garantir a elas o pleno exercício de seus direitos civis, políticos garantidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. E o direito reprodutivo é instrumento específico e diferenciado capaz de auxiliar na afirmação, especialmente, dos direitos da mulher.

Por outro lado, o conceito de direito reprodutivo, apesar de um grande número de oposições, encontra-se legitimado pelos organismos internacionais. No entanto, tal reconhecimento não se estende aos direitos sexuais, estes por sua vez estão incluídos nos documentos internacionais junto aos direitos reprodutivos, mas não tendo o reconhecimento e uma extensão ideal em função da sociedade não compartilhar moralidades diferentes (VENTURA, 2004).

Apesar da dificuldade existente, na conceituação dos direitos sexuais, devido à ausência de documentos específicos, é possível identificar junto ao reconhecimento dos direitos reprodutivos também a legitimação dos direitos sexuais. Segundo o Ministério da Saúde brasileiro, o direito sexual garante a todo indivíduo viver e expressar livremente sua sexualidade sem sofrer violência, discriminação, sem qualquer tipo de imposição e com respeito pleno pelo corpo do (a) parceiro (a).

O Ministério da Saúde ainda lista o que seria especificamente este direito:

Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual; Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física; Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual; Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras; Direito de ter relação sexual independente da reprodução; Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS; Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação; Direito à informação e à educação sexual e reprodutiva. (BRASIL, 2006 p.4)

Essa interpretação dada pelo Ministério da Saúde pode ser considerada, diante do ordenamento internacional, legítima, uma vez que é feita sobre a análise dos documentos produzidos na discussão da Declaração e Programa de Ação do Cairo de 1994 e na IV Conferência sobre a Mulher em Pequim 1995. Segundo Mattar (2008) o parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim produziram o seguinte texto:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências. (MATTAR, 2008 p.64).

Mattar (2008) observa que essa ainda não é uma definição propriamente dita dos direitos sexuais, pois se refere a direitos que supostamente comporiam os direitos reprodutivos. No seu entendimento, o conceito de direito sexual não deve limitar-se à forma negativa, ou seja, o direito de não ser objeto. Mas de forma positiva, ser um instrumento de emancipação da mulher.

Analisando a forma positiva, reivindicada por Mattar, poder-se-ia retirar da mulher a culpa que lhe é atribuída quando da gravidez indesejada. Tendo ela pleno direito sexual, também a ela caberia decidir o método anticonceptivo adequado à sua satisfação sexual.

Desse modo, do ponto de vista dos direitos humanos, já é possível, mesmo com carência de uma definição mais adequada, reconhecer a liberdade sexual como

um direito legitimamente garantido. E que, portanto, garante a toda pessoa decidir e usufruir de sua sexualidade de forma livre de coações.

4. O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO DE LIBERDADE

Seria possível compreender o aborto como uma posituação do direito de *liberdade* da mulher? Respondendo sim a esta questão, não estaríamos ferindo outro direito humano de primeira geração, o direito à vida? Por que o Brasil proíbe o aborto incondicional?

A estrutura deste capítulo será baseada na resposta a cada uma dessas indagações. A questão primeira compreende a capacidade de um tribunal reconhecer ou não a abrangência do direito de liberdade. A segunda questão debate o conflito entre direitos, direito de liberdade e o direito a vida. A última questão compreenderá a tentativa de reconhecer, mesmo numa sociedade claramente contrária ao aborto, se esse direito existe, se é reconhecido e porque questões morais e religiosas impedem a sua efetivação.

4.1 O CASO *MORGENTALER, SMOLING E SCOTT CONTRA A RAINHA* E O DIREITO AO ABORTO

Tomando o caso *Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha* da Suprema Corte canadense de 1988, como paradigma, buscar-se-á nesse momento, estabelecer uma adequação da decisão com o arcabouço teórico do direito de liberdade discutido no capítulo anterior.

A primeira adequação refere-se ao exercício do poder estatal. No Estado constitucional ou Estado liberal, esse poder é exercido através de limites constitucionalmente estabelecidos. É Estado de direito.

O Estado de direito constitucional, por sua vez, é:

O Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” [...] (BOBBIO, 2005 p.18).

Vale transcrever parte da decisão de Brian Dickson e Antonio Lemer, no sentido de que:

Forçar uma mulher, por ameaça de sanção penal, para realizar um feto, a menos que ela atende a determinados critérios alheios a suas próprias prioridades e aspirações, é uma profunda interferência com o corpo de uma mulher [...]. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p35-36 Tradução nossa).

Neste caso, parece claro que os juízes não estão apenas interpretando a lei, mas sim recompondo os limites do próprio poder do Estado. Sabe-se que o Estado está subordinado à lei, mas também está a lei subordinada a limites materiais. Esses limites são os direitos fundamentais, estabelecidos e protegidos pelas constituições modernas e tratados internacionais.

Tanto na decisão canadense quanto na doutrina, claramente o Estado é legítimo detentor do poder coercitivo sobre a sociedade. No entanto, essa coerção deve ser balizada por direitos invioláveis. Ou seja, não há estranheza no fato do Estado usar da coerção, a fim de buscar um comportamento desejado. O problema está na supressão da liberdade, sem que haja uma justificativa relacionada a questões de urgência substancial e sem respeitar limites razoáveis.

Com isso, não se está afirmando que a liberdade é inviolável. O voto de Jean Beetz e Willard Estey deixa isso claro. A liberdade pode, em determinadas circunstâncias, ser restringida. Mas para que isso ocorra, deve haver uma justificativa que respeite limites razoáveis.

Segundo Mill (2006), há permissão para interferência na esfera coletiva e individual da liberdade. Porém, tal intervenção na ação ou omissão de um indivíduo, deve estar pautada na autoproteção. Deve-se, portanto, ter certeza do mal que se causará a outrem se nenhuma atitude for tomada.

Já a supressão da liberdade da mulher no caso do aborto, não se justificaria dentro dessa linha de pensamento. O procedimento a que a mulher se submete durante o aborto, devido à barreira corpórea, causas e consequências desse ato, só por ela pode ser sentido.

E nesse sentido:

Viola o seu direito à vida, liberdade e segurança da pessoa, [...] de uma forma que não está de acordo com os princípios de justiça fundamental. O direito à "liberdade" [...] garante a cada indivíduo um grau de autonomia pessoal sobre as decisões importantes intimamente à sua vida privada. Liberdade em uma sociedade livre e democrática não exige que o Estado aprove tais decisões, mas exige que o Estado respeite-as. A decisão de uma mulher em terminar sua gravidez cai dentro dessa classe protegida de decisões. É aquela que terá efeitos psicológicos, econômicos e consequências sociais para ela. É uma decisão que profundamente reflete o modo como a mulher pensa sobre si mesma e sua relação com os outros e

com a sociedade em geral. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p 11 Tradução nossa).

Esse entendimento também encontra reflexo nos documentos produzidos na conferência de 1994, a qual entende ser um direito humano básico:

Decidir livremente e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; ter acesso à informação e aos meios para decidir e gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, livre de discriminações, coerções ou violências. (VENTURA, 2004 p.21).

Reconhecimento também na Constituição Brasileira:

Fundado nos princípios 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 (BRASIL, 1988)

Observa-se que, com a extensão da liberdade, a ponto de permitir o aborto, não se está somente dando uma permissão à mulher de interromper uma gravidez. O mais importante aqui, talvez, seja a proteção da mulher como indivíduo autônomo.

Afirmar que o aborto é um exercício do direito de liberdade da mulher tem, portanto,

O objetivo [...] reduzir as violações à autonomia pessoal, integridade física e psicológica de que são alvos indivíduos e coletividades, e garantir os meios necessários para o ser humano alcançar seu bem-estar sexual e reprodutivo. (VENTURA, 2004 p.20).

Quando William McIntyre e Gérard La Forest discordaram da existência de um direito ao aborto, por não haver expressado a constituição nesse sentido, eles não estão necessariamente equivocados, pois a constituição canadense como as demais constituições modernas, de fato, não positivaram um direito ao aborto. Entretanto, elas protegem a liberdade. A liberdade é igualmente garantida a homens e mulheres. E mais, a liberdade é um direito positivado.

Este eventual descompasso entre a eventual omissão da lei no caso do aborto e a prerrogativa da liberdade merece ser balizado. Condições biológicas e de gênero, essa última talvez seja mais limitadora da liberdade feminina, criam determinadas circunstâncias em que a liberdade só é garantida mediante tratamento

diferenciado. No caso da mulher, a liberdade é garantida mediante aborto de gravidez indesejada.

Nesse sentido, não existe um direito somente por estar expresso. Como visto anteriormente, para a efetivação de muitos direitos proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foram imprescindíveis às especificações de sujeito e de suas necessidades.

McIntyre e La Forest afirmam corretamente, que o poder de revisão judicial não é ilimitado e o magistrado deve se limitar em analisar valores democráticos expressos claramente na constituição e abster-se de impor ou criar direitos não identificáveis na Carta Constitucional. Pergunta-se: reconhecer o alcance do direito de liberdade constitucionalmente garantido é criar novo direito?

McIntyre e La Forest compreendem o aborto como um fim em si mesmo, ou melhor, um direito em si mesmo. Contudo, direito ao aborto está relacionado à materialização do direito de liberdade. Ou seja, é um direito que efetiva a liberdade, sua ausência provoca uma intervenção coletiva desnecessária na liberdade e na autonomia da mulher.

Essa fórmula de efetivação de direitos é reconhecida pela maioria das democracias modernas. É corrente a ratificação de tratados que versam sobre a materialização dos direitos humanos. Entretanto, a aplicação dela pelo judiciário não percorre, necessariamente, o mesmo caminho.

4.2 POR QUE O *DIREITO AO ABORTO* NÃO VIOLA O *DIREITO À VIDA*?

A teoria dos direitos naturais formulou um conjunto de direito supostamente inerente às pessoas e a Declaração de 1948 os positivou. O direito a vida é, sem dúvida, o direito de primeira geração de maior relevância. Que tipo de liberdade existiria se o Estado a qualquer momento pudesse dispor da vida do cidadão? E quanto à propriedade, como seria esse direito, pleno, se o indivíduo da sua vida não fosse o proprietário?

Em qualquer circunstância seria muito difícil argumentar sobre a supressão do direito à vida. Já, quanto a outros direitos é possível imaginar ou criar situações em que a liberdade ou a propriedade privada, ou qualquer outro direito, possam ser justificadamente restringidos da pessoa. Enquanto, justificar a supressão da vida de

um indivíduo, sem que para isso ele houvesse contribuído, como no caso do aborto, seria de difícil argumentação.

Quanto ao direito ao aborto, a discussão entre direito de liberdade em oposição ao direito à vida, somente será necessária entendendo-se que o aborto põe fim a uma vida protegida pelos direitos fundamentais. Do contrário, não há esse conflito de direitos.

Por isto, cabe indagar: quando inicia a vida? As respostas poderiam ser muitas, como por exemplo, *a vida inicia ao nascer* ou com a *fecundação*. Ambas estariam corretas sem que fosse possível comprovar a falsidade da *lírica do outro*²¹. Para ambas, e o período entre ambas, seria incerto, existe grande dificuldade para precisar o momento inicial da vida, devido ao limitado conhecimento que os seres humanos têm sobre ela.

Segundo Almeida e Ruthes (2012) a temática do início da vida é deliberada nas diferentes culturas desde a origem da humanidade. As grandes tradições influentes na atualidade são as que descendem das diferentes religiões formadas pelas diferentes culturas. O Catolicismo/Cristianismo, por exemplo, a partir de 1869, após estudos bíblicos de alguns teólogos, passou a condenar toda e qualquer interrupção voluntária da gravidez, uma vez que a Igreja entendeu que a hominização se dá logo após a fecundação. O Hinduísmo e o Islamismo também concebem a fecundação como o momento de início da vida, claro que por razões diferentes, mas assim como Catolicismo/Cristianismo, entendem ser a fecundação o momento inicial da vida. O judaísmo, por sua vez, acredita que o embrião se torna um ser humano a partir do quadragésimo dia, uma referências à importância do número 40 na cultura judaica. Já o Budismo acredita que a vida é um processo contínuo e ininterrupto (ALMEIDA E RUTHES, 2012).

A ciência assim como as religiões, não tem um conceito uniforme para o início da vida. Segundo Almeida e Ruthes (2012) as mudanças ocorridas com o desenvolvimento do conhecimento e da técnica permitem à humanidade manipular a *origem* da vida em si mesma. A genética, por exemplo, defende que a vida de qualquer ser inicia-se com a fecundação, porque a fecundação dos gametas gera um código genético, constituindo um ser em potencial. A embriologia, por sua vez,

²¹ “A vulgaridade de um homem é a lírica de outro” do Ministro John Marshall Harlan da Suprema Corte Americana extraída de: LEWIS, Antony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. Tradução: Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

defende que só há vida a partir da terceira semana após a fecundação, pois o embrião estará formado. A ecologia afirma que a vida inicia quando o feto deixa o útero e interage com o mundo. Já a neurologia afirma que a vida se inicia quando o sistema nervoso está, de forma primitiva, constituído, pois seu funcionamento doa a possibilidade da vida (ALMEIDA E RUTHES, 2012).

O que se percebe, analisando essas tentativas de definir o início da vida, é que entre dogmas religiosos fundamentados em mitos e dados objetivos cientificamente argumentados, todos fundamentam um momento de certa forma fictício para indicar o início da vida. Para exemplificar melhor o que se está argumentando, toma-se um dos argumentos anteriores, inclusive aceito pelo STF, de que a vida não inicia antes da formação das terminações nervosas.

Não seria aborto segundo Supremo Tribunal Federal a utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos porque:

[...] Não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido [...] ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (BRASIL, 2013-A Grifou-se).

Como se observou, numa linha de desenvolvimento da vida, selecionou-se um momento para ser o inicial. Entretanto, esse ocorreu dentro de um processo que não iniciou e nem findará naquele instante. Não que a esse argumento e em qualquer outro, não exista razões e fundamentos, pois há. Todavia, a esse argumento ou a um argumento baseado em dogma religioso, estar-se-ia diante de uma definição baseada em algum critério que pode variar dependendo da definição usada pelo interprete.

Não convencendo tal explicação, que um critério seja fundamental para determinar o início da vida, imagine-se a seguinte situação: uma pessoa sofre um acidente e está em estado de coma; algumas horas depois foi decretada sua morte encefálica:

A morte encefálica ocorre gerando danos irreversíveis, a partir da total abolição das funções cerebrais, incluindo o tronco cerebral, no qual o corpo é incapaz de manter a homeostase interna (equilíbrio do meio interno em relação ao externo), causando a destruição das células (WIJDICKS, 2001).

A morte encefálica é critério para decretar a morte da pessoa. Quando o médico a constata, ele registra a morte do paciente, porque a falência dos demais órgãos é inevitável.

Contudo, seria possível utilizar algum instrumento para acelerar a falência de todos os órgãos? Antes de responder, entenda-se que a vida inicia somente com a formação das terminações nervosas, porque sem elas não há possibilidade de vida e nem existe vida autônoma nas células existentes até então segundo STF.

Sem a função cerebral não é possível a continuação da vida, haja vista a decretação de morte (WIJDICKS, 2001). No entanto, com relação à pergunta, a resposta seria negativa, segundo Paraná (2011). Para este, dentro do direito brasileiro, não há autorização para facilitação de morte nesses casos.

Têm-se aqui duas situações em que inexistem, segundo critérios apresentados, vida – existindo somente células vivas. No primeiro, a vida não iniciou e no segundo ela já terminou. Porém, no primeiro o uso para pesquisas terapêuticas é permitido, já no segundo a aceleração da falência dos órgãos que aceleraria a liberação do leito hospitalar não é permitida. Qual o motivo dos diferentes juízos?

Esses diferentes juízos sejam eles científicos ou dogmas religiosos, provêm de diferentes perspectivas morais do que é a vida. Por mais que argumentos científicos se fundamentem em dados objetivos, sua interpretação não será neutra, constituirá sempre uma visão de mundo que provém de um conjunto axiológico (ALMEIDA E RUTHES, 2012).

Por mais que a existência de um critério para definir o início da vida seja de suma importância, pois resolveria questões como aborto, inseminação artificial e uso de células tronco, tal critério será sempre embasado em questões morais. Porque a moral é o conjunto de normas e costumes engendrados socialmente e que regem a vida das pessoas. Ela é construída no tempo e é diferente para cada grupo social. Não se pode, portanto, desvincular da moral um critério mesmo que seja estabelecido objetivamente (ALMEIDA E RUTHES, 2012).

Pode-se afirmar que a moral não se fundamenta numa razão universal como afirmado por Kant. Inexistem uma moral superior ou inferior, nem uma interpretação com maior veracidade, o que existe são interpretações. Quando há um

reconhecimento público de qualquer valor moral este constitui uma decisão de ordem política (ALMEIDA E RUTHES, 2012).

Desse modo, a grande questão referente ao início da vida, é uma decisão política. Sendo uma decisão política, a vida intrauterina depende de uma escolha, podendo, portanto, se concluir que o feto é uma expectativa de vida e não uma vida propriamente dita.

Contrariando esse argumento, Silva (2011) afirma que o feto já é uma vida humana, a existência de inúmeros métodos contraceptivos torna injustificável a interrupção. Assim em não havendo um enfrentamento direto da Constituição, realmente a questão do aborto passa a depender da definição de quando inicia a vida, mas essa definição viria por meio de lei ordinária que criminaliza ou descriminaliza o aborto. Admite, entretanto, que existem casos em que a interrupção é inteiramente justificada, como na necessidade de salvamento da mulher e nos casos de cópula forçada (SILVA, 2011).

Diante dessa afirmação, se um país legisla contra o aborto estaria ele realmente reconhecendo que a vida inicia na concepção? Explicando melhor, o reconhecimento público de um valor moral, que proíbe o aborto, pode ser tido como o reconhecimento de que a vida inicia realmente na concepção? Para responder a essa pergunta é preciso recorrer a uma análise empírica da intenção moral da proibição do aborto.

Adaptando um exemplo dado por Michael J. Sandel (2012) sobre a moralidade, tentar-se-á explicar a intenção moral da proibição do aborto. Imagine um bonde desgovernado e dentro dele há uma mulher. Esse bonde, indubitavelmente cairá num precipício tirando a vida da mulher. No entanto, existe uma alternativa. Um observador tem à sua frente uma criança, essa pode ser empurrada na direção da alavanca que direciona os trilhos do bonde. Caso tal ato seja praticado pelo observador, a vida da mulher será preservada, mas a criança indiscutivelmente morre.

Outras situações semelhantes podem ser encontradas. Até a decisão de 1988, o Canadá considerava crime a prática do aborto, salvo quando a vida da mulher estivesse em risco. Outro exemplo legislativo pode ser encontrado na lei penal brasileira que também trás previsão semelhante: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a

vida da gestante” (BRASIL, 2013-B). O que é moralmente proibido nessas três circunstâncias?

Imaginando um exemplo no qual não haja risco de morte, já que nos exemplos anteriores alguém precisava morrer para outro sobreviver, a legislação vigente hoje no Brasil trás a seguinte situação:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2013-B Grifou-se)

Onde está a proteção da vida, quando retirar a vida de uma pessoa tem como fato permissivo a forma de concepção? Seria possível que o observador empurrasse a criança, sem que isso fosse moralmente reprimido, caso a mesma fosse resultado de uma gravidez por inseminação artificial ou resultado de um estupro?

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF/54, aprovou a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, criando judicialmente mais um permissivo abortivo (BRASIL, 2013-C). Nesse caso, a eminência da morte do feto serviu de justificção para interrupção de uma vida em virtude do sofrimento causado à mulher e família com base no princípio da dignidade da pessoa humana dos já nascidos. Entretanto, casos semelhantes de eminência de morte, estado comatoso, por exemplo, tratando-se de pessoa já nascida não seriam passíveis de antecipação de morte alegando proteção ao princípio da dignidade humana de alguém que não fosse o próprio atingido. Como visto antes, não é permitida a facilitação da morte.

Talvez a decisão moral que resida na proibição do aborto não resida no efeito sobre a vítima, na vida de alguém, a morte é permitida em diversas circunstâncias. No bonde, assim como no caso de risco de morte para mulher, alguém irá morrer de qualquer forma. O que é proibido então? No caso do estupro, ninguém precisa morrer e no caso de anencefalia a morte ocorrerá naturalmente. A questão moral do aborto não está em identificar o início da vida e protegê-la, mas sim na intenção da pessoa que toma a decisão (SANDEL, 2012).

No caso do bonde, o que é moralmente errado não é o observador tirar uma vida, mas decidir quem morrerá. Veja-se que nos diversos permissivos para o aborto não é realmente a mulher quem decide abortar, ela só tem direito a escolher se

estiver enquadrada em alguma das circunstâncias. Para a questão moral não é errado tirar a vida do feto, mas escolher fazer isso.

Com a criminalização do aborto, não se está proibindo um comportamento prejudicial à sociedade, se está proibindo um comportamento que é prejudicial à existência de uma determinada concepção moral. Por isso, diferente do que pensa José Afonso da Silva (2011), a criminalização do aborto não pode ser reclamada como um reconhecimento de que a vida inicia com a fecundação.

A resposta, portanto, à questão: o direito ao aborto viola o direito a vida? Deve ser negativa. Primeiro porque o feto é uma expectativa de vida e não uma vida assim como as pessoas já nascidas, pois essas não dependem de uma escolha política para ter sua existência reconhecida. E segundo, porque mesmo que se busque na criminalização do aborto argumento para considerar a concepção como início da vida, esse, como dito, não reconhece tal afirmação.

Portanto, o direito humano de primeira geração que protege a vida, não pode ser reclamado. Inexistindo, o confronto entre os direitos fundamentais, o direito de liberdade da mulher não pode ser mediante a criminalização do aborto restringido pelo Estado em função de uma decisão política.

Mas por que, entretanto, no Brasil a vida intrauterina, obriga uma mulher a levar a termo uma gravidez que ela não deseja?

4.3 A QUESTÃO MORAL DO ABORTO NO BRASIL

Mesmo que se conclua pela existência do direito ao aborto, como um direito de liberdade da mulher, garantido como direito humano de primeira geração junto à Declaração dos Direitos Humanos e os tratados que a materializam, é preciso compreender que a aplicabilidade desse direito em diversos países encontra restrições locais. Entretanto, não há que se pensar que restrições quanto à legalidade do aborto seja característica só dos países subdesenvolvidos.

Salvo os países que haviam aderido ao socialismo, que decidiram sobre a questão há mais tempo, todos os países ocidentais enfrentaram dificuldade em permitir o aborto. Há movimentação contrária ao aborto mesmo em países que já o legalizaram. Um exemplo é o caso dos Estados Unidos, que permitiu o aborto a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Roe versus Wade* de 1973 e enfrenta uma oposição séria e muitas vezes extremista de pessoas contrárias a sua prática.

Inclusive com o assassinato de médicos e enfermeiros que realizavam abortos legais (TILLER, 2013).

O Brasil é signatário dos tratados internacionais mencionado no capítulo 3, no entanto, não permite o aborto incondicional. Pensando, portanto, na realidade brasileira, o que impede que o aborto seja garantido como direito da mulher?

Como visto tanto a legislação brasileira quanto a jurisprudência, reconhecem algumas formas de aborto legal. Desde que, para isso, exista uma justificativa que não inflame a moralidade dos brasileiros.

Sendo assim, existe um direito ao aborto no Brasil? Antes de responder é possível fazer algumas considerações. A primeira, caso seja negativa a resposta, seu reconhecimento só está tardando a acontecer. A criação de novos permissivos como no caso da anencefalia comprova a tendência de demandas sociais.

A segunda consideração se dá em forma de pergunta: o que faz o Brasil relutar contra o aborto incondicional? No livro *Raízes do Brasil*, o historiador Sérgio Buarque de Holanda trás uma hipótese aqui adaptada e pode ajudar compreender essa questão. Segundo ele, no Brasil, *família* e *Estado* acabam por se misturar em função do predomínio das vontades particulares que encontram nesse círculo fechado e sem espaço para a impessoalidade, seu próprio ambiente (HOLANDA, 1995).

Nesse sentido, o historiador brasileiro parece concordar com o argumento de Mill (2006) segundo o qual, onde houver uma classe dominante ou grupo de influência, uma parte da moralidade do país emanará dos seus interesses e seus sentimentos de superioridade. Confirmando essa teoria, Darcy Ribeiro (1979) afirma não haver no mundo país constituído mais racionalmente por sua classe dominante do que o Brasil. Nem tampouco há sociedade que corresponda tão precisamente aos interesses das classes dominantes.

Outra característica do Brasil segundo Holanda (1995) é a cordialidade. O povo brasileiro cria relações afetivas com outra pessoa e não relações individuais, prefere justificativas emocionais a racionais. A cordialidade, tratada aqui, não indica um ser pacífico, só indica que o povo brasileiro age com o *coração* por isso o termo cordial. Ou seja, age com seus sentimentos mais do que com a própria razão.

O Brasil, como se sabe, foi colonizado por portugueses de formação católica. E o moralismo da igreja católica mantém-se predominante até hoje, mesmo com o declínio do número de católicos. O que não implica em mudanças, uma vez que, a

grande perda de fieis católicos se dá para as igrejas evangélicas, que são alas mais conservadoras do cristianismo.

Como bem lembra Arendt (2007), os cristãos, aqui se está falando principalmente dos católicos, buscam seus sentimentos de alegria pela contemplação do divino, abstando-se das coisas mundanas. Isso provoca uma abdicação do individualismo, uma vez que a vida se dá pelas escolhas de Deus para as pessoas.

Como bem se percebe, não é nas qualidades ou defeitos do povo que surgem as características morais do brasileiro, mas nas características de suas classes dominantes, no seu setor dirigente e, inclusive, no seu segmento intelectual (RIBEIRO, 1979).

Mill (2006) constata que as decisões normativas tendem a ser diferentes na época e no espaço. No entanto, o povo de cada país ou época as trata como se sempre houvesse concordado sobre o assunto. O efeito empregado pelo costume é o de retirar qualquer receio quanto à norma de conduta que as pessoas impõem umas as outras. E esse efeito é completo, porque elimina a necessidade de criar justificativas para existência da norma. Ou seja, as pessoas são encorajadas a pensar que seus sentimentos sobre a norma se sobrepõem à própria razão de ser da norma.

Pois bem, o brasileiro, esse povo *cordial*, que age imbuído por seus sentimentos, não pela razão, cristão e *não individualista*, pelo menos não naquilo que se refere a outras pessoas, segue regras de condutas que ele imagina ser incontestáveis, que lhe foram supostamente desde sempre impostas.

O aborto com foi visto é proibido pela Igreja Católica. É, portanto, evidente que a maioria dos brasileiros, pelo menos quando se refere ao aborto dos outros, seja contrário à prática, porque seus sentimentos de moralidade determinam suas ações.

Não cabe aqui, um julgamento da posição da Igreja Católica quanto ao aborto. É uma posição particular de uma instituição com direito de se expressar e se manifestar. O que não se pode tolerar, uma vez garantida às liberdades fundamentais, é que a compreensão moral de uns injustificadamente seja imposta a todos.

A proteção, [...] contra a tirania do magistrado não é suficiente; há também necessidade de proteção contra a tirania da opinião e sentimentos prevalecentes; contra a tendência da sociedade em impor, [...], suas próprias ideias e práticas como norma de conduta sobre aqueles que delas divergem [...]. (MILL, 2006 p.21).

Mesmo com tal crença, há momentos em que o aborto é permitido sem causar grande contrariedade da população. A Igreja Católica é contrária a qualquer forma de aborto, como seria isso possível? É possível porque as igrejas não são detentoras dos sentimentos pessoais, mesmo que sejam sentimentos religiosos. As igrejas são divulgadoras de uma crença, ou melhor, de uma cultura²² que, no caso brasileiro, é de maioria absoluta cristã.

A existência dos permissivos abortivos ocorre, porque as pessoas diante de determinadas situações, colocam-se no lugar da pessoa envolvida e acabam por reformular racionalmente suas prioridades morais. Pois, por mais que a razão da pessoa esteja adormecida por suas crenças, diante dos sofrimentos de outra pessoa, identifica-se a vida que é mais importante.

Portanto, a resposta à pergunta inicial deve ser positiva. Existe um direito ao aborto no Brasil. A decisão de tornar o aborto permitido em todas as hipóteses, encontrara ofensiva de uma população que por questões morais limita muito a liberdade do indivíduo. E para tanto, a decisão política, assim como a judicial, de legalizar o aborto, pode causar um desconforto entre membros do Estado e seus representados.

²² Usou-se o termo cultura por ser mais abrangente.

5. CONCLUSÃO

Essa monografia foi desenvolvida com o intuito de buscar argumentos para o reconhecimento da hipótese de que a criminalização do aborto suprime da mulher o direito de escolher livremente sobre seu corpo. Para isso, levou-se em consideração a decisão tomada pela Suprema Corte canadense no caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha 1988. Tendo essa decisão como paradigma, foi possível constatar que a positivação da primeira geração de direitos humanos pode incluir a esse rol de direitos o direito ao aborto como garantia da liberdade da mulher.

Tal constatação foi possível em função da confirmação das seguintes hipóteses: (i) que tribunais de alguns países já vêm reconhecendo que a criminalização do aborto fere o princípio da liberdade positivado nas constituições modernas; (ii) a plena aplicabilidade do direito fundamental à liberdade garante à mulher plena soberania sobre seu corpo; (iii) o direito ao aborto apesar de não constar literalmente nas constituições modernas, pode ser reconhecido juntamente com os direitos de liberdade de primeira geração reconhecidos nas constituições.

A primeira hipótese foi confirmada em função da decisão do caso Morgentaler, Smoling e Scott contra a Rainha 1988. Na decisão em apreço a maioria dos julgadores entendeu que a liberdade da mulher estava sendo restringida injustificadamente pela lei que proibia o aborto.

Vale a pena transcrever novamente trechos da decisão:

O direito à "liberdade" [...] garante a cada indivíduo um grau de autonomia pessoal sobre as decisões importantes intimamente à sua vida privada. Liberdade em uma sociedade livre e democrática não exige que o Estado aprove tais decisões, mas exige que o Estado respeite-as. A decisão de uma mulher em terminar sua gravidez cai dentro dessa classe protegida decisões. É aquela que terá efeitos psicológicos, econômicos e consequências sociais para ela. É uma decisão que profundamente reflete o modo como a mulher pensa sobre si mesma e sua relação com os outros e com a sociedade em geral. (r.v. Morgentaler, 1988 1 S.C.R.p 11 Tradução nossa).

Portanto, a criminalização do aborto no entendimento desse tribunal fere o princípio da liberdade positivado nas constituições modernas.

A segunda hipótese refere-se à plena aplicabilidade do direito fundamental à liberdade que garante à mulher plena soberania sobre seu corpo. Confirmou-se em dois momentos: o primeiro porque o conceito de liberdade garante à pessoa total

autonomia sobre seu corpo; segundo porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos cria mecanismo para afirmar esse entendimento.

O conceito de Liberdade segundo entendimento de Merquior (1991) demonstrou existir dois tipos de liberdade. Uma Liberdade como autonomia, ou seja, ausente o constrangimento quanto à escolha de uma pessoa. E uma Liberdade como ausência de coerção que force a pessoa a fazer o que não é de seu desejo. Sendo a liberdade um exercício pleno da própria vida.

Entretanto, esse exercício pode em determinadas circunstâncias ser constrangido. Mas para isso será necessário justificar a autoproteção. Deve-se ter em mente que a ausência de uma intervenção na liberdade venha a causar danos à outra pessoa ou a coletividade para que se justifique (MILL, 2006). No entanto, como foi argumentado, o aborto é ato em que danos não podem ultrapassar os limites corpóreos da mulher. Sendo assim, o conceito de liberdade garante à mulher soberania sobre seu corpo.

Esse entendimento conceitual é reconhecido universalmente mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração instituiu formalmente a liberdade como um direito fundamental. Sabe-se que alguns sujeitos de direito necessitam de uma especificação em função da sua condição. A condição biológica e de gênero são, como já mencionado, de certa forma limitadores da liberdade feminina.

Portanto, tal condição determina que:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências. (MATTAR, 2008 p.64).

Nesse sentido, a plena aplicabilidade do direito fundamental à liberdade garante à mulher soberania sobre seu corpo. Porque a liberdade só é garantida para ela mediante tratamento diferenciado. E esse tratamento diferenciado é garantido mediante aborto de gravidez indesejada.

A última hipótese entende que o direito ao aborto apesar de não constar literalmente nas constituições modernas, pode ser reconhecido juntamente com os

direitos de liberdade de primeira geração reconhecidos nas mesmas constituições. Essa hipótese, entretanto, não se confunde com a anterior, porque aquela tratava da abrangência do direito de liberdade. E essa deve demonstrar que o direito à liberdade não está em conflito com outro direito.

Como foi explicado na monografia, um conflito entre direito à vida e liberdade só existiria se o ser intrauterino fosse considerado uma vida assim como a vida das pessoas já nascida. E, portanto, a comprovação da hipótese se dá com a resposta a duas perguntas: quando inicia a vida? E se a criminalização ou não do aborto pode ser considerada um reconhecimento do início da vida?

Foi demonstrado que a vida intrauterina depende de uma escolha política. Depende de uma escolha política, porque os critérios sejam eles objetivos ou não, para declarar o início da vida sofreriam influência moral. Sendo assim, a escolha de um critério seria a escolha de uma dentre as diversas moralidades presentes na sociedade. E como se sabe, não existe um valor moral melhor ou verdadeiro, o que existe são valores morais. Portanto, sendo uma escolha política não pode suprir um direito fundamental como o direito à liberdade.

Já a criminalização do aborto deve ser vista como uma criminalização em si mesma, não como um reconhecimento do momento em que inicia a vida. O que é reprimido com a lei que criminaliza o aborto é a escolha. Não se está protegendo a vida intrauterina. Se assim o fosse, não se permitiria aborto em casos de estupro ou anencefalia.

Portanto, ao criminalizar o aborto não se está proibindo um comportamento prejudicial à sociedade, ou protegendo a vida, se está coibindo uma conduta que é prejudicial à essência de uma determinada concepção moral. E, nesse sentido, deve ser a realização ou não do aborto uma escolha pessoal.

Portanto, o aborto, no entendimento desse estudo, pode ser considerado um *Direito Humano* de primeira geração.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Rogério Miranda de; RUTHES, Vanessa Roberta Massambani. **A POLÊMICA DO INÍCIO DA VIDA**: uma questão de perspectiva de interpretação. Rev. Pistis Prax., Curitiba, v. 2, n. 1, p.113-124, 2010. Janeiro/junho.
- ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 352 p.
- BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004. 240 p.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005. 102 p.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: mar. 2012.
- BRASIL. **LEI Nº 9.263**, DE 12 DE JANEIRO DE 1996. . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm . Acesso em: fev. 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos**: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas– Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av7pz4c>> Acesso em: 05/05/2013-A.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em Abril. 2013-B
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>> Acesso em: 05/05/2013-C.
- CANADA.CA, **Abortion In**. Legal Abortion in Canadá. Disponível em: <http://www.abortionincanada.ca/history/legal_abortion_canada.html>. Acesso em: 13 nov. 2012.

RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio**. Porto Alegre: LPM, 1979.

GREGORI, José. **Universalidade dos direitos humanos e peculiaridades nacionais**. In PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiros (Org.). *Direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Iprj, 1998.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. New York: Columbia University Press, 1990. p. 219

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 1995. 220 p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia Das Letras, 1988.

LEWIS, Antony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. Tradução: Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimentos jurídico dos direitos sexuais** - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 8, p.60-83, jun. 2008. Disponível em: <www.surjournal.org>. Acesso em: 10 out. 2012.

MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é a coisa certa a fazer. Tradução Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. 9 Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2012. p. 349.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006. 157 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948.

PARANÁ. Conselho Regional de Medicina. **Parecer nº 1243/2000**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2000/1243_2000.htm. Acesso em: 30 set. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Os **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. In: Samantha Buglione. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça*. 1ed.Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2002, v. 1, p. 61-80.

r.v.Morgentaler, 1988 1 S.C.R. 30 Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie FranckSmoling and Dr.Robert Scott. Appellants. v .Her Majesty The Queen. Respondent.and The Attorney General of Canada. Intervener.INDEXED AS: R. v. MORGENTALER. File no.: 19.556. 1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28. Disponível em <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc_csc/en/decisions/search/index.do?comtent=morgentaler> acesso em 10/09/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 928 p.

TILLER, After. Directed and Produced by Martha Shane and Lana Wilson. Executive Produced by Artemis Media Ventures and Belle Max Productions, 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2004.

WIJDICKS, Eelco F.M. **The diagnosis of brain death**. N Engl J Med. 2001; 344: 1215-21. Disponível em: <<http://hcnet.usp.br/adm/dc/opo/artigos/Revissao%20da%20morte%20encefalica.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2011.