



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Mariana Lessa de Almeida La Poente

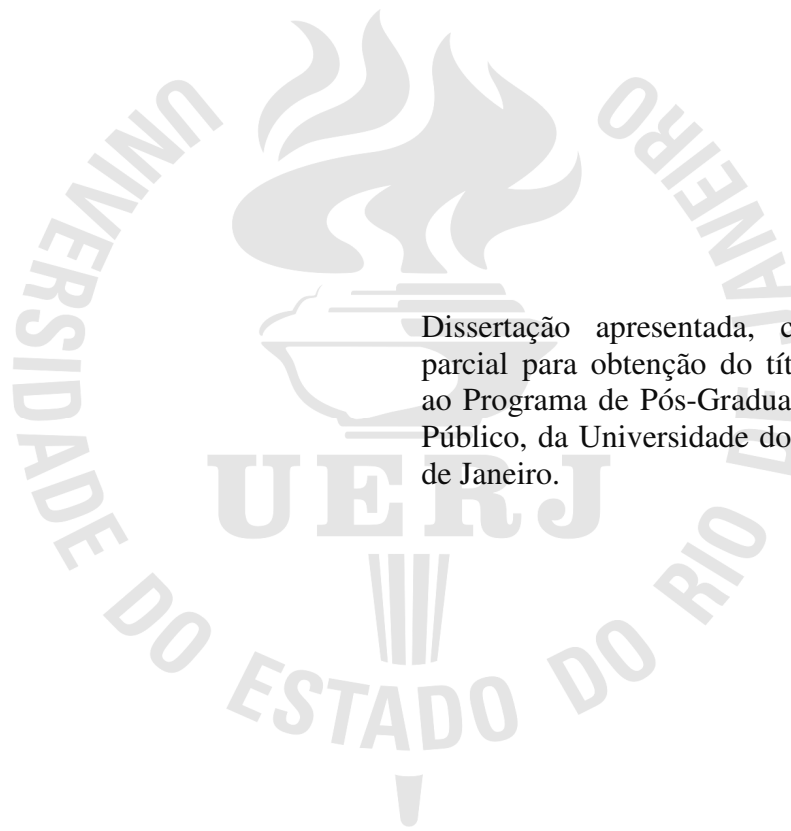
O aborto na ordem constitucional brasileira

Rio de Janeiro

2014

Mariana Lessa de Almeida La Poente

O aborto na ordem constitucional brasileira



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmiento

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L315

Mariana, Lessa de Almeida La Poente.

O aborto na ordem constitucional brasileira/ Mariana Lessa de Almeida La Poente. - 2014.

147 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Aborto – Aspectos jurídicos -Teses. 2.Dignidade - Teses.
3.Igualdade – Teses. I. Sarmento, Daniel. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Mariana Lessa de Almeida La Poente

O aborto na ordem constitucional brasileira

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 26 de agosto de 2014

Banca Examinadora

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça
Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Ao Thiago e ao Zeca.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos que fiz no mestrado e que me ajudaram a enxergar o mundo sob perspectivas jamais imaginadas. Cecília Vieira de Melo e Juliana Cesário Alvim foram amigas queridas, de quem me orgulho pelas lutas e conquistas. Bruno Hartz e Gabriel Acioly tornaram o mestrado mais leve e foram parceiros de desabafos e angústias. Além destes, os amigos Daniane Carvalho, Carolina Garcia, Rafael Namorato e Eduardo Lopes são e sempre serão fonte de apoio em tudo em minha vida.

À Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, mais do que um local de trabalho é minha segunda casa, de que muito me orgulho. Meus companheiros de trabalho, amigos verdadeiros, comemoraram comigo a aprovação e me apoiaram durante todo o período, tornando o fardo mais leve para que eu conseguisse suportar. Luís Miscow e Teodoro Koracakis foram interlocutores valiosos e atentos. Magda Barreto e Ana Carolina Xavier sempre me apoiaram no estudo, como em tudo mais. Lorhane Mourão foi a melhor e mais valorosa estagiária e parceira que poderia ter encontrado no caminho. Por fim, agradeço à Maria Salete Cavalcanti, que é verdadeiro exemplo não só em minha vida profissional, mas principalmente pessoal. Sua retidão, caráter, entusiasmo e apoio aos profissionais mais jovens encheram minha vida de luz solar.

Agradeço também a Luís Roberto Barroso, meu primeiro mestre em direito constitucional e verdadeira razão pelo meu amor à matéria. A alegria, o entusiasmo e admiração que suas aulas me causaram foram o início de tudo.

A Daniel Sarmiento, pela pessoa que é. A timidez me impede de traduzir em palavras a enorme admiração que sinto por você. Muito obrigada por tudo.

À minha mãe, Ana e à minha irmã, Luciana, por todo o amor por me apoiarem sempre. Vocês são o motivo de eu ser quem sou e jamais agradecerei o suficiente a benção que é tê-las em minha vida.

Por último, agradeço ao meu marido Thiago, por ser meu companheiro no melhor sentido do termo. Seu amor, apoio e fé na minha capacidade me fizeram continuar caminhando apesar das inseguranças e percalços. Te amo mais do que consigo explicar.

RESUMO

LA POENTE, M. L. A. *O aborto na ordem constitucional brasileira*. 2014. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O aborto é uma das principais controvérsias morais de nosso tempo, contrapondo aqueles que o consideram errado *prima facie* – por considerarem que o feto é uma pessoa humana e, portanto, detém direito à vida – e aqueles que consideram que o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à autodeterminação que dele decorre asseguram à mulher, ao menos nos estágios iniciais da gestação, a liberdade de escolha acerca da continuidade de um processo que se desenvolve em seu corpo e cujos resultados alterarão drasticamente toda a sua vida futuro. No Brasil, a interrupção de gravidez – mesmo em seus estágios iniciais – é, em regra, criminalizada. Esta criminalização acaba por trazer insegurança às mulheres que, à margem da lei, optam pela interrupção de uma gravidez indesejada, causando-lhes sérios riscos à saúde e mesmo à vida. Por este motivo e considerando a crescente descriminalização do aborto que vem sendo constatada no cenário mundial, notadamente nas democracias ocidentais, faz-se necessária uma análise da constitucionalidade do tratamento atual conferido ao aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo como eixo axiológico a dignidade da pessoa humana e a partir de uma ponderação entre os princípios contrapostos na controvérsia, a saber, a proteção da vida do feto e os direitos à liberdade, igualdade, privacidade e autonomia da mulher, pretende-se demonstrar a incompatibilidade do art. 124 com a ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988. Além disso, demonstrar-se-á que o cenário político-jurídico brasileiro acaba por fornecer ao Poder Judiciário – de forma contingencial – vantagens comparativas no enfrentamento da questão, tornando o locus mais adequado para o debate público acerca do aborto no Brasil.

Palavras-chave: Aborto. Constitucional. Ponderação. Proteção da vida do feto. Liberdade. Igualdade. Privacidade. Dignidade. Descriminalização pelo Poder Judiciário.

ABSTRACT

LA POENTE, M. L. A. *Abortion in the Brazilian constitutional order*. 2014. 147 f.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Abortion is a major moral controversies of our time, opposing those who consider it first sight wrong - on the grounds that the fetus is a human person and therefore has the right to life - and those who consider that the principle of human dignity and the human right to liberty and self-determination that derives from dignity is assured only if, at least in early stages of pregnancy, the woman has the freedom of choice about the continuation of a process that occurs inside her body and that affects her future. In Brazil, the interruption of pregnancy - even in its early stages - is, as a rule, criminalized. This criminalization ends up bringing insecurity to women that choose to terminate an unwanted pregnancy, causing them serious health risks and even to their lives. For this reason and considering the increasing decriminalization of abortion that has been found on the world stage, especially in Western democracies, it is necessary to analyze the constitutionality of the current treatment given to abortion in Brazilian law. Considering the dignity of the human person and from a balance between the opposing principles in controversy, specifically the protection of the life of the fetus and the rights to freedom, equality, privacy and autonomy of women, it is intended to demonstrate the incompatibility of Clause 124 of Criminal Code with the constitutional order established by the 1988 Constitution. This study also intend to demonstrate that the Brazilian political and legal scenario turns out to provide the Judiciary comparative advantages in addressing the issue, making it the most appropriate locus for public debate about abortion in Brazil.

Keywords: Abortion. Constitutional. Balancing of rights. Protecting the fetus's life. Liberty. Equality. Privacy. Dignity. Decriminalization by the judiciary.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	O ABORTO NO DIREITO COMPARADO	15
1.1	Evolução histórica do debate sobre o aborto	15
1.2	Alemanha	18
1.3	Colômbia	23
1.4	Estados Unidos	26
1.5	França	33
1.6	México	35
1.7	Polônia	37
1.8	Portugal	40
1.9	A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos	43
1.10	O aborto no contexto do direito internacional	44
2	TRATAMENTO CONFERIDO AO ABORTO NO BRASIL	48
2.1	Histórico do tratamento conferido ao aborto no ordenamento jurídico brasileiro	48
2.2	O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Legislativo no Brasil	49
2.3	O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Executivo no Brasil	56
2.4	O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Judiciário no Brasil	61
2.5	O aborto na mídia	68
3	UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ABORTO NO BRASIL	72
3.1	Distinção entre princípios e regras e suas consequências	72
3.2	Os impactos da laicidade do Estado brasileiro no debate sobre o aborto no Brasil	74
3.3	A dignidade da pessoa humana: histórico, conteúdo mínimo e incidência no debate sobre o aborto	80

3.3.1	<u>Antecedentes históricos da noção de dignidade da pessoa humana</u>	80
3.3.2	<u>Conteúdo mínimo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana</u>	84
3.4	A criminalização do aborto como violação ao direito à saúde das mulheres	92
3.4.2	<u>A proibição geral do aborto e o direito à saúde</u>	95
3.5	A criminalização do aborto como violação ao princípio da igualdade	99
3.5.1	<u>A criminalização do aborto como violação ao direito à igualdade entre homens e mulheres</u>	100
3.6	A criminalização do aborto como violação à liberdade, à autonomia reprodutiva e ao direito à privacidade	106
3.7	O outro lado: o enquadramento do feto como pessoa humana e sua proteção à luz do direito constitucional brasileiro	109
3.8	Conclusão parcial: o aborto como caso difícil solucionado através da ponderação de princípios. Uma proposta de enfrentamento da questão ..	114
4	LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTO PELO JUDICIÁRIO NO BRASIL	117
4.1	Expansão do constitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial	117
4.2	A jurisdição constitucional em debate: críticas e defesas	123
4.3	Fundamentos para a legitimação da jurisdição constitucional no debate sobre o aborto: presidencialismo de coalização e a paralisia decisória do Poder Legislativo.	127
4.4	A atuação do poder judiciário no debate sobre aborto: legitimidade e limites.	131
	CONCLUSÃO	138
	REFERÊNCIAS	142

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a problemática do aborto sob o prisma do direito constitucional brasileiro. Abordar esta questão, contudo, é uma tarefa árdua independentemente do enfoque adotado porque o aborto é considerado uma das principais questões divisivas de nosso tempo.

O debate sobre o aborto é marcado pela identificação de duas posições que se contrapõem. De um lado do debate, temos o grupo contrário à liberalização do aborto, que se intitula a favor da vida e centra seus argumentos na equiparação do aborto ao homicídio de um inocente e na dignidade da pessoa humana, ainda que não nascida. De outro lado, os partidários do chamado direito de escolha, sustentando que a mulher tem direito de optar pela continuidade ou não da gestação. Este grupo defende que a mulher não pode ser compelida a levar a cabo uma gravidez que não deseja, principalmente porque este é um processo biológico que lhe acarreta impactos físicos e emocionais consideráveis, bem como afeta decisivamente sua perspectiva de futuro.

É importante notar que os partidários desta posição também utilizam em sua argumentação o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, porém, a noção de dignidade da pessoa humana é suscitada para sustentar a necessidade de legalização do aborto. O argumento aqui é de que a imposição da continuidade da gravidez (i) importaria em instrumentalização da mulher; e (ii) violaria a dignidade humana das mulheres por lhe negar acesso a direitos fundamentais como o direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos, direito à igualdade, à liberdade e à privacidade.

A despeito desta polarização, é importante salientar que não existem apenas duas posições extremadas e opostas em relação ao aborto. Conforme identificado por Dworkin, as posições extremas no debate em relação ao aborto não são as mais sustentadas no debate público, sendo predominantes as versões temperadas destas posições. Este relevante autor, em trabalho parcialmente dedicado ao tema, assevera que a questão da personalidade do feto não é o problema essencial quando se discute aborto, mas sim o alcance do significado do “caráter sagrado da vida”.

A partir desta premissa, Dworkin afirma que existem duas grandes posições a propósito do que tornaria a vida humana “sagrada”. A primeira, defendida por aqueles que se opõem ao

reconhecimento ao direito ao aborto, enfatiza que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado. A outra, associada aos partidários do direito ao aborto, atribui um peso maior à sacralidade da vida de acordo com o investimento humano nela já realizado e materializado através de decisões e projetos individuais, educação, relacionamentos construídos, etc. Para estes, haveria uma violação maior à ideia – compartilhada por ambas as posições – de que a vida é sagrada, quando uma mulher é obrigada a ter um filho que não desejava, frustrando com isso seus planos de vida, do que quando um feto, na fase inicial da gestação, é eliminado¹.

É justamente porque a controvérsia real não é sobre a titularização ou não de direitos próprios pelos fetos, mas sobre o que torna a vida humana sagrada e as diferentes matizes deste entendimento que dentre os que consideram que o aborto é errado *prima facie*, um contingente significativo acredita que existem situações em que este pode ser feito sem que consubstancie uma violação ética.² As situações excepcionais mais comumente aceitas pelo grupo contrário a legalização do aborto para justificar eticamente a realização de um aborto são (i) a continuidade da gravidez coloca em risco a vida da mulher; (ii) a gravidez resultou de estupro; e (iii) o feto sofre de deficiências e/ou malformações que afetam muito significativamente a qualidade de vida que teria após o nascimento.

Os partidários do direito de escolha da mulher, por sua vez, a despeito de considerarem que o aborto é, em regra, eticamente admissível podem admitir objeções éticas a abortos efetivados em estágios avançados de gravidez. Além disso, algumas decisões judiciais internacionais que declararam contitucionalidade de leis que legalizaram o aborto³ ou que ampliaram as hipóteses de aborto legal em seus países⁴ o fizeram sem deixar de reconhecer a tutela constitucional da vida intrauterina.

Conforme se verá oportunamente, o aborto vem sendo progressivamente autorizado

¹ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente pp. 1-63.

² Segundo dados da pesquisa Wirthlin/Catholic Conference 60 % dos entrevistados achavam extremamente convincente, ou muito convincente, que a vida da criança em gestação deve ser protegida e que as crianças não nascidas têm direito à vida. A mesma pesquisa revelou, contudo, que apenas 7% eram da opinião de que o aborto deveria ser proibido em todas as circunstâncias e que apenas 14% acreditavam que deveria ser legal apenas para salvar a vida da gestante. Sobre os dados desta pesquisa, veja-se: ROSENBLATT, Roger *Life Itself* Nova York: Random House, 1992, p.188

³ Esta foi a situação verificada em no México (item 2.7) e em Portugal (item 2.8).

⁴ Cite-se, como exemplo, o caso da Colômbia. A evolução do tratamento conferido ao aborto no ordenamento jurídico colombiano atual será adequadamente analisada no item 2.3.

nos estágios iniciais de gravidez pelas democracias constitucionais ocidentais. As justificativas principais para esta liberalização são a necessidade de proteção da saúde das mulheres e o entendimento de que a criminalização do abortamento violaria seus direitos fundamentais das mulheres.

Além disso, vem se consolidando a compreensão de que um enfrentamento adequado da questão do aborto não deve passar, necessariamente, pelo direito criminal, sendo possível o reconhecimento da proteção da vida do feto através, promovendo-se a redução dos índices de abortos através de outros mecanismos, como o investimento maciço em campanhas de esclarecimento sobre métodos contraceptivos e a criação/expansão de programas sociais que deem suporte às mulheres que optem pela maternidade ⁵

No Brasil, contudo, a interrupção de gravidez – mesmo em seus estágios iniciais – é, em regra, criminalizada. O art. 124 do Código Penal comina pena de 1 (um) a 3 (três) anos para a mulher que provocar o aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoquem. As poucas exceções que autorizam a realização do aborto no Brasil são: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; (ii) se a gravidez resulta de estupro⁶; e (iii) na hipótese de diagnóstico médico definitivo de anencefalia fetal, malformação incompatível com a vida extrauterina e que ocasiona morte quase imediata após o nascimento⁷.

A criminalização do aborto não impede, contudo, que sejam realizados cerca de 1 milhão de procedimentos por ano apenas no Brasil⁸. Na Pesquisa Nacional de Aborto (PNA)

⁵ Esta é a posição predominante na Alemanha atualmente e justificaria as baixas taxas de aborto realizados – que seguem decrescendo ano a ano, a despeito de o aborto ser legalizado no país identificando-a com o suporte social e econômico promovido pelo governo local à maternidade FERREE, Myra Marx, *et alli* Shaping Abortion Discourse: Democracy and the Public Sphere in Germany and United States Cambridge University Press 2002, principalmente na introdução. Esta tese é defendida ainda em países em desenvolvimento, cabendo destacar que estudos realizados em Bangladesh confirmaram que, embora a taxa de realização de abortos de gestações indesejadas seja idêntica em locais da cidade com maior ou menor grau de acesso à contraceptivos, o número de gestações não planejadas se reduz drasticamente com o acesso maciço à contraceptivos, ocasionando uma redução nos números totais de aborto nesta região. Veja-se: Do better family planning services reduce abortion in Bangladesh? The Lancet, v. 358, Issue 9287, p. 1051-1056 Set. 2001 September 2001.

⁶ Código Penal Brasileiro. Art. 128: Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁷ Esta hipótese de aborto legal foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF n.54, que será abordada no item 3.4 e ao longo de todo o trabalho.

⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil / Ministério da

realizada em 2010 constatou-se que mais de uma mulher a cada cinco já realizou aborto no Brasil até os 40 anos⁹. Esta pesquisa constatou, ainda, que o aborto é mais frequente entre mulheres de escolaridade muito baixa. A proporção de mulheres que fizeram aborto alcança 23% entre aquelas com até o quarto ano do ensino fundamental (ou nível equivalente), ao passo que entre mulheres com o ensino médio concluído é de 12%¹⁰.

Um estudo global feito em colaboração pela Organização Mundial de Saúde e pelo Guttmacher Institute em New York, grupo que busca a consolidação de direitos reprodutivos chegou à conclusão de que o número de abortos em países em que o aborto é legalizado e países em que é proibido ou restrito é estatisticamente igual¹¹. Vê-se, portanto, que a criminalização do aborto não reduz sua incidência, bem como sua legalização não faz crescer o número de procedimentos¹², mas apenas leva as mulheres à realização de abortos inseguros que põem sua saúde e suas vidas em risco¹³.

Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009, p.14.

⁹ A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) combinou duas técnicas de sondagem, técnica de urna e questionários preenchidos por entrevistadoras, para levantar dados sobre aborto no Brasil urbano em uma amostra estratificada de 2.002 mulheres alfabetizadas com idades entre 18 e 39 anos em 2010. Para análise dos métodos e dos resultados obtidos na referida pesquisa, veja-se: DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna Ciênc. saúde coletiva vol.15 supl.1 Rio de Janeiro. Junho de 2010.

¹⁰ Na interpretação dos dados obtidos com a pesquisa, os autores destacaram que “*É difícil, porém, imputar à escolarização um determinante direto do aborto por pelo menos duas razões: (1) os resultados refletem uma distribuição etária da educação na qual o nível de escolaridade é menor entre grupos que acumularam mais abortos ao longo do tempo, ou seja, as mulheres mais velhas e (2) porque é razoável crer que os efeitos indiretos da educação sobre o aborto - afetando participação no mercado de trabalho e salários, padrões de união conjugal, etc. - sejam tão ou mais importantes que os efeitos diretos do nível de informação sobre reprodução e sexualidade que uma maior escolaridade seria capaz de acrescentar.*” DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna Ciênc. saúde coletiva vol.15 supl.1 Rio de Janeiro Junho de 2010

¹¹ Veja-se: GUTTMACHER, Abortion Ratios Worldwide in 2008, Disponível em : <http://www.guttmacher.org/media/resources/abortion-ratios.pdf>. Última consulta em maio de 2014.

¹² Aproximadamente metade de todos os abortos realizados pelo mundo são inseguros e a quase totalidade de todos os abortos inseguros (98%) que ocorrem no mundo são realizados em países em desenvolvimento. GUTTMACHER Institute, Facts on Induced Abortion Worldwide- WORLDWIDE INCIDENCE AND TRENDS. Disponível em: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html. Última consulta em maio de 2014.

¹³ Estudo realizado em 13 países em desenvolvimento da África (Egito, Nigéria e Uganda), Ásia (Bangladesh, Paquistão e Filipinas) e América Latina e Caribe (Brasil, Chile, Colômbia, República Dominicana, Guatemala, México e Peru) acerca do número de internações de mulheres entre 15-44 anos, decorrentes de abortos inseguros indicam que estes números variam entre 3 a cada 1000 mulheres em Bangladesh a um máximo de 15 a cada 1000 mulheres no Egito e em Uganda. Nigéria, Paquistão e Filipinas têm taxas que variam de 4—7 a cada 1000 mulheres. Veja-se: SINGH, Susheela , Hospital admissions resulting from unsafe abortion: estimates from 13 developing countries The Lancet, Volume 368, Issue 9550, Pages 1887 - 1892, 25 November 2006.

Este é o quadro fático no Brasil e em todo mundo ocidental onde o aborto é proibido: as mulheres seguem fazendo aborto independentemente de sua proibição e do risco de prisão ou morte, sendo certo que a tipificação em nada previne este tipo de crime. A criminalização, porém, faz com que as mulheres mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico, acabem por se sujeitar a abortos inseguros, em flagrante violação ao princípio da justiça e da igualdade¹⁴.

Cabe ressaltar, ainda, que, conforme se verá ao longo do presente trabalho, o número de processos criminais versando sobre o crime de aborto é ínfimo perto das estimativas de abortos realizadas anualmente no país, demonstrando de forma clara a ineficácia punitiva em relação a este tipo pena¹⁵.

Assim, temos um arcabouço jurídico que, se por um lado, não impede a realização de abortos, acaba por impor a muitas mulheres em situação de gravidez indesejada – principalmente as mais pobres – os riscos inerentes à clandestinidade: abortos inseguros dos quais podem decorrer mortes ou sequelas físicas e possibilidade de sujeição à persecução penal¹⁶.

Considerando o contexto acima apresentado, o objetivo do presente estudo é analisar a problemática do aborto à luz dos princípios constitucionais estabelecidos na Constituição de 1988, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que nele encontram seu fundamento de validade.

¹⁴ PIMENTEL, Silvia – Derechos reproductivos: avances y nudos/retos – Fragmentos de reflexiones. Breve estudio hecho en colaboración con Valéria Pandjjarjian para servir de base a la ponencia presentada AL III Seminario Regional de CLADEM – Derechos Reproductivos, Derechos Sexuales, Derechos Humanos... -6 de Noviembre de 2001, Lima, Peru. APUD

¹⁵ Estudo realizado em 13 países em desenvolvimento da África (Egito, Nigéria e Uganda), Ásia (Bangladesh, Paquistão e Filipinas) e América Latina e Caribe (Brasil, Chile, Colômbia, República Dominicana, Guatemala, México e Peru) acerca do número de internações de mulheres entre 15-44 anos, decorrentes de abortos inseguros indicam que estes números variam entre 3 a cada 1000 mulheres em Bangladesh a um máximo de 15 a cada 1000 mulheres no Egito e em Uganda. Nigéria, Paquistão e Filipinas têm taxas que variam de 4—7 a cada 1000 mulheres. Veja-se: SINGH, Susheela, Hospital admissions resulting from unsafe abortion: estimates from 13 developing countries *The Lancet*, Volume 368, Issue 9550, Pages 1887 - 1892, 25 November 2006.

¹⁶ Depois de um período de declínio entre 1995 e 2003, a taxa de aborto de abortos realizados no mundo cresceu no período 2003 e 2008. No período, foram realizados em média 14 abortos a cada 1,000 mulheres entre 15-44 anos e a proporção de abortos inseguros dentre estes aumentou de 44% para 49%. Especificamente na América Latina, 95% dos abortos realizados são inseguros. Quase todos os abortos seguros são realizados na região do Caribe, principalmente em Cuba, que tem leis liberais sobre o tema. Veja-se: SEDGH et al., Induced abortion worldwide in 2008: levels and trends, *Lancet*, 2012.

Para tanto, apresentaremos um breve histórico do direito ao aborto, seguido de panorama do tratamento conferido ao aborto em outros ordenamentos jurídicos e no cenário do direito internacional, de forma a analisar o tema prisma do direito comparado. Isto para avaliar a experiência jurídica de países que, à semelhança do Brasil consideram a dignidade da pessoa humana um valor e tutelam os direitos fundamentais em geral. Ao final, o debate será inserido no cenário brasileiro, através do enfrentamento do tratamento conferido ao aborto pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e pela mídia brasileira.

Em seguida, analisaremos o tratamento conferido ao aborto no ordenamento jurídico brasileiro através da identificação dos princípios em conflito na controvérsia. A tipificação do aborto será, portanto, analisada à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à saúde, à igualdade, à liberdade e autonomia reprodutiva e também sob o viés do direito à privacidade. Será, ainda, inserido no debate a questão da laicidade do Estado brasileiro e seus impactos no debate sobre o aborto, bem como considerações sobre a tutela constitucional da vida intra-uterina.

O estudo terá continuidade através da análise da recepção do art. 124 do Código Penal Constituição de 1988 e a compatibilidade entre a situação atual da questão no Brasil, a saber, a criminalização quase total do aborto e a ordem constitucional em vigor. Por fim, se pretende analisar a legitimidade do enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário, bem como os parâmetros e limites de sua atuação.

1 O ABORTO NO DIREITO COMPARADO

1.1 Evolução histórica do debate sobre o aborto.

Antes de adentrar a análise do aborto no âmbito do direito comparado e visando uma melhor compreensão das questões envolvidas no debate, é conveniente uma análise da evolução histórica deste tema controverso, analisando que posições foram desenvolvidas ao longo da história humana ocidental para aferir como tais posições influenciam e condicionam o atual debate sobre o aborto.

O termo aborto provém do latim *aboriri* e significa “separar do lugar adequado”, sendo observado desde século XXVIII antes de Cristo, na China¹⁷. No conceito de Tocci, “*a expulsão antecipada do produto da concepção do interior do útero materno tem lugar quando o feto morre ou quando a conexão do ovo com a mucosa uterina vem a se romper precocemente, seja por causas derivadas do próprio organismo materno, por moléstias do ovo, seja através da utilização de meios artificiais*”¹⁸. A definição é útil na medida em que já traz no seu bojo a distinção entre aborto espontâneo e provocado, sendo certo que o objeto do presente estudo está centrada na análise do aborto provocado.

Na Grécia e Roma antigas, o aborto não chocava o senso moral comum e era geralmente permitido, sendo certo que em Roma o direito era influenciado pela tese estoíca que classificava o feto como parte das entranhas maternas (*pars viscerum matris*) Em ambas as sociedades o aborto era bastante difundido em todas as camadas sociais¹⁹.

Com a ascensão do cristianismo como religião hegemônica, há uma mudança de costumes uma vez que esta religião estabelecia em seu plano teórico-doutrinal que o aborto era proibido por consubstanciar ato contrário à soberania de Deus sobre a vida humana. Cabe notar que a igreja se posicionava contrariamente tanto à contracepção quanto ao aborto por considerar ambos pecados contra o matrimônio.

Além disso, a posição tradicional da Igreja Católica até o século XIX era no sentido de que o feto não era um ser humano até o momento da “animação”, ou seja, a partir do

¹⁷ MATIELO, Fabrício Zamprogna. Aborto e direito penal. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994 p. 14.

¹⁸ TOCCI, Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale apud MATIELO, Fabrício Zamprogna. Aborto e direito penal. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994 p. 14.

¹⁹ MORI, Maurizio, A moralidade do aborto. Editora UNB, p. 17

momento em que se considerava que o feto passava a possuir uma alma. Este momento era fixado em quarenta dias após a concepção de fetos masculinos e oitenta dias após a concepção no caso de fetos femininos. Assim, o aborto era condenado neste período não porque importasse na eliminação de uma vida humana, mas porque este violava a santidade do matrimônio e o propósito de Deus na união entre duas pessoas. O debate não se centrava na ideia de que o feto seria ser humano com direito à vida²⁰.

Foi apenas em 1869 que Pio IX, através do documento *Apostolicace sedis* abandona a limitação que estabelecia que a pena de excomunhão incidiria apenas no caso de aborto de fetos animados e, com isso, equipara o aborto realizado no início da gestação àqueles realizados em fases mais avançadas da gravidez. É também neste período que a Igreja começa a sustentar a posição teológica de que todos os abortos se equiparam a homicídios.

Concomitantemente, a partir do século XVII, se constata o fenômeno da medicalização da gravidez e os obstetras conseguem se impor às parteiras e assumir o controle da realização de partos. Este fenômeno impacta na questão do aborto porque a ao mesmo tempo que a medicalização torna o aborto mais eficaz, os médicos passam a difundir uma discurso iluminista de análise da reprodução sob a ótica da saúde pública. Com a constatação no início do século XIX de que qualquer intervenção cirúrgica, inclusive o aborto, punha em risco a saúde das pessoas, os médicos passaram a se opor ao aborto a fim de proteger a vida das mulheres.

Neste contexto, passou-se a punir severamente o aborto, editando-se leis restritivas na Europa e na América que perduraram até 1960. Estas leis, apesar de proibirem o aborto sob várias justificativas, nunca o equiparam ao homicídio. Na década de 60 do século passado, no esteio de debates sobre a admissibilidade do aborto em caso de malformações fetais que exsurgiu no contexto do uso, por milhares de mulheres durante a gravidez, do medicamento talidomida²¹, fortaleceu-se a ideia de que a mulher teria direito ao aborto como uma base

²⁰ TRIBE, Laurence H. *Abortion: the clash of absolutes*, W.W. Norton & Company, 1990. p.31.

²¹ A talidomida foi um sedativo lançado em 1957 na Alemanha. Era prescrito como remédio às mulheres grávidas, para combater enjoos matinais. Ainda no final dos anos 1950, foram descritos na Alemanha, Reino Unido e Austrália os primeiros casos de malformações congênicas onde crianças passaram a nascer com focomelia, mas não foi imediatamente óbvio o motivo para tal doença. Os bebês nascidos desta tragédia são chamados de "*geração talidomida*". Em 1962, quando já havia mais de 10.000 casos de defeitos congênicos a ela associados em todo o mundo, a Talidomida foi removida da lista de remédios indicados. Sobre a influência dos efeitos colaterais da talidomida no debate sobre o aborto, veja-se: ROCHA, Maria Isabel Baltar *Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões no parlamento*, in *Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto* AVILA, Maria Betânia, PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA, Verônica Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

necessária para garantir sua igualdade perante os homens²².

Com a ascensão da ideia do aborto como um direito das mulheres em prol da igualdade de gênero, fortalecida pelo advento da técnica de sucção, que transformou o abortamento em procedimento ambulatorial de riscos reduzidos, os grupos sociais contrários ao aborto, segundo Mauricio Mori, “*abandonaram as justificativas tradicionais da proibição [do aborto] para afirmar com vigor que o feto é pessoa desde a concepção e, portanto, que o aborto é ilícito como verdadeiro homicídio.*”

Assim, o debate sobre o aborto ganha os contornos atuais de discussão contrapondo (i) a tentativa de enquadramento do feto como pessoa humana para assegurar-lhe direito à vida; e (ii) a ideia de que a mulher só será tratada com dignidade e terá a igualdade perante os homens assegurada se puder dispor autonomamente de seu próprio corpo.

Como já sugerido no capítulo introdutório, a conjuntura social que permeia a disputa moral, política e jurídica do debate sobre o aborto no Brasil pode ser melhor analisada se a considerarmos sob a perspectiva do direito comparado, da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e das normas internacionais sobre direitos humanos. Isto porque este debate tem contornos semelhantes nos países ocidentais que não legalizaram ou liberalizaram o aborto, a saber: (i) a despeito da criminalização, há índice muito baixo de efetiva persecução penal em virtude do crime de aborto; e (ii) acesso mais fácil das mulheres com melhores condições econômicas ao aborto relativamente seguro através de clínicas clandestinas e medicamentos abortivos adequadamente ministrados.

Além disso, mesmo nos países que liberalizaram o aborto, este é um tema moralmente divisivo em que as partes utilizam argumentos semelhantes para defender os pólos opostos. Neste contexto, parece relevante analisar a experiência de países que possuem arcabouço jurídico e institucional similares ao brasileiro, de forma a identificar experiências e modelos de legalização do aborto que podem ser utilizados como parâmetro para a sociedade brasileira no debate deste tema.

Inicialmente, cabe destacar que até o começo da década de 1960, a grande maioria das legislações do mundo proibia o aborto. Como exceções, pode-se citar os Códigos Russos de 1922 e 1926 que puniam apenas o realizador de aborto sem consentimento da gestante ou sem

²² MORI, Maurizio, A moralidade do aborto. Brasília: Editora UNB, p. 285.

conhecimento técnico e o Código Uruguaio de 1933 à 1936, que só punia o aborto provocado sem o consentimento da gestante.

Os avanços feministas e o afastamento entre Estado e religião que se aprofundaram a partir da década de sessenta impulsionaram um forte movimento mundial no sentido de liberalizar a legislação sobre o aborto. As soluções adotadas por cada país variaram, bem como a opção pela legalização através do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário e o alcance do suporte estatal à prática do aborto.

O objetivo do presente trabalho é traçar um panorama do tratamento conferido ao aborto no cenário mundial atual, traçando um paralelo da conjuntura internacional com a realidade brasileira. Para tanto, pretende-se analisar o arcabouço jurídico conferido ao aborto atualmente nos seguintes países: Alemanha, Colômbia, Estados Unidos, França, Polônia e Portugal.

1.2 Alemanha

O aborto foi criminalizado na Alemanha já no primeiro Código Penal do Estado, que estabelecia em seu art. 218 o aborto como um crime punível com cinco anos de prisão. Ao final do século XIX, porém, o aborto tornou-se objeto de debate público após o esforço de liberais, socialistas e feministas para inserir na agenda política alemã o debate sobre o controle populacional e o controle de natalidade²³.

Na virada do século XX, portanto, já havia se instalado na Alemanha um clamor de determinados segmentos sociais para que o aborto fosse descriminalizado e para que fosse oferecido suporte apoio a mães solteiras e para que as mulheres optassem por ter ou não filhos²⁴. Em 1904 surgiu a Liga para Proteção de Mães e para a Reforma Sexual, movimento que pleiteava a igualdade no casamento, facilitação do divórcio e igualdade de direitos entre filhos nascidos dentro e fora de casamentos. Esta Liga foi a primeira organização a buscar a

²³ FERREE, Myra Marx, *et alli* Shaping Abortion Discourse: Democracy and the Public Sphere in Germany and United States Cambridge University Press 2002 p.26

²⁴ SARAH. Elizabeth. Finding a feminist historical framework: A review of feminism in Europe. Liberal and socialist strategies, 1789–1919. Women Studies International Forum . V. 5. Issue 6 1982, Pages 701–706. Sobre a história do movimento feminista alemão ver também: WILDENTHAL, Lora, German Women for Empire, 1884 1945 (Politics, History, and Culture) Duke University Press, 2001.

descriminalização do aborto na Alemanha “em nome do direito a autodeterminação e em nome do direito à liberdade das mulheres”²⁵.

A Constituição de Weimar conferia às mulheres o direito de votar (artigo 22) e o direito de trabalhar em repartições públicas (Artigo 150). As mulheres usufruíram de efetivamente de tais direitos e entre 70-90% delas votou nas eleições realizadas na República de Weimar²⁶. A participação política das mulheres tornava-se mais relevante porque após a 1ª Guerra Mundial e as mortes decorrentes de combate o número de mulheres na Alemanha era superior ao número de homens em um milhão²⁷.

Neste contexto, o movimento das mulheres pressionava o Parlamento alemão buscando a instituição de uma legislação mais liberal, que incluísse a promoção da maternidade voluntária e a igualdade sexual das mulheres²⁸. Em 1926 o governo acabou por atender parcialmente esta demanda com a redução da severidade da pena para mulheres que buscavam o aborto e aqueles que o realizavam. Em 1927, a Suprema Corte Alemão considerou legal o aborto realizado por razões médicas, quando a gravidez pudesse gerar risco às mães. Este entendimento permitiu uma interpretação mais liberal do enquadramento do aborto como um crime e acabou por gerar a criação de clínicas de aborto por toda a Alemanha²⁹.

A crise econômica mundial que se sucedeu à quebra da Bolsa de Nova York e a ascensão do nacional-socialismo acabou por interromper este processo de liberalização das práticas sociais na Alemanha. Com a ascensão ao poder do Partido Nazista e a constatação de que o número de nascimentos na Alemanha era insuficiente para manter a constância da população e deveria ser complementado com imigração, o Estado alemão estabeleceu como meta o aumento do número de nascimentos no país. Esta meta, contudo, não implica em

²⁵ EVANS, Richard. *The Feminist Movement In Germany, 1894–1933*, London: Sage Publications, 1976. p. 134.

²⁶ BRIDENTHAL, Renate KOONZ, Claudia. *Becoming visible: women in European history, 1977*. Sobre a história das mulheres e seus movimentos sociais no período nazista, confira-se também: KOONZ, Claudia, *Mothers in the Fatherland: Women, the Family and Nazi Politics*, 1988.

²⁷ EVANS, Richard. *The Feminist Movement... Op. Cit.* p 140.

²⁸ ALBANESE, Patrizia. *Mothers of the Nation: Women, Families and Nationalism in Twentieth-century Europe*. University of Toronto Press 2006, p. 28.

²⁹ QUINE, Maria Sophia. *Population Politics in Twentieth Century Europe: Fascist Dictatorships and Liberal Democracies*, Routledge, 2013 p. 95.

estímulo à procriação de todos os grupos sociais mas em uma campanha para o aumento e preservação da “raça” germânica/ariana³⁰

Esta conjuntura fez surgir a mais severa legislação contra o aborto de toda a Europa e transformou a interrupção voluntária de gravidez em um “crime contra a raça” punível com 50 anos de prisão³¹. Esta legislação se tornou ainda mais dura durante a 2ª Guerra Mundial, quando tribunais especiais foram criados para julgar o crime de aborto ilegal. Os referidos tribunais podiam estabelecer até mesmo a pena de morte para mulheres que abortassem voluntariamente um feto de “raça pura germânica”³².

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, a descriminalização do aborto voltou a ser discutida publicamente na Alemanha e o Parlamento acabou por editar sucessivas leis liberais sobre o aborto. Estas leis foram consideradas inconstitucionais até 1995 pelo Tribunal Constitucional alemão, sob o fundamento de que não respeitariam adequadamente o direito à vida do feto. Neste caso, portanto, vimos que as maiorias políticas entendiam que a conduta da interrupção de gravidez não deveria ser criminalizada, mas o Judiciário impediu a legalização do procedimento utilizando como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana³³.

A primeira lei que descriminalizou o aborto no país legalizava a interrupção voluntária de gravidez realizada por médico até a 12ª semana de gestação. Esta lei, editada em 1974, foi considerada inconstitucional sob o fundamento de que mesmo antes do nascimento o feto já um seria em desenvolvimento e, portanto, merecedor de proteção constitucional. Apesar de ter reconhecido o direito à privacidade da grávida nas decisões acerca da procriação, entendeu que este direito deveria ceder em ponderação com o direito à vida do feto. Admitiu, entretanto, a prevalência do direito de escolha da mulher acerca da continuidade da gravidez

³⁰ ALBANESE, Patrizia . Op. Cit., p. 30.

³¹ QUINE, Maria Sophia. Population Politics in Twentieth Century Europe: Fascist Dictatorships and Liberal Democracies, Routledge, 2013 p.120.

³² ALBANESE, Patrizia . Op. Cit., p. 35.

³³ Sobre o contexto social e político desta decisão, veja-se: MINKENBERG, Michael. The policy impact of church–state relations: family policy and abortion in Britain, France, and Germany. West European Politics, v. 26, n. 1, p. 195-217, 2003.

em situações específicas como a de risco à vida e à saúde da gestante, má formação fetal, gravidez resultante de estupro e situação social dramática da família.³⁴

Visando respeitar os parâmetros estabelecidos na decisão da Corte Constitucional alemã na decisão acima indicada, foi alterada a legislação sobre o tema em 1976. Esta nova lei como regra proibiu e criminalizou o aborto, autorizando-o em situações excepcionais relacionadas às hipóteses em que a Corte Constitucional da Alemanha havia reconhecido a possibilidade de prevalência do direito de escolha da grávida, incluindo-se a possibilidade de realização legal de abortos fundados em razões sociais e econômicas³⁵.

A questão da descriminalização do aborto só foi retomada na década de 90, após a queda do muro de Berlim e a reunificação da Alemanha. Isto ante a necessidade de uniformizar o tratamento dado à interrupção voluntária de gravidez no país, uma vez que enquanto na Alemanha Ocidental o regramento tinha por regra a proibição do aborto, como acima descrito, na Alemanha Oriental o aborto era livre no primeiro trimestre de gestação³⁶.

Neste contexto, nova lei sobre o aborto foi promulgada pela Alemanha em 1992. Esta lei legalizava o aborto no primeiro trimestre de gestação, mas condicionava sua realização à uma prévia submissão a aconselhamento específico e à espera de um período de três dias para reflexão. Nos dizeres de Sarmiento, *“a principal característica da nova legislação estava no fato de que visava evitar o aborto através de mecanismos não repressivos (...), no afã de eliminar as causas materiais que levam as mulheres a procurarem a interrupção da gravidez.”*³⁷

Esta lei também foi submetida ao escrutínio da Corte Constitucional alemã, que reiterou o entendimento de que o feto é dotado de dignidade humana e considerou inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial de gravidez, com exceção dos casos em que a continuidade da gravidez impusesse um ônus excessivo à gestante, consubstanciado

³⁴ MORRIS, Douglas G. Abortion and Liberalism: A Comparison Between the Abortion Decisions of the Supreme Court of the United States and the Constitutional Court of West Germany. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 11, p. 159, 1987.

³⁵ DIXON, Rosalind e GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, 2011 p. 615.

³⁶ KOMMERS, D. P. (1994). Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention, *The J. Contemp. Health L. & Pol'y*, 10, 1.

³⁷ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. 2013.

quando seu prosseguimento frustrasse projetos pessoais ou agravasse situação social familiar³⁸.

Assim, a Corte Constitucional estabeleceu que em situações em que a continuidade da gravidez impusesse à mulher um ônus desarrazoado, este aborto seria compatível com a ordem constitucional alemã, até porque *“embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação”*. Além disso, neste mesmo caso também restou decidido que a proteção ao feto não precisava ser realizada através do direito penal, estatuidando a Corte Constitucional que *“quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado..., desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal.”*³⁹

Essas sucessivas leis e as manifestações do Tribunal Constitucional na Alemanha acabaram por materializar verdadeiro diálogo institucional, que culminou na edição de nova lei sobre a matéria em 1995. A norma em questão (i) identifica o aborto como antijurídico; (ii) a despeito disso, em virtude do reconhecimento da validade da proteção do nascituro através de instrumentos não criminalizantes, o aborto resta impune se realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez, desde que a mulher, no mínimos três dias antes da realização do aborto, tenha procurado aconselhamento médico oficial. Este aconselhamento não é neutro, no sentido de que sua atuação visa à proteção da vida do nascituro e, portanto, busca encorajar a gestante a prosseguir com a gravidez.

Confira-se lição de Claus Roxin, esclarecendo o funcionamento da regulamentação atual sobre o aborto na sociedade alemã:

“É certo que a decisão final incumbe à mulher, de maneira que o aborto nos primeiros três meses permanece impune mesmo quando inexistente qualquer indicação específica. Neste aspecto, o modelo de aconselhamento fica mais próximo da solução de prazo. Ele se aproxima, por outro lado, da solução de indicações, uma vez que, em primeiro lugar, a orientação dada à mulher deve esclarecer-lhe, como diz a lei (§ 219, I, 3, StGB), que “a interrupção da gravidez só pode ser considerada em situações excepcionais”, e porque, em segundo lugar, um aborto sem indicações, ocorrido nos primeiros três meses, após a orientação, apesar de impune, permanece, seguindo uma exigência expressa do Tribunal Constitucional, antijurídico. Há justificação

³⁸ LANDFRIED, Christine. Judicial policy-making in Germany: The federal constitutional court. West European Politics, v. 15, n. 3, p. 50-67, 1992.

³⁹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição. Op. Cit.* 2013.

unicamente, até o fim da gravidez, se for o caso de uma indicação médico-social (§ 218aII StGB), e, além disso, nos primeiros doze meses, se a gravidez decorrer de um delito sexual (§218ª III StGB).”⁴⁰

Cabe ressaltar que nos últimos anos a taxa de abortos por ano na Alemanha vem diminuindo. A taxa de abortos realizados declinou 1.4% no ano de 2011 e permaneceu em queda nos anos subsequentes, tendo reduzido em 1.9% em 2012 e em 3.8% em 2013. Segundo as estatísticas oficiais da Alemanha, em 2013 foram realizados cerca de 102.800 abortos no país⁴¹.

Isto mostra que a descriminalização do aborto e o enfrentamento da questão através de mecanismos não-repressivos não só não ocasiona um aumento quantitativo de abortos realizados como – combinado a medidas como promoção do planejamento familiar e acesso a anticoncepcionais – pode ocasionar uma redução do número de procedimentos realizados.

1.3 Colômbia

Na Colômbia o aborto era considerado crime em qualquer situação até 2006. As cláusulas de despenalização do aborto atualmente em vigor neste país foram introduzidas por decisão judicial da Corte Constitucional da Colômbia. Vale notar que, desde a década de setenta, o movimento feminista lutava pela despenalização do aborto e que alguns projetos de lei foram apresentados sobre o tema, mas não foram aprovados⁴². Sobre o cenário social da prolação da decisão da Corte Constitucional colombiana, confira-se relato constante de documento elaborado pelo movimento feminista colombiano:

“La despenalización del aborto se percibe como posible en un momento histórico y para el momento en que se dio puede decirse que la sociedad colombiana estaba más madura políticamente, había incorporado el discurso de los derechos humanos, el del Estado social de derecho, y el pensamiento liberal tenía mucho más arraigo en un alto

⁴⁰ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro.

⁴¹ Dados obtidos em: https://www.destatis.de/SiteGlobals/Forms/Suche/EN/Servicesuche_Formular.html?nn=169126&resourcelid=47502&input_=169126&pageLocale=EN&searchUrl=http%3A%2F%2Fwww.destatis.de%2FEN%2FPublications%2FSpecialized%2FInformationSociety%2FInformationSociety.html&cms_search=abortion&submit=senden&sort=score&cms_facet=&documentType=ALL&dateOfIssue=ALL&switchsource=solr+Internet&x=0&y=0. Consulta em 18.06.2013

⁴² Foram apresentados projetos sobre a despenalização parcial ou total do aborto em 1975, 1979, 1985 e 1989. Para saber mais sobre a luta histórica para despenalização do aborto na Colômbia, vide Un derecho para las mujeres: La Despenalización parcial del Aborto en Colômbia, disponível em <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/IMG/pdf/Despenalizacion-3.pdf>, consulta em 24.03.2013.

porcentaje de los y las colombianas. La sociedad contaba con elementos para actuar, la propia Corte Constitucional había generado una importante jurisprudencia y el país tenía una política pública en materia de salud sexual y reproductiva.”⁴³

Neste contexto, em maio de 2006 a Corte Constitucional da Colômbia decidiu que o aborto não poderia ser considerado crime se uma das três situações a seguir fossem verificadas: (i) quando um médico certificar que a gravidez ameaça a vida ou a saúde da gestante; (ii) quando médico constatar sérias malformações, que possam eventualmente inviabilizar sua vida; ou (iii) quando a gravidez resultar de estupro, incesto ou inseminação artificial realizada sem consentimento da mulher, desde que os atos criminosos tenham sido reportado às autoridades competentes, na forma da lei.

Esta decisão sofreu críticas não apenas substanciais, mas também acerca da legitimidade da Corte Constitucional colombiana para descriminalizar o aborto – ainda que em algumas hipóteses restritas – por ser esta decisão moralmente divisiva e, portanto, alegadamente de competência do parlamento colombiano.⁴⁴

A despeito das críticas acima indicadas, o Tribunal Constitucional colombiano firmou entendimento acerca da liberalização do aborto em determinados casos, com base nos seguintes fundamentos.⁴⁵

- (i) Distinção entre o direito à vida, que pressuporia titularidade para seu exercício e, portanto, só estaria assegurado às pessoas humanas já nascidas, e o direito à proteção da vida, que se estenderia àqueles que não alcançaram a condição de pessoa humana, ou seja, ao feto;
- (ii) No caso do aborto, o fundamento para sua proibição não seria o caráter de pessoa humana do nascituro e seu conseqüente direito à vida, mas o dever de proteção à vida em gestação;

⁴³ Un derecho para las mujeres: La Despenalización parcial del Aborto en Colômbia, disponível em <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/IMG/pdf/Despenalizacion-3.pdf>, consulta em 24.03.2013, p. 33.

⁴⁴ Confira-se síntese das críticas empreendidas à decisão em: VÉLEZ, Ana Cristina González e Monsalve, Viviana B., Estudo de caso da Colômbia: normas sobre o aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo in Revista Internacional de Direitos Humanos v.10, n. 19, dez/2013.

⁴⁵ Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-355/06. Disponível para Consulta em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>, acesso em 26.03.2013.

(iii) O ordenamento jurídico não tutela a vida do nascituro com a mesma intensidade que tutela a vida das pessoas já nascidas e há distinção entre a reprovação social em relação ao homicídio e em relação ao aborto;

(iv) Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são direitos humanos e, como tais, integram o direito constitucional. A garantia desses direitos é essencial para o reconhecimento da igualdade de gênero e da emancipação da mulher e consubstanciam limites à adoção de normas penais que não tratem a mulher como pessoa humana, mas meramente como instrumento de reprodução e ferramenta de procriação da espécie humana.

Considerando tais pontos e aduzindo ainda que o respeito aos direitos das mulheres não impunha, necessariamente, a despenalização do aborto em todos os casos, o Tribunal Constitucional colombiano descriminalizou a interrupção voluntária da gravidez em caso de risco à saúde da gestante, estupro ou incesto e malformação fetal.

Além da descriminalização nas hipóteses específicas acima citadas, a Corte Constitucional da Colômbia emitiu decisões posteriores que asseguraram efetivo acesso ao direito ao aborto legal. No que se refere à proteção à saúde, a Corte entendeu que é dever do Estado assegurar o acesso a testes que possam aferir se a continuidade da gravidez implica ou não em risco à saúde física ou mental da mulher, bem como deve prover o acesso ao aborto legal em instituições médicas em todo o território nacional⁴⁶:

A Corte decidiu ainda que a possibilidade de optar autonomamente pelo aborto está diretamente vinculada à dignidade humana, uma vez que esta compreende necessariamente a “liberdade de escolha de um plano de vida concreto”. Desta forma, entendeu que o direito de decidir pelo aborto nas situações autorizadas por lei é assegurado a todas as mulheres, independentemente de sua idade. Assim, considerou inconstitucional a legislação colombiana que proibia a realização de abortos em menores de catorzes anos sem autorização dos pais por entender que a colocação desta barreira intransponível à opção pelo aborto violaria a dignidade humana da meninas menores de catorze anos⁴⁷.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-388-09. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>>. Último acesso em: Nov. 2013

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-388-09. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>>.

No que concerne ao direito à informação e o aborto, a Corte estabeleceu que o Estado tem obrigação de assegurar às pessoas em geral acesso à informação adequada ao exercício integral de seus direitos reprodutivos e sexuais⁴⁸, de forma permitir que estas tomem decisões livres e informadas sobre questões afetas à sua vida privada. Além disso, estabeleceu que é dever do Estado se abster de censurar, ocultar, distorcer ou deixar de veicular informações relacionadas à saúde sexual e garantir que terceiros não impeçam ou limitem o acesso a este tipo de informação⁴⁹

Para assegurar o direito à privacidade das mulheres que buscam o aborto legal, a Corte Constitucional colombiana estabeleceu que as autoridades judiciárias não poderão divulgar suas identidades ou informações que permitam descobri-la. Isto porque a possibilidade de censura moral de terceiros poderia desencorajar a busca das mulheres pelo seu direito à interrupção da gravidez e dificultar seu acesso à justiça⁵⁰.

Desde a decisão do Tribunal Constitucional colombiano, ocorrida em 2006, até maio de 2012, foram feitos 251 abortos justificados por estupro; 516, por má formação do feto; e 178 por risco de morte para a mãe. Outras causas específicas embasaram outros 157 casos. Nos casos autorizados pela Corte Constitucional, a interrupção voluntária de gravidez pode ser realizada no sistema público de saúde⁵¹.

1.4 Estados Unidos

A legalização do aborto nos Estados Unidos foi efetivada em 1973, através de decisão judicial proferida pela Suprema Corte Americana no famoso caso *Roe v. Wade*⁵². Neste emblemático caso, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto excetuando apenas na hipótese deste ser necessário para salvar a vida da gestante. O principal fundamento utilizado foi o que direito constitucional à

corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>. Último acesso em: Nov. 2013.

⁴⁸ . Corte Constitucional. Sentencia T-388-09. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>>. Último acesso em: Nov. 2013.

⁴⁹ . Corte Constitucional. Sentencia T-627-12. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm>>. Último acesso em: Nov. 2013

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-627-12. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm>>. Último acesso em: Nov. 2013

⁵¹ Un derecho para las mujeres:La Despenalización parcial del Aborto en Colômbia, disponível em <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/IMG/pdf/Despenalizacion-3.pdf>, consulta em 24.03.2013

⁵² 410 U.S. 113,93 S.Ct. 705 (1973).

privacidade compreendia o direito da mulher de decidir pela continuidade ou não da gestação⁵³.

A referida decisão estabeleceu os parâmetros para as legislações estaduais sobre o aborto, prevendo que este deveria ser livre no primeiro trimestre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. Após, no segundo trimestre, o aborto ainda não poderia ser vedado, sendo autorizada regulamentação estadual apenas para proteger a vida e a saúde da gestante. Apenas no terceiro trimestre o aborto poderia ser proibido pelos Estados, notadamente porque nesta fase da gravidez já haveria viabilidade de vida extra-uterina. Cabe ressaltar, porém, que mesmo nesta hipótese o aborto não poderia ser vedado se necessário à preservação da vida ou da saúde da mãe.

A decisão proferida no caso *Roe vs Wade* foi profundamente criticada tanto sob o viés substantivo, quanto no que se refere a questionamentos à legitimidade democrática de um tribunal não eleito para decidir um tema moralmente divisivo como este⁵⁴.

As críticas substantivas advindas dos grupos contrários ao aborto sustentaram - e ainda sustentam - que a decisão violou o direito do feto à vida. As feministas, por outro lado, consideraram o fundamento da decisão - calcada no direito à privacidade - inadequada. Isto porque entendem que a separação de espaço público e espaço privado é fórmula machista que permite que a tirania do homem se consolide nos ditos espaços privados, excluídos da esfera de apreciação e proteção estatal. Ademais, entendem que o caráter de direito negativo do direito à privacidade, ou seja, que apenas impõe ao Estado o dever de não violar o direito à privacidade e de impedir que terceiros o violem não é suficiente para assegurar que o Estado custeie o aborto, prejudicando as mulheres em situação de pobreza⁵⁵.

No que concerne às críticas por alegada ausência de legitimidade democrática, estas tem como eixo central a ideia de cabe ao Legislativo, democraticamente eleito, editar as normas que regulamentarão a vida em uma sociedade plural como a que temos nos dias atuais sob pena destas restarem ilegítimas. Ronald Dworkin rebate esta objeção afirmando que a

⁵³ Sobre o contexto histórico em que *Roe vs. Wade* foi proferida, os bastidores da prolação da sentença e seus efeitos, confira-se: FAUX, M., *Roe vs. Wade: the Untold Story of Landmark Supreme Court Decision that made Abortion Legal* 1st Cooper Square Press Ed. 2001;

⁵⁴ Confira-se uma síntese das críticas tanto dos que concordam substancialmente com a decisão, quanto daqueles que dela discordam em BALKIN, J. (Org.) *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*. New York University Press, 2005.

⁵⁵ MACKINNON, Catherine. "Reflections on Sex Equality Under Law". In: 100 *Yale Law Journal*, 1991, 1281- 1316

interpretação construtiva das cláusulas mais gerais da Constituição com a finalidade de tutelar os direitos fundamentais e proteger as minorias do eventual arbítrio das maiorias legislativas não consubstancia atividade antidemocrática na medida em que a democracia tem como pressuposto a garantia de direitos fundamentais⁵⁶.

Outro ponto comumente suscitado é a alegação de que a Suprema Corte Americana teria se antecipado à consolidação de um consenso social sobre o aborto como um direito da mulher, essencial para proteção de sua liberdade e de seu direito à igualdade. Segundo estes críticos, a legalização do aborto provavelmente teria sido obtida no âmbito das legislaturas e a decisão proferida pela Suprema Corte americana teria apenas acirrado ânimos e favorecido a radicalização do debate⁵⁷.

Sobre este ponto é importante destacar que a despeito de terem sido efetivamente feitas reformas nas leis de acesso ao aborto em dezenove estados americanos entre 1967 e 1973, estas não significaram, em sua maioria, um acesso mais fácil e amplo ao aborto legal⁵⁸.

Outro ponto a se destacar é que antes de *Roe vs. Wade* o aborto havia sido legalizado apenas no estados americanos Havaí, Nova York e Washington. E, mesmo assim, com margem de aprovação mínima em Nova York – um estado com forte inclinação liberal – mediante alteração de voto do congressista conservador George Michaels momentos antes do anúncio do resultado da votação. Não é possível afirmar, portanto, que havia um forte consenso social a favor do reconhecimento do aborto como direito da mulher em rápida formação⁵⁹.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. "The Moral Reading of the Majoritarian Premise". In: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 01-38.

⁵⁷ Para uma leitura aprofundada sobre o argumento de que a decisão proferida pela Suprema Corte americana no caso *Roe vs Wade* interrompeu o processo de legalização do aborto nos Estados Unidos pelo Legislativo, confira GLENDON, Mary Ann, *Abortion and divorce in Western Law*, 1987.

⁵⁸ A lei editada pelo estado da Georgia para reformar a dura legislação contrária ao aborto estabelecia requisitos para sua realização que praticamente inviabilizavam-no. Para a efetivação de aborto legal em caso de riscos à saúde ou a vida materna exigia-se a aprovação do procedimento por três médicos e pelo conselho revisor do hospital. Em caso de estupro, o aborto só seria autorizado se a autoridade judiciária competente atestasse a existência de evidências de que o estupro teria efetivamente ocorrido. A lei ainda autorizava expressamente que qualquer parente próximo a litigar judicialmente em defesa do feto. (TRIBE, Laurence H. *Abortion: the clash of absolutes*, W.W. Norton & Company, 1990 p. 42).

⁵⁹ SIEGEL, R. & GREENHOUSE, L. Before (and After) *Roe vs. Wade*: New Questions About Backlash. *Yale Law Journal* n.120 2028 (2011) e TRIBE, Laurence H. *Abortion: the clash of absolutes*, W.W. Norton & Company, 1990 p. 49-52.

Além disso, não se pode deixar de conjecturar que legalização do aborto em alguns estados poderia retirar forças do movimento favorável à legalização ao aborto, dificultando sua extensão a todo o país e, com isso, aprofundando a desigualdade entre as mulheres. Assim, a verdade é que não há elementos substanciais que corroborem a alegação de que os Estados Unidos, a exemplo do que ocorreu posteriormente em quase toda a Europa Ocidental, acabaria por legalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação através da legislaturas.

A despeito de toda controvérsia que cerca a decisão do caso *Roe vs. Wade*, esta decisão ainda é válida em suas linhas gerais⁶⁰. A despeito das críticas substantivas dos conservadores, que sustentavam que a decisão deveria ser revista - esta foi mantida por uma Suprema Corte que já detinha a maioria de seus membros nomeados por conservadores, no caso *Planned Parenthood v. Casey*⁶¹, no qual se optou pela manutenção do entendimento de que o direito a privacidade detido pela mulher abarca o direito a decidir acerca da continuidade ou não de uma gestação. Neste caso, a fundamentação da decisão fez referência à dignidade humana como uma justificativa para proibir o governo de interferir na decisão da mulher sobre a continuidade da gravidez⁶².

No referido caso, os juízes O'Connor, Kennedy e Souter redigiram um parecer conjunto no qual afirmaram que *Roe vs. Wade* deveria ter suas linhas essenciais mantidas porque o direito ao aborto tinha proteção constitucional em virtude da importância de se assegurar a autonomia da mulher na decisão sobre ter ou não filhos, bem como do grau de intrusão em sua liberdade que seria forçar uma mulher a permanecer grávida contra a sua vontade⁶³.

A decisão final proferida no caso foi clara e enfática ao reafirmar que os estados americanos não podem proibir abortos realizados antes da viabilidade fetal e que podem

⁶⁰ DUTRA, A. Men Come and Go, but Roe Abides: Why Roe v. Wade Will Not Be Overruled. 90 Boston University Law Review, 1261 (2010).

⁶¹ U. S. 112 S.Ct. 2791

⁶² Para uma análise do recurso à dignidade no Caso Casey, veja-se: SIEGEL, R. Dignity and the Politics of protection: Abortion restrictions Under *Casey/Carhart* The Yale Law Journal n. 117, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Research Paper n. 169, 2008.

⁶³ CHERMERINSKY, Erwin, Constitutional Law – Principles and Policies, p.670

estabelecer proibições para abortos após a viabilidade, desde que, neste caso, o aborto não fosse necessário para proteger a saúde ou a vida da mãe⁶⁴.

Há que se ressaltar, ainda, que dois outros casos devem ser considerados ao se debater o contexto norte-americano do debate acerca do aborto. No primeiro, *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*⁶⁵, a Suprema Corte declarou inconstitucional a exigência de anuência expressa do pai para realização do aborto. Já no segundo caso, *Harris vs. McRae*⁶⁶, restou decidido que o estado não está obrigado a fornecer abortos gratuitamente ou arcar com seus custos, mesmo se comprovada a carência da mulher e sua incapacidade de custear os procedimentos necessários.

Cabe frisar, contudo, que o direito ao aborto nos Estados Unidos vem sendo progressivamente restringido. No Caso *Webster v. Reproductive Health Services*, no qual se discutiu a constitucionalidade da legislação do Missouri que, entre outras previsões, estabeleceu como condição ao aborto a realização de teste para determinar a viabilidade fetal⁶⁷. A exigência deste teste – que somente é aceito pela prática médica após a 28ª semana de gestação e é considerado arriscado tanto para o feto, quanto para gestante – foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte Americana.

Na análise do Caso Webster, a posição minoritária – defendida pelo *Justice Rehnquist* em seu voto – registrou que o interesse estatal em proteger a vida do feto está presente durante toda a gravidez, não apenas após a viabilidade fetal, e considerou que este interesse justificaria a regulamentação ao exercício ao direito ao aborto fixada pelo estado de Missouri⁶⁸.

A manutenção do direito ao aborto estabelecido em Roe só foi possível graças ao voto proferido pela Justice O'Connor. A referida juíza, contudo, deixou consignado em seu voto que considerava inconstitucional a regulamentação do direito ao aborto apenas nos casos em que esta gerasse um ônus excessivo à mulher que busca a interrupção da gravidez, criando um

⁶⁴ NEUMAN, Gerald L. Casey in the mirror: abortion, abuse and the right to protection in the United States and Germany. *The American journal of comparative law*, p. 273-314, 1995 e CHEMERINSKY, Op. Cit., p.673.

⁶⁵ Suprema Corte Americana, 428 U.S.52. (1976).

⁶⁶ Suprema Corte Americana, 448 U.S. 297 (1980).

⁶⁷ Suprema Corte Americana C, 492, U.S.(1989).

⁶⁸ Sobre os impactos da decisão proferida no Caso Webster na visão da opinião pública sobre a Suprema Corte Americana, veja-se: Do attitudes towards specific Supreme Court decisions matter? The impacto f Webster and Texas vs. Johnson on public confidence in Supreme Court. *Political Research Quarterly* Sep. 1998 Vol. 51, n. 3, 633-654.

obstáculo desarrazoado ao exercício direito ao aborto. Com isso, os estados americanos de maioria conservadora e republicana passaram a editar leis regulamentando o aborto para aferir o que a juíza O'Connor – o fiel da balança em matéria de aborto – consideraria a imposição de um ônus desarrazoado⁶⁹.

No Caso *Gonzales v. Carhart*⁷⁰, de 2007, a Suprema Corte Americana – já sem contar com a presença de Sandra O'Connor, substituída após sua aposentadoria por Samuel Alito – manteve o direito ao aborto reconhecido em *Roe* e *Casey*, mas entendeu constitucional o Partial-Birth Abortion Ban Act⁷¹, aprovado pelo Congresso Norte-Americano e editado pelo Presidente Bush em 2003. Na decisão, afirmou-se que a vedação de uso de um método específico para realização do procedimento, tal como feito no caso, não importa em fixação de um obstáculo desarrazoado ao exercício do direito de aborto pelas mulheres.

A Suprema Corte Americana aduziu que as cortes inferiores negaram vigência a uma premissa central reconhecida no Caso *Casey* – a de que o estado tem um interesse substancial em preservar a vida fetal – sendo tal interesse superado apenas nas situações em que é criado um ônus excessivo para que as mulheres exerçam seu direito de escolher continuar uma gravidez indesejada ou interrompê-la.

Em *Carhart*, a posição dominante foi a de que este interesse substancial não está adstrito ao momento pós-viabilidade fetal suscitado na jurisprudência consolidada após *Roe* e que reconheceu a possibilidade de restrições progressivas ao aborto no decorrer do

⁶⁹ Para uma análise detalhada do Caso *Webster* e seus efeitos no direito ao aborto nos EUA, veja-se GRAY, K. An establishment clause analysis of *Webster v. Reproductive Health Services*, *FB*, 24, *Georgia Law Review* 399 (1989-1990); DAVID, M.S. Abortion legislation after *Webster v. Reproductive Health Services*: model statutes and commentaries. *Cumberland Law Review*. 1989-1990; 20 (1): 71-163; TONN, M. B. Darning Sackcloth and ashes: *Webster v. Reproductive Health Services* and moral agony in abortion rights rhetoric. *Communication Quarterly* v. 44 issue 3, 1996, pp. 265-279. Confira-se também: TRIBE, Op. Cit. p. 10 – 27.

⁷⁰ Suprema Corte Americana, 550 U.S. 124 (2007)

⁷¹ O intitulado Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003, editado em 5.11.2003, é uma legislação federal norte-americana que proíbe um determinado procedimento para aborto tardio chamado “aborto com nascimento parcial” realizado em geral no segundo trimestre da gravidez. De acordo com esta lei, o médico que realizar este tipo de aborto estará sujeito ao pagamento de multa, à prisão por até dois anos ou à ambas as punições. O termo aborto com nascimento parcial foi cunhado pelo National Right to Life Committee (NRLC) em 1995 para descrever um procedimento médico de aborto que remove o feto intacto através da dilatação do cérvix da mulher grávida. Sobre este tipo de aborto, confira-se: ROVNER, J., Partial abortion: separating fact from spin. Disponível em: <http://www.npr.org/2006/02/21/5168163/partial-birth-abortion-separating-fact-from-spin>. Última consulta em agosto de 2014.

desenvolvimento da gestação, mas subsiste durante toda a gravidez, mesmo antes de a viabilidade fetal ser constatada⁷².

O voto dissidente proferido⁷³ no Caso *Carhart*, elaborado pela juíza Ginsburg e ao qual aderiram outros três juízes registrou

*“A decisão de hoje é alarmante. Ela se recusa a considerar seriamente os precedentes fixados em Casey e Stenberg. Ela tolera, até mesmo encoraja, uma intervenção federal para banir de todo o território nacional um procedimento que é considerado necessário e adequado em certos casos pelo American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG). Ele ultrapassa a linha, firmemente estabelecida em Casey, entre abortos realizados antes da viabilidade fetal e após a viabilidade fetal. E, pela primeira vez desde Roe, a Corte admite uma proibição sem estabelecer como exceção à proibição a situação em que o procedimento seja realizado para preservar a saúde da mulher.”*⁷⁴

Assim, as principais decisões judiciais sobre o aborto ainda em vigor atualmente nos EUA estabelecem que: (i) a legislação estadual não pode criminalizá-lo quando realizado no primeiro trimestre de gravidez; (ii) a decisão de realização o não de aborto cabe exclusivamente a mulher, sendo vedado aos Estados que estabeleçam em sua legislação a necessidade de anuência do pai para realização do procedimento; e (iii) não há obrigação do Estado de prover abortos gratuitos ou custeá-los, independentemente da situação financeira da mulher; (iv) o procedimento abortivo pelo método conhecido como “nascimento parcial” está proibido em todo o território nacional, ainda que efetivado antes da viabilidade fetal e mesmo se houver indicação médica para sua realização, como condição para preservar a saúde da gestante.

⁷² Sobre os impactos da decisão proferida no Caso *Carhart* ao direito ao aborto nos Estados Unidos, veja-se: HAMMERS, J. Reeling in the Outlier: *Gonzales v. Carhart* and the end of facial challenges to abortion statutes, *Boston University Law Review* v. 89, pp. 1069-1098; WITTES, B. The Supreme Court's Shift on Abortion is Not What You Think, Disponível em <http://www.brookings.edu/research/opinions/2007/04/30governance-wittes>. Última consulta em agosto de 2014.

⁷³ Apresentaram votos dissidentes no Caso *Gonzalez v. Carhart* o juízes David Souter, John Paul Stevens, Stephen Breyer e Ruth Bader Ginsburg.

⁷⁴ Tradução livre da autora. No original: Today's decision is alarming. It refuses to take *Casey* and *Stenberg* seriously. It tolerates, indeed applauds, federal intervention to ban nationwide a procedure found necessary and proper in certain cases by the American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG). It blurs the line, firmly drawn in *Casey*, between pre-viability and post-viability abortions. And, for the first time since *Roe*, the Court blesses a prohibition with no exception safeguarding a woman's health. O voto dissidente foi redigido pela Justice Ginsburg está disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-380.ZD.html>. Última consulta em agosto de 2014.

1.5 França

A França despenalizou a interrupção voluntária de gravidez ainda em 1975 e o fez por meio de atuação do Poder Legislativo, que aprovou a chamada Lei Veil. Esta lei estipulou a suspensão de penalizações legais quando o aborto, referido no país como interrupção voluntária de gravidez, fosse praticado antes da décima semana, por um médico e em estabelecimento público ou privado regular, desde que a mulher comprovasse que a continuidade da gravidez afetaria sua saúde física ou mental. Estabeleceu, ainda, um período de reflexão de uma semana. Por fim, estabeleceu que no caso de a mulher ser menor de idade e solteira, uma autorização de um dos pais ou de um representante legal seria exigida⁷⁵.

No que se refere ao histórico do acesso ao direito ao aborto na França, cumpre destaca que a Lei Veil foi fruto de uma intensa luta social e política das mulheres em defesa dos seus direitos democráticos. Ela foi editada no contexto de debates sobre igualdade de gênero e social, que dominaram a opinião pública a partir do chamado Processo de Bobigny. O processo em questão foi movido contra uma mãe que ajudou a filha menor de idade – que engravidara após um estupro – a abortar. A advogada da mãe era a feminista Gisèle Halimi, que venceu o caso argumentando principalmente que o direito ao aborto era uma questão de igualdade e de justiça social, pois as mulheres abastadas abortavam sem riscos, enquanto as de classes sociais mais baixas arriscavam-se à morte e à prisão⁷⁶.

A despenalização do aborto resultou de um movimento conduzido pelas feministas e teve por principais fundamentos: (i) a ideia de que a admissão do aborto legal seria necessária para que se reconhecesse que as mulheres têm o direito de dispor de seu corpo, portanto para o reconhecimento da autonomia feminina, (ii) necessidade de proteção à saúde da mulher, uma vez que os abortos clandestinos eram realizados sob em condições sanitárias

⁷⁵Sobre o processo de descriminalização do aborto na França, veja-se: GAUTHIER, X. Naissance d'une liberté.Paris. Robert Laffont. 2002 e LERIDON, Henri. La seconde révolution contraceptive: la régulation des naissances en France de 1950 à 1985. Ined, 1987.

⁷⁶ Em 5 de abril de 1971, diante da divulgação do processo contra a jovem, foi publicado no *Nouvel Observateur* um Manifesto assinado por 343 mulheres francesas, famosas e anônimas, que declaravam ter abortado e pediam a liberdade de aborto e de contracepção. Entre as mulheres famosas signatária deste documento estavam Catherine Deneuve, Simone de Beauvoir, Marguerite Duras, Bernadette Lafont, Françoise Sagan, Nadine Trintignant, Agnès Varda, e a própria Gisèle Halimi.

preocupantes; e (iii) o mero acesso à contracepção seria insuficiente, pois não haveria método contraceptivo 100% infalível⁷⁷.

Desde a sua promulgação, a Lei Veil sofreu algumas modificações. A partir de 1982, houve uma modificação que garantiu que o procedimento de interrupção voluntária de gravidez também fosse reembolsado pelo sistema público de saúde. Entre 1982 e 2012 o sistema de saúde francês pagava o aborto integral para menores de idade menores e mulheres sem condições materiais para arcar com os altos custos de um aborto. As mulheres que não fossem consideradas carentes podiam ser reembolsadas com até 80% do custo do procedimento. A contracepção, por sua vez, era parcialmente reembolsada. Desde julho de 2001, o prazo para o aborto legal aumentou de 10 para 12 semanas e deixou-se de exigir a autorização dos pais para interrupção de gravidez em mulheres menores de idade. A partir de janeiro de 2014, a legislação francesa foi novamente alterada para retirar a exigência de comprovação de prejuízo à saúde física ou mental da mulher para efetivação do aborto legal⁷⁸.

Pode-se dizer que há um nível de consenso na sociedade francesa de que o aborto é um direito fundamental da mulher, mas isso não significa que, na prática, ele esteja garantido sem entraves para todas as mulheres⁷⁹. Assim, as feministas francesas centram seu discurso na ideia de que o direito à contracepção e o direito ao aborto não são opostos, mas sim complementares quando se trata da autonomia reprodutiva da mulher. Atuam, assim, visando evitar que os direitos reprodutivos das mulheres, já assegurados em lei, deixem de ser efetivados por obstáculos práticos como reduções orçamentárias e diminuição de número de funcionários ou de clínicas que realizem o aborto legalmente⁸⁰.

Cabe ressaltar que a despeito de possuir uma das mais altas taxas de difusão de contraceptivos no mundo, a taxa de abortos realizados na França não diminui e permanece a

⁷⁷ Sobre a luta feminista para descriminalização do aborto na França, veja-se: BUTLER, J. 1990. *Trouble dans le genre: Pour un féminisme de la subversion*. Paris: Découvert; DELPHY, C. 1992, TARAUD, C. 2005. *Les féminisms en questions: éléments pour une cartographie*. Paris: Amsterdam.

⁷⁸ Informação disponível em <http://www.france24.com/en/20140122-france-lawmakers-vote-relax-abortion-legislation/>. Última consulta em maio de 2014.

⁷⁹ DE HAAS, C. 2011. "Le jour où Sarkozy sera féministe, ça se saura. *Charlie Hebdo Hors Serie*, abril-maio, n. 29. p. 14-16.

⁸⁰ Santos, Beatriz Carneiro, Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy in *Revista Brasileira de Ciência política* n 7, abril/2012

um nível relativamente elevado⁸¹, perfazendo um total de 220.000 abortos/ano, segundo relatório da *Inspection Générale des Affaires Sociales* (Inspeção Geral para Assuntos Sociais, IGAS)⁸². Com a finalidade de reduzir o número de abortos realizados anualmente, o relatório do Ministério da Saúde francês acerca das políticas de prevenção à gravidez e de interrupção voluntária de gravidez recomendou a realização de campanhas periódicas sobre a necessidade e a forma de utilização de contraceptivos, a inclusão de tópicos de educação sexual como itens obrigatórios nos currículos das escolas francesas e a facilitação de acesso das adolescentes e jovens a contraceptivos, mediante seu fornecimento público e com garantia de sigilo⁸³.

Vê-se, portanto, que há mais de trinta anos está consolidado na França o entendimento de que o papel do Estado na situação de gravidez indesejada não se encerra com a mera descriminalização do aborto, bem como o entendimento de que tanto o acesso adequado a métodos contraceptivos e quanto o acesso ao aborto legal são materializações dos direitos reprodutivos das mulheres.

1.6 México

O histórico de liberalização do aborto no México é emblemático no sentido de que mostra como a chegada ao poder de mulheres tende a favorecer a discussão de temas que as afetam diretamente. No caso, o debate sobre o aborto no país teve grande impulso com a ascensão de Rosário Robles ao posto de prefeita da Cidade do México. Isto porque, no México, o aborto é, em regra, um crime de competência local, por força do disposto no artigo 73 da Constituição do país⁸⁴.

⁸¹ WESTHOFF, C.F. 1988. "Contraceptive paths towards the reduction of unintended pregnancy and abortion." *Family planning perspectives*. V. 20, p. 4-13. Sobre as razões para a manutenção dos patamares das taxas de aborto na França, veja-se: BLAYO, Chantal. L'évolution du recours à l'avortement en France depuis 1976. *Population* (french edition), p. 779-810, 1995.

⁸² Segundo entrevista concedida pela presidente da *Planning Familial*, uma vez demonstrado pelo relatório do IGAS que os fatores que levam à uma gravidez indesejada são "múltiplos, complexos e escapam em grande parte à intervenção pública.", o aborto não deve ser considerado como um evento excepcional, mas como um componente estrutural da vida sexual e reprodutiva. FAVIER, C. "Contraception et avortement: des droits irrefragables et complémentaires pour l'autonomie des femmes". *Le Monde*, 12 de maio de 2011.

⁸³ Informações disponíveis no site do Ministério da Saúde francês http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_sur_les_politiques_de_prevention_des_grossesses_non_desirees_et_de_prise_en_charge_des_IVG.pdf acesso em 04.06

⁸⁴ Sobre o contexto atual do aborto no México, veja-se: JUAREZ, Fatima, SINGH, Susheela, GARCIA Sandra G. e OLAVARRIETA, Cláudia Estimates of Induced Abortion in Mexico: What's Changed between 1990 and 2006? *International Family Planning Perspectives* Vol. 34, No. 4 (Dec., 2008), pp. 158-168

Em 2000 ela encaminhou proposta de modificação o Código Criminal da Cidade do México e, com apoio do Partido da Revolução Democrática e do Partido Revolucionário Institucional, legalizou abortos em situações em que se pudesse constatar que o prosseguimento da gravidez poderia ocasionar danos à saúde da mulher, não limita à situações em que se constatasse risco de morte e se o feto apresentasse problemas congênitos. Esta lei marcou o início do debate sobre a legalização do aborto no país.

Em 2007, a Assembleia Legislativa da Cidade do México – onde vive cerca de 8% da população do país – legalizou o aborto nas primeiras doze semanas de gravidez. Neste mesmo ano, a Suprema Corte do México decidiu que não há impedimento à legalização do aborto na Constituição Federal mexicana e que o entendimento de que haveria uma proteção constitucional absoluta à vida do nascituro importaria em violação aos direitos fundamentais das mulheres. Desde a legalização do aborto na Cidade do México, este vem sendo realizado gratuitamente na rede pública de saúde local⁸⁵.

Os outros 31 estados mexicanos, por sua vez, têm legislação que diverge sobre as hipóteses em que o aborto pode ser realizado legalmente, sendo o único ponto de consenso o aborto em caso de violação sexual. Esta assimetria no tratamento conferido ao aborto nos estados mexicanos ocasiona distorções no acesso ao direito à saúde reprodutiva no país⁸⁶.

Além da situação da Cidade do México e da hipótese de gestação decorrente de estupro, que autoriza o aborto legal em todos os estados mexicanos, temos o seguinte quadro legislativo sobre o aborto no México: (i) o aborto culposo é legal em 30 estados; (ii) o aborto em caso de risco de morte para a gestante é legal em 25 estados; (iii) a malformação fetal permite o aborto legal em 14 estados; (iv) a possibilidade de graves danos à saúde da gestante autoriza o aborto em 13 entidades; (v) o aborto é legalizado em 11 estados no caso de inseminação artificial forçada; e (vi) em apenas 1 estado se admite o aborto legal por causas econômicas, quando a mulher já tiver pelo menos três filhos⁸⁷.

A grande discrepância na legislação sobre o aborto no país e o fato de apenas a capital ter autorizado o aborto a pedido da gestante nas primeiras 12 semanas de gravidez, tem levado

⁸⁵ Miller Llana, Sara “ México's Supreme Court upholds abortion law” (<http://www.csmonitor.com/2008/0829/p25s22-woam.html>). Consulta em 10.09.2013.

⁸⁶ LEÓN-AGUIRRE, Deyanira González de; BILLINGS, Deborah L.; RAMÍREZ-SÁNCHEZ, Rubén. Abortion and medical education in Mexico. *salud pública de méxico*, v. 50, n. 3, p. 258-267, 2008.

⁸⁷ Omisión e indiferencia - Derechos reproductivos em México. Vide capítulo Aborto p. 19 a 22. Disponível em <http://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>. Consulta em 10.09.2013

a crítica feminista a destacar uma situação de desigualdade em desfavor das mulheres pobres que não morem na capital. Isto porque, nas hipóteses não elencadas como autorizativas do aborto legal na legislação de seus estados, elas terão o acesso ao aborto legal e seguro negado pelo simples fato de não possuírem recursos financeiros para o deslocamento até a Cidade do México⁸⁸.

Em 2012 o juiz da Corte Constitucional do México, Fernando Franco, apresentou proposta no sentido de serem declaradas inconstitucionais as vedações legislativas estaduais à realização de abortos até a o nono mês de gravidez. Esta proposta foi vencida por 7 votos a 4 e o voto vencedor, conduzido pelo juiz Jorge Pardo, teve dois eixos principais: o fato de o artigo 7 da Constituição Mexicana reconhecer proteção à vida do nascituro e o entendimento de que os estados mexicanos têm a liberdade de estabelecer o ponto de início do direito à vida⁸⁹.

1.7 Polônia

A Polônia é o país da Europa continental com a legislação mais rigorosa e proibitiva em relação ao aborto. O aborto foi instituído na Polônia quando o país estava sob o jugo nazista, em 1943, sendo utilizado como política de controle de natalidade nazista para conter o crescimento populacional de um povo considerado inferior e de segunda classe. Com o fim do regime comunista e sob forte influência do Papa João Paulo II, a Polónia reformou sua legislação para criminalizar o aborto, editando a chamada Lei de Planejamento Familiar em 1993⁹⁰.

Atualmente o aborto é, em regra, crime na Polónia, com exceção de três situações: (i) grave malformação ou deficiência fetal; (ii) gravidez proveniente de estupro ou incesto; (iii) em caso de risco para a vida da mãe. Uma vez que ainda há forte debate na opinião pública sobre o tema, o Parlamento polonês revisitou a questão em 2011, mas votou pela manutenção desta legislação restritiva, em vigor atualmente⁹¹.

⁸⁸ LAMAS, M. e BISSELL, S. Abortion and politics in Mexico: 'context is all' *Reproductive Health Matters*, Vol. 8, Issue 16, Nov. 2000, p. 10-23

⁸⁹ <http://www.catholicnewsagency.com/news/mexicos-supreme-court-rejects-move-to-legalize-abortion/>. Consulta em 10.09.2013.

⁹⁰ Sobre o histórico do tratamento conferido ao aborto na Polónia no período após a dissolução da URSS, confira-se: KULCZYCKI, Andrzej. Abortion policy in postcommunist Europe: The conflict in Poland. *Population and Development Review*, p. 471-505, 1995.

⁹¹ <http://www.catholicnewsagency.com/news/mexicos-supreme-court-rejects-move-to-legalize-abortion/>. Consulta em 10.09.2013.

A despeito de a lei polonesa em vigor autorizar o aborto legal nas três situações acima elencadas, recentes julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos denotam que obter o cumprimento destas leis pode ser extremamente dificultoso, inviabilizando a efetivação do aborto legal na prática.

No caso *R.R. vs. Polônia*⁹², julgado em novembro de 2011, o país foi condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob o fundamento de que não teria cumprido a legislação interna sobre aborto.

No caso, a autora estava grávida há 18 semanas quando descobriu através de exames médicos que o feto poderia sofrer de Síndrome de Turner. Um teste genético para confirmar a hipótese foi recomendado, mas sucessivamente os hospitais poloneses procurados negaram a sua realização, sob a alegação de que se o teste desse positivo a autora iria querer fazer uma aborto. Consta no processo que a autora foi criticada por cogitar um aborto no Hospital da Cracóvia – distante 150 quilômetros de sua residência e ao qual se dirigiu em sua peregrinação em busca do teste genético que confirmaria a anomalia fetal – , tendo sido informada que há cento e cinquenta anos um aborto não era realizado naquele hospital

Após sucessivas idas a diversos hospitais, efetivadas entre o final de fevereiro de 2002 e abril 2002, a gestante conseguiu obter uma amniocentese que confirmou que o feto sofria de Síndrome de Turner. O exame estabeleceu que o feto sofria de má formação congênita que impactaria seriamente o desenvolvimento após o nascimento, enquadrando a situação nas exceções previstas na Lei de Planejamento Familiar de 1993.

Com a confirmação, o aborto foi requerido formalmente, mas foi negado sob o fundamento de que a gestação já estava em estágio avançado para sua realização. Em 11 de julho de 2002, a autora deu à luz a uma menina com Síndrome de Turner.

A autora buscou reparação perante as autoridades polonesas pela violação aos direitos previstos na Lei de Planejamento Familiar de 1993, notadamente o direito a atendimento pré-natal adequado – inclusive com a realização de exames genéticos quando há indícios de anomalias fetais – e seu direito a abortar em hipótese de grave má formação fetal. As instâncias procuradas negaram a ocorrência de qualquer irregularidade nos procedimentos aos quais a autora foi submetida e, com isso, consideraram improcedentes os pedidos de

⁹² Caso *R.R. vs. Polônia*, Processo TEDH nº 27.617/04 Para uma análise de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, confira-se o acórdão de julgamento disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["abortion"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-104911"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Consulta em 28.05.2014.

reparação.

O caso foi levado a Corte Europeia de Direitos Humanos que condenou a Polônia ao pagamento de multa de 45 mil euros por entender que houve violação aos Artigos 3⁹³ e 8⁹⁴ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os quais versam, respectivamente, sobre a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante e o direito à proteção da privacidade e da vida familiar dos cidadãos.

A Polônia foi, ainda, condenada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos também no caso *P. e S. vs. Polônia*⁹⁵. No julgamento, ocorrido em outubro de 2015, o país foi compelido ao pagamento de danos morais a uma menor, grávida em decorrência de estupro, que teve dificuldades para realizar aborto mesmo em situação autorizada por lei.

Neste caso, a adolescente grávida em função de um estupro teve que se dirigir a promotoria para obtenção de documento atestando o crime e a diversos hospitais nas cidades de Lublin, Cracóvia e Gdansk. Nos hospitais de Lublin e Cracóvia foi facultado livre acesso à adolescente a padres e ativistas contrários ao aborto que tentaram fazer com que ela desistisse do procedimento e divulgaram que ela estava sob coação dos pais. Sua identidade e a de seus pais foi revelada pela mídia e a situação foi objeto de debate público, marcando toda a sua vida posterior.

A despeito de tudo isso, a adolescente e seus pais continuaram buscando o aborto. Neste processo, os pais perderam a tutela da adolescente durante a gravidez e foram submetidos a uma investigação criminal por supostamente estarem compelindo a filha à realização do aborto. A adolescente foi, então, confinada em um abrigo público, interrogada sem a presença de pais, advogados ou adultos e confirmou seu desejo de abortar, negando a coação da família.

Após as audiências na vara de família sobre a custódia e a constatação de que a menor

⁹³ Artigo 3º: Proibição de tortura – Nenhum ser humano estará sujeito a tortura ou a tratamento ou punição degradante ou desumana.

⁹⁴ Art. 8º: Direito ao respeito à privacidade e a vida familiar: 1. Todos têm o direito aos respeito à sua privacidade e à de sua vida familiar, residência e correspondência. 2. Não deve haver interferência de autoridades públicas no exercício deste direito, com exceção de a interferência se dar em observância à lei e ser necessária em uma sociedade democrática no interesse da segurança nacional, segurança pública ou o bem-estar económico do país, para a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem.

⁹⁵ Caso *P. e S. vs. Polónia*, Processo TEDH nº 57.375/08 Para uma análise de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, confira-se o acórdão de julgamento disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["abortion"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-114098"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

não estava sob coação, a família recorreu ao Ministro da Saúde para obtenção de um aborto legal. Após a apresentação de uma série de documentos, a adolescente foi encaminhada para um hospital em Gdansk, cidade que fica a 500 quilômetros de sua residência, onde conseguiu abortar legalmente depois de dois meses de tentativa infrutíferas.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu que, no caso, vários artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos foram violados, dentre eles o respeito à vida privada e familiar, direito à liberdade e segurança, proibição de tratamento degradante e desumano.

É importante ressaltar que no referido julgado o TEDH reiterou que podem ser exigidas prestações positivas dos Estados europeus com a finalidade de assegurar aos indivíduos o efetivo respeito à sua integridade física e psicológica e lhes proteger contra interferências arbitrárias das autoridades públicas, objetivo essencial do artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. E mais: estatuiu que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não pretende garantir direitos teóricos ou ilusórios, mas direitos que são práticos e eficazes.

A despeito do endurecimento da legislação sobre o aborto ter sido confirmada através de referendos posteriores, o país ainda se encontra profundamente dividido no que concerne à criminalização ou legalização do aborto, sendo certo que pesquisas indicam que enquanto 45% da população é a favor da legalização do aborto, 50% da população gostaria de ver aprovada legislação que veda o aborto em qualquer situação⁹⁶.

1.8 Portugal

O debate público sobre a legalização do aborto em Portugal teve início ao final dos anos setenta, como reflexo dos debates sobre o tema que emergiram por toda Europa Ocidental no âmbito dos problemas de grave malformação fetal decorrentes do uso da talidomida por gestantes. Também neste país foi sendo construído socialmente um entendimento acerca do direito ao aborto como decorrente do direito à autonomia da mulher sobre seu corpo e sobre a decisão de quando reproduzir. A despeito deste direito não ser considerado absoluto, ele prevaleceria aos direitos do feto principalmente nos estágios iniciais da gravidez.

⁹⁶ Pesquisa mencionada em matéria publicada pela Newsweek em out/2011. Disponível em <http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/764221-aborto-reacende-debate>, consulta em 26.03.2013.

Cabe destacar um momento relevante na descriminalização do aborto em Portugal, qual seja, o acórdão proferido pela Corte Constitucional portuguesa que considerou constitucional em tese a exclusão da ilicitude do aborto efetivado nas 12 primeiras semanas de gestação em algumas situações - incluindo na hipótese de risco à saúde física ou psíquica da mãe - e a inviolabilidade da vida humana estabelecida no artigo 24.º da constituição portuguesa⁹⁷.

O referido acórdão foi prolatado pela Corte Constitucional portuguesa após o pedido de apreciação preventiva da constitucionalidade da norma relativa à chamada “exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, encaminhado pela presidência da República de Portugal. Nele restou decidido que no confronto de um valor não juridicamente subjetivado — o da vida humana intra-uterina — com outros valores juridicamente subjetivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele, desde que se observe os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade.⁹⁸

Após a edição do acórdão 25/1984, foi promulgada lei que descriminalizava o aborto efetivado nas 12 primeiras semanas de gestação na hipótese de risco à saúde física ou psíquica da gestante, no caso de malformação fetal e no caso de gravidez proveniente de estupro.

Portugal optou por submeter a despenalização geral do aborto à manifestação popular direta, tendo realizado dois referendos sobre o tema nos últimos quinze anos. Após vitória apertada dos contrários à despenalização do aborto em referendo realizado em 1998, na qual apenas 31% do eleitorado foi às urnas, Portugal realizou novo referendo sobre a despenalização do aborto em 2007. Em ambos a pergunta formulada ao povo português foi acerca da concordância com *a despenalização da Interrupção Voluntária da Gravidez, se realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas em estabelecimento de saúde legalmente autorizado*⁹⁹.

Este referendo acerca da possibilidade de despenalização da interrupção voluntária de gravidez foi submetido a controle preventivo de constitucionalidade, tendo a Corte

⁹⁷ Sobre o histórico do processo de despenalização do aborto em Portugal: CAMPOS. Crime ou Castigo? Da perseguição contra as mulheres à despenalização do aborto. Coimbra, Almedina, 2007.

⁹⁸ Corte Constitucional Portuguesa, Acórdão n. 25/1984

⁹⁹ Sobre os referendos para despenalização do aborto em Portugal e seu contexto, confira-se: ALVES, M. SANTOS, A.C., BARRADAS, C e DUARTE, M. A despenalização do Aborto em Portugal – discursos, dinâmicas e acção colectiva: os referendos de 1998 e 2007. Coimbra: Ed. Centro de Estudos Sociais. 2009

Constitucional portuguesa reiterado seu posicionamento - já manifestado no Acórdão 25/84 - de que a Constituição lusitana protege a vida intra-uterina, mas não com a mesma intensidade com que protege a vida das pessoas já nascidas. Segundo a Corte, a tutela conferida ao feto seria progressivamente mais exigente na medida em que o nascimento deste se aproximasse, razão pela qual o tempo de gestação poderia ser considerado critério adequado na ponderação de interesses entre os direitos fundamentais das mulheres e a vida do feto, ambos tutelados constitucionalmente. Veja-se:

"(...) Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo, sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente "desfazer-se" do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda "matar" o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na União Europeia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõe(...)

Ora, poderá acrescentar-se, a harmonização entre a protecção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, é suscetível de passar por estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção da gravidez cabe a própria mulher." ¹⁰⁰

Pois bem. Neste último referendo, a população portuguesa concordou com a despenalização do aborto nos termos da consulta realizada. Assim, o aborto é atualmente admitido livremente até a décima semana de gravidez, podendo ser realizado no sistema nacional de saúde ou nos estabelecimentos de saúde privados autorizados¹⁰¹.

A lei que permitiu o aborto em Portugal estabelece como obrigatório um período mínimo de reflexão de três dias antes da realização do aborto, durante os quais será assegurado à mulher a possibilidade de acompanhamento psicológico e por técnico de serviço social. A mulher deverá, ainda, (i) ser informada das condições de realização da eventual interrupção voluntária de gravidez e das consequências para sua saúde; (ii) ser informada das condições de apoio fornecidas pelo Estado ao prosseguimento da gravidez e à maternidade;" e, após a realização do procedimento, (iii) ser encaminhada a uma consulta de planejamento familiar.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Portugal- Acórdão 288/98

¹⁰¹ PENICHE, Andrea. *Elas somos nós. O direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadão*. Porto: Edições Afrontamento, 2007.

A interrupção voluntária de gravidez é, ainda, admitida até às dezesseis semanas em caso de estupro, permitida até às vinte e quatro semanas em caso de malformação do feto e a qualquer momento em caso de risco para a grávida ou no caso de fetos inviáveis¹⁰².

1.9 A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Considerando a proximidade entre os sistemas jurídicos brasileiro e europeu em geral – notadamente o romano-germânico – e o fato de as constituições dos Estados europeus em sua maioria terem sido editada ou substancialmente reformadas após a IIª Guerra Mundial¹⁰³, contexto histórico de superação do positivismo e ascensão de um constitucionalismo centrado em princípios, torna-se relevante para o debate sobre a legalização do aborto no Brasil a análise dos julgamentos proferidos no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre o tema.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos é instituição criada no âmbito do Conselho da Europa, organização internacional criada em 1949 com a finalidade de assegurar a proteção dos direitos humanos, a estabilidade político-social e a consolidação e desenvolvimento da democracia na Europa. A jurisdição do TEDH se estende para além da União Européia, abrangendo quarenta e sete países europeus. Sua missão é aferir a compatibilidade entre a legislação e os atos praticados pelos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos e os princípios e normas contidos neste documento¹⁰⁴.

Sobre a temática aborto, cumpre destacar de plano que o TEDH entende que o Artigo 8 da CEDH não pode ser interpretado como uma norma que assegura às mulheres o direito ao aborto. Contudo, o referido tribunal fixou também que quando o aborto for procurado por razões de saúde ou bem-estar da mulher, sua proibição violaria o direito ao respeito pela vida

¹⁰² TAVARES, Manuela. Aborto e Contracepção em Portugal. Lisboa: Livros Horizonte. 2009.

¹⁰³ A terceira onda do constitucionalismo, que consubstanciada pela edição ou reforma de constituições após a 2ª Guerra Mundial tem por finalidade mitigar o risco de instituições democráticas violarem liberdade fundamentais. Conforme Rodrigo Brandão, as Constituições editadas no período após a 2ª Guerra Mundial são fruto das tradições constitucionais americana e europeia, incorporando a supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade – tradicionais do modelo jurídico norte-americano – e um conteúdo constitucional mais amplo e centrado em princípios, próprio do modelo de constitucionalismo europeu. Além disso a Constituição passa a ser vista como fonte direta de direitos e obrigações. Veja-se: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. 2012. P. 60 e ss.

¹⁰⁴ Sobre a missão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos confira-se: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=#n1354801701084_pointer . Consulta em 18.05.2014.

privada e, conseqüentemente, o Artigo 8º da referida convenção¹⁰⁵.

O Tribunal já decidiu também que, no contexto do acesso ao aborto, deve ser assegurado à mulher grávida a possibilidade de ser ouvida pessoalmente e ter suas opiniões consideradas. Ademais, o órgão ou pessoa competente deve também emitir razões escritas para a sua decisão autorizando ou não o aborto¹⁰⁶

Outro ponto constantemente suscitado é a necessidade de efetivo cumprimento das normas internas dos países nas hipóteses em que o aborto legal é assegurado. Segundo o TEDH o Estado tem a obrigação positiva para criar um arcabouço processual que permita a uma mulher grávida exercer efetivamente o seu direito de acesso ao aborto legal¹⁰⁷.

Vê-se, portanto, que o TEDH se posiciona de maneira intermediária sobre a questão do aborto, entendendo que a natureza do direito de decidir sobre a interrupção da gravidez não é absoluta mas também que os países devem conceber um quadro jurídico no qual o direito aborto legal seja "formulado de uma maneira coerente, que permita que os diferentes interesses legítimos envolvidos sejam levados em conta de forma adequada e em conformidade com as obrigações decorrentes da Convenção"¹⁰⁸.

1.10 O aborto no contexto do direito internacional

Como já fixado pelo pensamento arendtiano, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução¹⁰⁹. Os direitos humanos, portanto, surgem e se desenvolvem em momentos históricos em que há um contexto político – muitas vezes forjado através de lutas e revoluções – favorável à sua articulação e consolidação. Não só sua existência, mas seu conteúdo e alcance também são definidos através de processos dialéticos sociais que estão em constante mutação.

O primeiro documento internacional relevante no debate sobre o aborto é a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela

¹⁰⁵ TEDH, A, B e C vs. Irlanda, Acórdão n. 25579/05, § 245, publicado em 16 de dezembro de 2010.

¹⁰⁶ TEDH, Tysiac vs Polônia Acórdão n. 5410/2003, § 117, julgado em 24.09.2007.

¹⁰⁷ TEDH, Tysiac vs Polônia Processo n. 5410/2003, § 116 a 124 julgado em 24.09.2007 e R.R. vs Polônia acórdão n.27.617/04, § 200, julgado em 28.11.2011.

¹⁰⁸ TEDH, A, B e C vs. Irlanda, Acórdão n. 25579/05, § 249.

¹⁰⁹ Arendt, Hannah As origens do totalitarismo trad. Roberto Raposo Rio de Janeiro 1979

Organização das Nações Unidas e ratificada por 188 Estados-parte¹¹⁰. Seu objetivo central é eliminar a discriminação e assegurar a igualdade entre homens e mulheres. Neste contexto, a Convenção estabeleceu previsões que incorporam a preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, cabendo ao Estado assegurar que as decisões das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais¹¹¹.

No que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos, seu reconhecimento como parte dos direitos humanos se deu apenas na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo, de 1994. Este reconhecimento foi reafirmado na Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social de Copenhague e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz de Pequim, ambas em 1995¹¹².

Para Flávia Piovesan, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos deve ser analisado sob dois prismas. O primeiro seria o viés da liberdade e da autodeterminação, que se vincula ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, dissociado de coerção, violência ou discriminação. Além disso, o exercício dos direitos sexuais pressupõe a efetivação de políticas públicas que assegurem o direito à saúde sexual e reprodutiva, compreendendo o direito ao acesso a informação e o direito a padrões adequados de saúde reprodutiva e sexual¹¹³.

E mais: o direito a padrões adequados de saúde preconizados nos referidos documentos internacionais deve considerar a definição da Organização Mundial de Saúde sobre o que estaria abrangido no conceito de saúde, a saber, “*um estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade*”¹¹⁴.

¹¹⁰ A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) é o único tratado internacional abrangente que versa sobre os direitos humanos das mulheres e a prevenção da discriminação contra as mulheres. A Convenção CEDAW foi aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 1981. O Brasil ratificou a CEDAW em 01.02.1984. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2007 p.196.

¹¹² Sobre a inserção dos direitos reprodutivos e sexuais no rol de direitos humanos, confira-se: FREEMAN, Michael . Human Rights, Cap.8, 2011. Ed. Polity Press.

¹¹³ WOLPER, a PETERS, J. Women’s Rights, Human Rights: International Feminists Perspectives (1995) Ed: Routledge.

¹¹⁴ Vide preâmbulo do ato fundador da Organização Mundial de Saúde, disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da->

Cabe frisar, contudo, que as releituras pelas quais vêm passando as questões afetas à sexualidade – por conta do movimento feminista e do movimento gay, dentre outros – buscam mudar os padrões associados aos direitos sexuais. Isto para desentrelaçá-los dos direitos reprodutivos, de forma que sejam vistos de forma autônoma e paralela, ou seja, para que se reconheça que *para que sejam exercidos os direitos sexuais não é necessário exercer os direitos reprodutivos*. O debate sobre o aborto se insere neste contexto ao impedir que os indivíduos sejam compelidos à paternidade por terem – no exercício de seus direitos sexuais – dado azo à uma gravidez indesejada¹¹⁵.

Pois bem. Visando assegurar efetivos desdobramentos do reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos, foi editado o Plano de Ação do Cairo, do qual constam várias recomendações e metas, dentre as quais se destaca, por guardarem relação com o tema tratado: (a) a educação, em particular das meninas; (b) a igualdade entre os sexos; (c) a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e; (d) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular de planificação familiar e de saúde sexual¹¹⁶.

Além disso, consta expressamente do rol de princípios da Conferência do Cairo, como objetivo prioritário da comunidade internacional, a promoção da equidade e da igualdade entre os sexos, bem como a promoção dos direitos da mulher e a garantia de que seja ela a controlar sua própria fecundidade. Foi estabelecido como direito fundamental o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, fazendo opções informadas e livres de coerção, discriminação e violência¹¹⁷.

A Conferência do Cairo reconhece o direito individual das mulheres de decidir sobre o exercício da maternidade, assegurando-lhes o direito a informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas. No mesmo sentido, o Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) estabelece em sua recomendação 24 que o acesso à saúde, incluindo a reprodutiva,

Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Última consulta em maio de 2014.

¹¹⁵ CORTES, Iáris R. ,Direito: a trilha legislativa da mulher / Iáris Ramalho Cortés In: Nova história das mulheres PINSKY, C. B. e Pedro, J.M. (orgs.) São Paulo, SP : Editora Contexto, 2012.

¹¹⁶ SHANDILYA, A. International Protection of Women's Reproductive Rights: a critical assessment. Hidayatullah National Law University. Journal of International Law, vol. 02 nº2, 2013, p. 5-48

¹¹⁷ BINION, G. Human Rights: a feminist perspective. Human Rights Quarterly, vol. 17, n. 3, 1995, Ago., 1995 p. 509-526.

em todas as fases do ciclo de vida, é um direito básico das mulheres¹¹⁸.

O CEDAW manifesta também a posição da comunidade internacional sobre a o aborto, recomendando que os Estados tratem o aborto como uma questão prioritária de saúde pública e revisem as legislações punitivas porventura existentes. Seguindo esta linha de atuação, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu que “os direitos reprodutivos estão firmemente baseados nos princípios de direitos humanos” e que “negar acesso ao aborto legal é uma violação aos direitos mais básicos da mulher”.¹¹⁹

Por fim, cabe ressaltar que em estudo que teve por base as decisões sobre o direito à interrupção voluntária de gravidez proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia, Vélez e Monsalve¹²⁰ identificaram caminhos a serem seguidos para o efetivo respeito ao direito à saúde da mulher, de forma a assegurar o cumprimento do Programa de Ação do Cairo. As autoras apontaram, dentre outras medidas, a necessidade do reconhecimento do direito à saúde em seu conceito integral, com o conseqüente reconhecimento do dever do Estado de permitir o aborto quando a saúde da mulher se encontre em risco em qualquer de suas dimensões, a saber, física, mental ou social.

Além disso, as autoras identificaram também (i) a necessidade de proteção da intimidade das mulheres que buscam o aborto legal, com proibição de divulgação de sua identidade ou de seus históricos clínicos; (ii) a proibição da imposição de obstáculos por terceiros ou pelo Estado que dificultem acesso ao aborto legal, inclusive com a vedação à objeção de consciência coletiva ou institucional; e (iii) a garantia do aborto legal e seguro em todo o território nacional, realizado por profissionais idôneos e suficientes¹²¹.

¹¹⁸ Sobre as recomendações da CEDAW e seus impactos sobre a saúde reprodutiva das mulheres, veja-se: COOK, R. J., *International Protection of Women's Reproductive Rights*. 24, New York University Journal of International and Politics (1991) p. 645-728.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos*. In: *Nos Limites da Vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

¹²⁰ VÉLEZ, Ana Cristina González e MONSALVE, Viviana B., *Estudo de caso da Colômbia: normas sobre o aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo* in *Revista Internacional de Direitos Humanos* v.10, n. 19, dez/2013

¹²¹ VÉLEZ, Ana Cristina González e Monsalve, Viviana B., *Estudo de caso da Colômbia: normas sobre o aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo* in *Revista Internacional de Direitos Humanos* v.10, n. 19, dez/2013.

2 TRATAMENTO CONFERIDO AO ABORTO NO BRASIL

2.1 Histórico do tratamento conferido ao aborto no ordenamento jurídico brasileiro

Desde a colonização brasileira, o aborto tem sido motivo de preocupação no discurso da Igreja Católica. Entretanto, esta prática não foi tipificada durante o Brasil colônia e permaneceu atípica até 1830, quando foi promulgado o Código Criminal do Império. O referido diploma legal, por sua vez, criminalizou a conduta da realização do aborto, com ou sem consentimento da gestante¹²². Em síntese: a mulher que praticava o aborto em si mesmo não cometia crime¹²³.

Apenas com o advento do Código Penal da República, em 1890, a prática de auto-aborto passou a ser tipificada como crime contra segurança da pessoa e da vida¹²⁴. O status de crime do aborto permaneceu inalterado no Código Penal de 1940, em vigor até a presente data.

Atualmente o aborto no Brasil é considerado crime (arts. 124 a 128 do Código Penal), com exceção de três hipóteses: (i) quando a manutenção da gravidez ocasionar risco à saúde da mulher; (ii) quando a gravidez for fruto de violência sexual; ou (iii) quando o feto for portador de anencefalia fetal. As duas primeiras hipóteses de exclusão de antijuridicidade constam do próprio Código Penal de 1940 e a última foi incluída por decisão proferida no âmbito da ADPF 54¹²⁵ pelo Supremo Tribunal Federal em 2012.

A despeito da ilegalidade da prática, o aborto é amplamente praticado no Brasil, tendo sido estimado o número de 1.054.242 abortos induzidos apenas no ano de 2005 no país¹²⁶. Além disso, um estudo populacional sobre o aborto induzido no país indicou a ocorrência de

¹²² Código Criminal do Império: Art. 199 – “Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.” Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se este crime fôr cometido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas.”

Art. 200 – “Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaisquer meios para produzir aborto, ainda que este não se verifique.” Penas – de prisão com trabalhos por dous ou seis anos. Se este crime fôr cometido por medico, boticario, cirurgião ou praticante de taes artes. Penas – dobradas.”

¹²³ EMMERICK, Rulian. Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia. Ed. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008, p.57 a 60.

¹²⁴ Código Penal de 1890, arts. 300 a 302.

¹²⁵ A petição inicial da ação está reproduzida em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional III*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, pp. 559-581

¹²⁶ MONTEIRO M.F.G., ADESSE L. Estimativas de aborto induzido no 11. Brasil e Grandes Regiões (1992-2005) [Internet]. Anais do 15º Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP; 2006 Set 18-22; Caxambu, Brasil [citado 2009 Abr 29]. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/arquivos/ml2006.pdf>

24 abortos por grupo de 1.000 mulheres¹²⁷. Pesquisa realizada pelo Instituto ANIS em 2010 constatou, ainda, que uma em cada cinco mulheres até 40 anos de idade já provocou o autoaborto no Brasil¹²⁸.

Considerando este contexto, faz-se necessário enfrentar a questão do aborto no ordenamento jurídico brasileiro para que possamos aferir se o tratamento conferido ao tema é compatível com a ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988. Antes, porém, para obtermos um panorama geral da situação do debate sobre o aborto no Brasil, analisaremos o status do debate nos mais variados *locus* em que este se desenrola, a saber, nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como na mídia.

2.2 O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Legislativo no Brasil

A discussão acerca do aborto provocado é travada no âmbito do Poder Legislativo desde 1949, inicialmente com o objetivo de supressão dos dois permissivos a realização de aborto previstos no Código Penal de 1940. Na década de 80, com o fim da ditadura e a conseqüente entrada de novos atores no cenário político, o debate se intensificou. Foram apresentadas trinta proposições de lei, em sua maioria contrárias à permissão da prática de aborto. O tema aborto provocado foi ainda considerado uma das questões polêmicas na Assembleia Constituinte, tendo a Igreja Católica capitaneado a corrente que defendia a proteção da vida desde a concepção e o movimento feminista sustentado o direito de decisão da mulher sobre o assunto¹²⁹.

No contexto da redemocratização do Brasil, foi realizada a Assembléia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição de 1988, os debates sobre o aborto foram acirrados. Enquanto setores conservadores e representantes vinculados a movimento religiosos, principalmente à Igreja Católica buscavam a proibição total do aborto, com sua criminalização em todas as hipóteses, as feministas e outros movimentos sociais e partidos de

¹²⁷ CECATTI et. Al, Aborto no Brasil: um enfoque demográfico, Rev. Bras. Ginecol. Obstet. vol.32 no.3 Rio de Janeiro Mar. 2010 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n3/a02v32n3>. Última consulta em jun/2014.

¹²⁸ DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna Ciênc. saúde coletiva vol.15 supl.1 Rio de Janeiro Junho de 2010.

¹²⁹ ROCHA, Maria Isabel Baltar Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões no parlamento, in Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto org. Maria Betânia Ávila, Ana Paula Portella e Verônica Ferreria Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

esquerda pretendiam a sua legalização¹³⁰.

Os atores que buscavam a legalização do aborto não contavam com a estrutura que uma religião organizada e poderosa como a Igreja Católica possuía e ainda possui. Assim, buscaram atrair apoio popular para apresentação de uma proposta de emenda utilizando-se de comunicações populares, como panfletos. Um exemplo disso é o documento DCPV 01/1987 “Enquanto isso em Brasília uma Cruzada contra o aborto”, produzido e distribuído em junho de 1987 pela Comissão das Mulheres do Partido dos Trabalhadores de São Paulo¹³¹.

O referido documento é uma cartilha que tem por objetivo subsidiar discussões intrapartidárias. Ele esclarece que o diretório nacional havia aprovado a inclusão – em caráter indicativo – do direito ao aborto como projeto para a Constituição. O documento traz, ainda, um breve retrospecto histórico sobre a problemática do aborto e relaciona sua criminalização com a ascensão das religiões patriarcais, vinculando-a também a um instrumento de manutenção da submissão feminina e do controle de sua sexualidade. Por fim, o documento apresenta a seguinte proposta:

O apanhado histórico feito mostra a insuficiência das respostas dadas pela ideologia dominante, apesar de ser extremamente difícil definir quando a vida se inicia(...) Trata-se de contrapor um direito líquido e certo, das mulheres terem direitos humanos, a lendas e mitos de cada povo. O abortamento é uma questão social. Legalização do aborto como parte da luta por melhores condições de saúde e libertação das mulheres¹³²

No plenário, o debate sobre o aborto foi marcado por posições claramente inspiradas nas concepções religiosas pessoais dos deputados, violando o princípio da laicidade estatal. Estes deputados buscavam positivar na Constituição de 1988 ideias fundadas em seus dogmas e isto foi expresso algumas vezes no próprio plenário da constituinte. Confira-se:

“Quero, nesta oportunidade, afirmar que toda mãe, casada ou não, que permite que a

¹³⁰ Sobre a participação das mulheres na Constituinte de 1988 e os embates travados por elas com os grupos conservadores, veja-se: ROCHA, Maria Isabel Baltar A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese Rev. bras. estud. popul. vol.23 no.2 São Paulo Jul/Dez. 2006. JUCOVSKY, Vera Lúcia R.S. *Representação política da mulher*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000 e SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. In: SENADO FEDERAL. *Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004*. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher/Subsecretaria de Arquivo, 2004.

¹³¹ BARBOSA, Mariana de Oliveira Lopes, A comunicação popular, o debate e o processo constituinte no Brasil (1977-1988) p. 122

¹³² DCPV 01/1987, p. 11 *apud* BARBOSA, Mariana de Oliveira Lopes, A comunicação popular, o debate e o processo constituinte no Brasil (1977-1988) p. 122

criança concebida no seu ventre seja assassinada antes de vir à luz, está violentado uma lei, ditada pelo próprio Deus e registrada no Livro de Levíticos, Capítulo 17, Versículos 11 e 14, que diz: ‘a vida da carne está no sangue’. E esta é sustentada desde a concepção no ventre da mãe, pelo seu sangue, que transmite ao filho tudo aquilo que necessita para viver. Esta vida é sagrada, e deve ser preservada a qualquer custo”¹³³

A despeito de a elaboração da Constituição de 1988 ter consubstanciado o grande momento de medição de forças entre o emergente movimento social feminista e a uma instituição já consolidada e reconhecidamente poderosa como a Igreja Católica, este embate resultou em um empate político – nem descriminalização, nem criminalização total¹³⁴.

Cabe frisar, por oportuno, que a proposta formulada pelo deputado Meira Filho de que constasse expressamente no texto constitucional que a vida humana era protegida desde a concepção foi rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte¹³⁵.

Após a promulgação da Constituição de 1988, já na década de 90, foram apresentadas 23 proposições na temática do aborto. A grande maioria das propostas apresentadas no período era favorável à sua permissão. No período, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 1135/91, o qual propunha a descriminalização do aborto no Brasil mediante a supressão do art. 124 do Código Penal. Após a realização de duas consultas públicas e uma votação simbólica, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania na Câmara dos Deputados rejeitou a proposta de descriminalização do aborto a partir do entendimento da maioria dos parlamentares pela inconstitucionalidade da proposta. A posição da Câmara se fundou da interpretação de que o projeto de lei em questão violava o art. 5º da Constituição da República, que preconiza a inviolabilidade da vida.

Cabe ainda destacar que em 1997 foi levado à debate na Câmara dos Deputados o PL 20/91, o qual dispunha sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previsto no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde. Grupos conservadores religiosos, como a organização Pro-vida e família sustentaram que o parecer legalizaria o aborto em qualquer caso porque seria fácil obter a indicação de dois médicos de que a continuidade da gestação

¹³³ Assembleia Nacional Constituinte, *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, 02.02.1988, p. 6771. Trecho extraído de Douglas Antônio Rocha Pinheiro *Direito Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 31

¹³⁴ BARSTED, Leila Linhares. Direitos Humanos e descriminalização do aborto. In: *Nos limites da vida* [...]. Op. Cit.

¹³⁵ Brasil. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Diário da ANC)*. Brasília, 1987/1988. Diversos números

traria risco à vida da gestante e as grávidas que pretendessem abortar poderiam notificar falsamente a polícia sobre a ocorrência de estupro para justificar o aborto legal¹³⁶.

Os debates acerca deste projeto de lei obtiveram grande atenção da mídia, mas sua tramitação foi paralisada no mesmo ano¹³⁷. Os abortos nas hipóteses autorizados por lei são atualmente realizados em hospitais públicos após a regulamentação do serviço efetivada pelo Poder Executivo, conforme será explicitado no tópico posterior.

Conforme identificado pela doutrinadora Rosana Castro na análise do conteúdo dos debates legislativos que culminaram na rejeição da proposta, os grupos contrários à descriminalização do aborto apresentaram nas audiências públicas construção discursiva que, baseada na separação de corpos entre o feto e a gestante, evoluiu para o reconhecimento da singularidade do feto e o seu conseqüente reconhecimento como sujeito de direitos. Neste contexto, *a experiência da mulher foi reduzida à sua dimensão corporal (...), relegou-se à mulher a função de ‘hospedeira’ e receptáculo para o conceito.*¹³⁸

Diante da rejeição ao PL 1135/91, a principal vitória do movimento feminista no período foi rejeição no plenário da Câmara dos Deputados do projeto de emenda constitucional 25 (PEC 25/95), que procurava acrescentar ao cabeçalho do art. 5º da Constituição da República a inviolabilidade da vida “desde a concepção”, o que acarretaria a supressão dos dois permissivos legais previstos no Código Penal e revestiria a posição conservadora religiosa de status constitucional, dificultando alterações posteriores¹³⁹.

No anos 2000, foram apresentados no Congresso Nacional alguns projetos de lei que visam o endurecimento do tratamento penal concedido ao aborto, pretendendo (i) a tipificação do aborto como crime hediondo¹⁴⁰; (ii) a majoração da pena para o aborto¹⁴¹; (iii) a revogação da autorização para realização de aborto mesmo em caso de risco à vida da gestante e ou de

¹³⁶ Disponível em <http://www.providafamilia.org/doc.php?doc=doc08084>. Consulta em maio de 2014.

¹³⁷ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14943>. Última consulta em maio de 2014.

¹³⁸ CASTRO, Rosana Construindo corpo, atribuindo direitos: o embrião como sujeito de direitos no debate legislativo sobre aborto SérieAnis, Ano IX, n. 70, p. 1-7, Brasília, LetrasLivres, outubro de 2009.

¹³⁹ BALTAR, Maria Isabel Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões no parlamento, Rocha, in Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto org. Maria Betânia Ávila, Ana Paula Portella e Verônica Ferreria Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

¹⁴⁰ PL 4703/1998, PL 4917/2001, PL 7443/2006 e PL 3207/2008.

¹⁴¹ PL 2433/2007 e PL 7254/2010

gravidez resultante de estupro¹⁴²; (iv) a previsão da inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso¹⁴³; e, até mesmo (v) a proibição da comercialização da chamada pílula do dia seguinte¹⁴⁴.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 054 também está sendo objeto de Projetos de Decreto Legislativo que visam sua sustação, com a consequente declaração que a antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos consubstanciaria crime contra a vida¹⁴⁵.

Em sentido contrário, vale mencionar que foram apresentados projetos (i) suprimindo o art. 124 do Código Penal, que pune o aborto realizado pela gestante ou com o seu consentimento¹⁴⁶; (ii) descriminalizando o aborto em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo¹⁴⁷ e (iii) reduzindo a pena do aborto¹⁴⁸.

Há que se ressaltar, ainda no contexto de análise do Poder Legislativo e o tratamento conferido ao aborto no Brasil que o aumento da bancada religiosa cristã no Congresso Nacional tem tornado mais dificultoso o aprofundamento do debate de temas moralmente complexos, como o status jurídico do casamento homossexual, a adoção por casais homossexuais, direitos reprodutivos e aborto, dentre outros.

Os próprios parlamentares reconhecem esta atuação e se organizam em frentes parlamentares que têm por finalidade assegurar a articulação política em temas políticos que se vinculam a dogmas religiosos.

Neste contexto, importante mencionar a Frente Parlamentar em Defesa da Família e Apoio à Vida, que une católicos e evangélicos e conta com 202 deputados e 26 senadores¹⁴⁹. Cabe mencionar, ainda, a Frente Parlamentar Evangélica (FPE) – instaurada em setembro de 2003 – criada com a finalidade de promover uma mobilização estratégica em torno das

¹⁴² PL 7235/2002, PL 5364/2005 e PL 478/2007 (Estatuto do Nascituro)

¹⁴³ PL 5058/2005

¹⁴⁴ PL 5376/2005

¹⁴⁵ PDC 565/2012 e 566/2012

¹⁴⁶ PL 021/03

¹⁴⁷ PL 227/2004 PL 0312/04, PL 4304/2004, PL 4360/04, PL 4403/04 e PL 4834/05

¹⁴⁸ PL 3673/2008

¹⁴⁹ Informações

em:http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/394.asp

bandeiras de luta dos evangélicos no Legislativo, especialmente na defesa da família, da moral e dos bons costumes¹⁵⁰. Esta frente parlamentar, embora ainda não legalizada¹⁵¹, tem se tornado e mais representativa a cada legislatura¹⁵², revelando a crescente habilidade evangélica para mobilizar e organizar parlamentares para a defesa de interesses supradenominacionais e suprapartidários¹⁵³.

Exemplo emblemático da relevância política da FPE foi a recente eleição o deputado federal Pastor Marcus Feliciano para a presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados¹⁵⁴. Esta eleição, entretanto, acabou por ocasionar desgaste político para a FPE, uma vez que a defesa de projeto sobre a “cura gay”¹⁵⁵ e as declarações consideradas racistas, homofóbicas¹⁵⁶ e machistas¹⁵⁷ do deputado Marcus Feliciano levaram à protestos de parlamentares e organizações ligados às causas dos direitos humanos, feministas,

¹⁵⁰ A Frente Parlamentar Evangélica/FPE do Congresso Nacional foi instaurada na 52ª legislatura (2003-2006), no dia 18 de setembro de 2003 em uma Sessão Solene em homenagem ao Dia Nacional de Missões evangélicas. O deputado Pastor Pedro Ribeiro (PR/CE) realizou a instauração da FPE do Congresso Nacional apresentando nominalmente o deputado Adelor Vieira (PMDB/SC) como o primeiro presidente da FPE e a diretoria executiva composta, em sua maioria, por deputados filiados à Assembleia de Deus (BAPTISTA, Saulo. *Pentecostais e neopentecostais na política brasileira: um estudo sobre cultura política, Estado e atores coletivos religiosos no Brasil*. São Paulo/BeloHorizonte: Annablume/Izabela Hendrix, 2009., p. 304).

¹⁵¹ A FPE não é considerada uma entidade jurídica da Câmara, pois o regimento interno da Câmara dos Deputados exige o mínimo de 100 deputados filiados para legalizar uma frente parlamentar. Como a FPE na 53ª legislatura (2007-2010) tinha 56 parlamentares filiados, a FPE existe e ocupa uma sala específica na Câmara mas sem legalização, até atingir o número exigido” (DUARTE, Tatiana dos Santos, A participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro: ação política e (in)vocação religiosa. In: *Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião*, Porto Alegre, ano 14, n. 17, p. 53-76, Jul./Dic. 2012 , p. 55)

¹⁵² Na legislatura 2003-2006 havia 77 parlamentares evangélicos. Na legislatura 2007-2010, o número caiu para 56 em razão do escândalo das sanguessugas. A despeito disso,

¹⁵³ MACHADO, Maria das Dores Campos. Evangelicals and Politics in Brazil: the case of Rio de Janeiro. *Religion, State & Society*, v. 40, n. 1, mar. 2012. p. 75

¹⁵⁴ O deputado pastor Marco Feliciano foi eleito para a presidência da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 7 de março de 2013

¹⁵⁵ Fontes: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1298045-marco-antonio-teixeiraprojeto-polemico-foi-aprovado-a-sombra-de-protestos.shtml>; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1299397-protesto-contracura-gay-reune-1000-em-sao-paulo.shtml>; <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1305310-lideres-da-bancada-evangelica-searticulam-para-apresentar-novo-projeto-da-cura-gay.shtml>

¹⁵⁶ Fontes: <http://oglobo.globo.com/pais/pastor-marco-feliciano-reu-por-homofobiaestelionato-7778274>; <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/marco-feliciano-outrodeputado-contragays-e-negros>; <http://oglobo.globo.com/politica/deputado-federal-marcofeliciano-faz-coro-as-declaracoes-de-bolsonaro-ataca-negros-homossexuais-2802944>.

¹⁵⁷ Segundo o deputado, o direito das mulheres atingiria negativamente as famílias brasileiras. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/marco-feliciano-diz-que-direitos-das-mulheres-atingem-familia-7889259>

homossexuais, estudantes, artistas e diversos outros segmentos sociais¹⁵⁸.

Por fim, em razão de ser o escopo central do presente trabalho, não se pode deixar de mencionar a Frente Parlamentar em Defesa da Vida – contra o Aborto, integrada por 192 deputados e 13 senadores.¹⁵⁹

Resta claro, portanto, que os grupos religiosos representados no Congresso Nacional se articulam para bloquear o avanço de temas que tangenciam dogmas religiosos, dentre os quais se destaca o aborto. Conforme identificado reconhecido por assessora vinculada a um dos parlamentares que integram a FPE “*nenhum projeto de lei sobre aborto, direitos civis de homossexuais ou outra questão de cunho moral passa no Congresso, pois eles estão muito fortes, não numericamente, mas enquanto força política*”¹⁶⁰.

Verifica-se que a conjuntura política atual do Legislativo tem favorecido um deslocamento de debates diretamente vinculados a direitos humanos das minorias para o Judiciário. Ativistas de direitos humanos e minorias como mulheres e homossexuais têm optado por discutir judicialmente o avanço de seus direitos, principalmente para empreender o debate recurso apenas a argumentos de razões públicas, sem que posições justificadas exclusivamente em dogmas religiosos possam influenciar ao que consideram como seus direitos.

Por fim, cabe registrar que o aborto vem sendo discutido no âmbito do Legislativo há mais de meio século no Brasil, tendo inexistido consenso sobre o tema ou a formação de maioria capaz de alterar o tratamento legal que lhe é conferido desde a década de 40 do século passado, quer para torná-lo mais rígido, quer para aumentar as hipóteses de aborto legal ou descriminalizar a prática.

¹⁵⁸ Fonte: <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2013/03/marco-felicianoemitedeclaracoes-machistas-e-causa-indignacao-nas-redes-sociais-4080604.html>; <http://oglobo.globo.com/pais/entidades-partidos-reagem-eleicao-de-marco-feliciano-770263>; <http://blogay.blogfolha.uol.com.br/2013/03/21/divulgado-video-feliciano-nao-me-representa/>; <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1247667-pelo-segundo-final-de-semana-feliciano-ealvo-de-protestos.shtml>.

¹⁵⁹ http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/384.asp

¹⁶⁰ DUARTE, Tatiana dos Santos, A participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro: ação política e (in)vocação religiosa. In: Ciências Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião, Porto Alegre, ano 14, n. 17, p. 53-76, Jul./Dic. 2012, p. 48.

2.3 O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Executivo no Brasil

Conforme já explicitado, o debate sobre o aborto no Legislativo é complexo e influenciado por grupos conservadores e religiosos que acabam por inviabilizar até mesmo a edição de leis que têm por escopo assegurar a efetivação de direitos já previstos na legislação brasileira, como o caso do PL 20/91, que previa obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto já previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde.

Com a paralisação do trâmite do projeto de lei acima referido, o atendimento às mulheres que buscavam a realização de aborto nas hipóteses autorizadas em lei se deu, inicialmente, através da regulamentação do serviço em cada unidade de saúde, através da edição de portarias estaduais e municipais ou universitárias, de acordo com o vínculo a unidade. Após, o tema entrou na pauta do Conselho Nacional de Saúde (CNS) que determinou, através da Resolução 258/1997, que o Ministério da Saúde adotasse as medidas necessárias à regulamentação do serviço aborto legal nos hospitais públicos.¹⁶¹

Em atendimento à determinação da CNS, se efetivou o mais importante movimento efetivado pelo Executivo com o objetivo de assegurar a implementação do direito à saúde e à dignidade das mulheres, a saber, a edição de Norma Técnica do Ministério da Saúde de 1998, regulamentando a prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. Este documento prevê a assistência integral à saúde das vítimas de violência sexual, inclusive a realização de abortos em caso de gravidez resultante de estupro.

No contexto do reconhecimento do aborto inseguro como problema de saúde pública, o Ministério da Saúde editou em 2004 uma norma técnica regulando a forma de atendimento às mulheres que recorrem aos hospitais após a realização de aborto. Esta norma, reeditada em 2011, tem por finalidade assegurar às mulheres que abortaram tratamento humanizado e tecnicamente adequado no serviço público de saúde em caso de complicações pós-aborto oferendo-lhes cuidado imediato e integral.

A norma técnica que regulamenta o tratamento humanizado pós abortamento estabelece expressamente que *a atenção à saúde da mulher deve ser garantida prioritariamente, provendo-se a atuação multiprofissional e, acima de tudo, respeitando a*

¹⁶¹ TALIB, Rosângela Aparecida. Dossiê: serviço de aborto legal em hospitais públicos brasileiros (1989-2004). São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2005 p. 20. <http://www.catolicasonline.org.br/uploads/dossi%C3%AA%20aborto%20legal%20-%20vrf.pdf>

mulher na sua liberdade, dignidade, autonomia e autoridade moral e ética para decidir, afastando-se preconceitos, estereótipos e discriminações de quaisquer natureza, que possam negar e desumanizar esse atendimento. Neste contexto, impõe ao serviço público de saúde o dever acolher e orientar a mulher em situação de abortamento, sem julgá-la, fornecendo atenção médica adequada para o controle da dor e para a minimização dos danos à sua saúde. Preconiza, ainda, que o atendimento por abortamento deverá ser seguido de orientação sobre anticoncepção e de oferta imediata e métodos contraceptivos, de forma a reduzir os riscos de gravidez não desejada¹⁶².

Além das normas técnicas já mencionadas, em agosto de 2014 foi publicada Portaria 415/2014 do Ministério da Saúde que formalizava o aborto nos casos já previstos em lei nos hospitais vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁶³. O procedimento custaria a União R\$ 443,30 (quatrocentos e quarenta e três reais e trinta centavos).

Porém, a referida portaria foi revogada uma semana depois de sua publicação no Diário Oficial da União, sob o fundamento de que havia sido editada sem os debates técnicos necessários. Todavia, parlamentares que integram a bancada evangélica do Congresso Nacional sustentaram que a revogação da referida portaria se deu por pressão política, ocasionando protestos de grupos feministas como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria - Cfemea¹⁶⁴.

Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que há pouco incentivo político para um enfrentamento mais incisivo da problemática do aborto pelo Poder Executivo. Isto porque o cenário político brasileiro, marcado pelo multipartidarismo, eleições proporcionais e um sistema presidencialista que concentra excessivamente poderes no chefe do executivo¹⁶⁵, acaba por ocasionar o chamado presidencialismo de coalizão, o qual, em sua definição

¹⁶² Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica/ Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher – 2 ed. – Brasília: Ministério da Saúde 2011

¹⁶³ O GLOBO, 23.05.2014.

¹⁶⁴ Matéria veiculada no jornal OGLOBO em 30.05.2014.

¹⁶⁵ Dentre os poderes concentrados pelo Presidente da República, destacam-se o poder exclusivo do Executivo de editar medidas-provisórias, a iniciativa exclusiva para legislar sobre matérias tributárias e de orçamento da União; a distribuição de cargos aos partidos que formam a sua base de apoio, a liberação de emendas individuais dos parlamentares apresentadas quando da aprovação do orçamento federal. O conjunto de poderes do Executivo acabam por impedir que minorias parlamentares venham a se constituir em veto-players capazes de dificultar ou bloquear suas iniciativas. Veja-se: MOISES, José Alvaro, O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006) in MOISES, José Alvaro (Org). O Papel do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão, Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

clássica identifica

“um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e custo de sustentação e que se baseia, quase exclusivamente no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão.”¹⁶⁶

Cabe ressaltar que – contrariamente a esta visão clássica que identifica o presidencialismo de coalizão com um conjunto de fatores institucionais que causam risco permanente de instabilidade política – a ciência política brasileira tem identificado, nas duas últimas décadas, o fenômeno como a configuração de um sistema político presidencialista consolidado que, semelhante ao parlamentarismo, assegura a capacidade do executivo de ter os seus projetos e políticas aprovados e lhe confere domínio sobre a agenda política do parlamento¹⁶⁷.

Este cenário político, que acabou reduzir a responsividade horizontal do Legislativo¹⁶⁸ e por favorecer a governabilidade¹⁶⁹ no período pós-redemocratização no Brasil, tem como consequência um incentivo ao Executivo para não incluir em sua pauta temas moralmente controversos, como o aborto, considerado item não negociável para os grupos religiosos fortemente representados no Congresso Nacional, de forma a evitar que estes retirem o apoio político à agenda presidencial e, assim, afetem a coalizão formada em prol da governabilidade¹⁷⁰.

¹⁶⁶ ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional. Dados: Revista de Ciências Sociais, vol. 31 n. 1. Rio de Janeiro: IUPERJ, p.22.27.

¹⁶⁷ Sobre a concepção mais moderna da ciência política brasileira acerca do presidencialismo de coalizão e suas principais características, veja-se: FIGUEIREDO, A. E LIMONGI, F. 1999, *Executivo e Legislativo na nova Ordem Constitucional* FGV/Fapesp, Rio de Janeiro: FGV/FAPESP, 1999 e FIGUEIREDO, A. E LIMONGI, F. 2003, “Medidas Provisórias” in: BENEVIDES, M.V., VANNUCHI, P e KERCHE, E (Orgs.) *Reforma Política e Cidadania* São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, SP: 2003 e LIMONGI, F. “A democracia no Brasil: Presidencialismo, Coalizão Partidária e Processo Decisório”. *Novos Estudos CEBRAP*, 76, São Paulo: 2006.

¹⁶⁸ Sobre a accountability do Legislativo no Brasil, confira-se: FIGUEIREDO, A. “The Role of Congress as an Agency of Horizontal Accountability: Lessons from the Brazilian Experience”. In: MAINWARING, S & WELNA, C *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford: Oxford University Press, Oxford. 2005.

¹⁶⁹ CARDOSO, F.H. “Reformas Estruturais e Governabilidade: a experiência brasileira da década de 1990” 2005 São Paulo e PIRES, João. Dependência e Desenvolvimento na América Latina depois da Reforma do Estado. Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales, n. 7, 2013.

¹⁷⁰ RENNÓ, L, “Críticas ao Presidencialismo de Coalizão no Brasil: Processos Institucionalmente Constritos ou Individualmente Dirigidos?” In: AVRITZER, L e ANASTASIA, F., *Reforma Política no Brasil*, Belo Horizonte: Ed. UGMG, B. Horizonte, 2006.

Além disso, a tomada de posição explícita em temas moralmente divisivos acabou por afastar determinados grupos de eleitores sem que necessariamente atraíam aqueles que concordam com o candidato naquele tema. Assim, posições liberais são comumente atribuídas a candidatos a cargos majoritários no afã de retirar-lhe votos de eleitores religiosos ou conservadores.

Exemplo claro do uso de temas moralmente divisivos nas eleições se verificou na campanha presidencial de 2010, quando a candidata à presidência pelo PT foi vinculada com posições antirreligiosas e liberais. Mais de 11.000 páginas da web traziam um “alerta” de que a candidata petista proibiria cultos religiosos na rua, restringiria programas evangélicos da televisão e criminalizaria a pregação evangélica contra práticas condenadas pela Bíblia Sagrada, como homossexualismo, idolatria e espiritismo. Além disso, foram distribuídos panfletos afirmando que o Programa Nacional de Direitos Humanos, materializado no Decreto 7.037 aprovado por Lula e que seria mantido por sua sucessora (i) legalizaria o aborto até nove meses de gestação; (ii) aprovaria o casamento entre pessoas do mesmo sexo; (iii) legalizaria a maconha; e (iv) autorizaria a adoção de crianças por casais homossexuais, dentre outras medidas.¹⁷¹

Analisando a abordagem do tema do aborto na campanha presidencial de 2010, Jair de Souza Ramo identifica que o governo federal sob a presidência de Luis Inácio da Silva vinha abrigando, de forma crescente em suas políticas públicas, os princípios identificados com os grupos em defesa do aborto e da criminalização da crítica à homossexualidade. Por isso, prossegue o autor, os grupos conservadores entendiam que a vitória de uma mulher de passado comunista e aparentemente simpática à luta feminista e homossexual constituía a possibilidade concreta de que as políticas derrotadas no parlamento viessem a ser implementadas via burocracia federal¹⁷².

Considerando o contexto político e o perfil da candidata que estava em vantagem pelas pesquisas eleitorais, os grupos religiosos se organizaram para enfraquecer a candidata Dilma Rousseff politicamente de forma a impedir sua eleição ou forçar um segundo turno que permitisse a construção de alianças políticas que impedissem avanços nos temas caros aos partidos que têm base política religiosa, como os direitos de homossexuais e direitos

¹⁷¹ RAMOS, J. S. Toma que o aborto é teu: a politização do aborto em jornais e na web durante a campanha presidencial de 2010. In Revista Brasileira de Ciência Política, n. 7, Brasília, janeiro-abril de 2012, p. 55-82.

¹⁷² RAMOS, J. S. Op. Cit. p. 63.

reprodutivos em geral.

No segundo turno da campanha, o tema do aborto e as preocupações com relação à conquista do voto religioso ganharam ainda mais destaque, refletindo uma situação corriqueira no debate sobre o aborto na imprensa brasileira: a priorização do debate sob a ótica moral-religiosa ou jurídico-penal¹⁷³.

Aproveitando-se do momento político, as lideranças religiosas trataram de garantir que os candidatos, uma vez eleitos, estivessem alinhados às suas reivindicações e se comprometessem publicamente a não adotar medidas contrárias aos interesses dos grupos religiosos¹⁷⁴. Destaca-se, aqui, a carta compromisso entregue pela então candidata Dilma Rousseff a parlamentares e líderes religiosos para divulgação em suas igrejas, através da qual se disse contra o aborto e se comprometeu a não enviar ao Congresso projetos de lei que permitam a legalização do aborto no país, bem como de outros temas concernentes à família¹⁷⁵.

A despeito de pesquisas de intenção de voto sugerirem que a pauta moral e o fator religião não influíram decisivamente no comportamento do eleitor, não se pode negar que as lideranças religiosas cristãs demonstraram força política ao trazer para a agenda das campanhas temas como a descriminalização do aborto, o casamento homossexual e a liberdade religiosa e a assumir compromissos políticos para obtenção dos votos dos religiosos¹⁷⁶.

Constata-se, portanto, que momentos sensíveis politicamente como eleições majoritárias acabam por representar uma oportunidade para grupos conservadores que têm expressiva representação política se capitalizarem politicamente e extrair compromissos que

¹⁷³ FONTES, M., O aborto na campanha eleitoral de 2010 e seu enquadramento na imprensa. Disponível em: <http://www.compos.org.br>. Acesso em julho de 2014. No mesmo sentido: LEMOS, L. C. O uso político do aborto nas eleições 2010: primeiras considerações. 2012. Acesso em agosto de 2014. <http://www.unicentro.br/redemc/2012/artigos/47.pdf>.

¹⁷⁴ TREVISAN, Janine. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro. In: Numen Revista de estudos e pesquisa da religião, v16, n. 01, 2013.

¹⁷⁵ Fonte: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-carta-dilma-assina-compromisso-contr-o-aborto,625257>. Consulta em agosto de 2014.

¹⁷⁶ Sobre a influência da religião escolha de candidatos em eleições, veja-se: CASTRO, M. M. Sujeito e estruturas do comportamento eleitoral. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 20, 1992. RADMANN, E. R. *O eleitor brasileiro: uma análise do comportamento eleitoral*. Dissertação (mestrado em Ciência Política), Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001. PALMEIRA, M. Voto: racionalidade ou significado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 20, 1992. SILVEIRA, F. E. *A decisão do voto no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998 e MAIA, Eduardo Lopes Cabral, Os evangélicos e a política. *Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC* Vol. 2 nº 2 (4), agosto-dezembro/2006, p. 91-112

acabam por neutralizar ou mesmo reverter os espaços ganhos pelos movimentos de direitos humanos.

Resta claro, portanto, que o sistema político brasileiro acaba por desestimular o tratamento de temas moralmente divisivos, como o abordado no presente estudo, também pelo Executivo, uma vez que a defesa de direitos humanos de minorias políticas acaba por prejudicar a eleição de candidatos a cargos majoritários e dificulta a governabilidade dos candidatos eleitos¹⁷⁷.

Considerando o contexto apresentado, pode-se concluir que o Executivo brasileiro tem tratado a questão do aborto sob a ótica da saúde pública, adotando medidas que buscam assegurar o acesso ao aborto legal em condições adequadas, bem como tratar as mulheres que recorrem ao serviço público de saúde após o abortamento – provocado ou não – de forma condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A despeito disso, muitos avanços na regulamentação do aborto legal e em sua efetiva disponibilização às mulheres brasileiras são obstados por pressões políticas de grupos conservadores religiosos – ainda mais relevantes considerando o contexto brasileiro de presidencialismo de coalização – , como ilustra o recuo do governo na regulamentação do pagamento do procedimento de aborto realizado no Sistema Único de Saúde.

2.4 O tratamento conferido ao aborto pelo Poder Judiciário no Brasil

O Judiciário brasileiro atua em duas frentes em relação à questão do aborto, a saber, no julgamento criminal dos casos de aborto provocado e na apreciação de pedidos de aborto legal, quer nas hipóteses autorizativas do aborto expressamente previstas no art. 128 do Código Penal, quer na análise de pedidos de autorização para aborto de fetos que possuam malformações incompatíveis com a vida extra-uterina.

No que se refere ao julgamento criminal de casos de aborto provocado, há que se destacar que o número de casos de processos criminais relativos ao aborto provocado com o consentimento da gestante ou autoaborto são muito pequenos ante as estimativas oficiais de abortos realizados por ano no país. Enquanto o Ministério da Saúde estima a realização de entre 729 mil a 1,25 milhões de abortos por ano no Brasil, no período compreendido entre 2007 e 2010 foram iniciados apenas 128 (cento e vinte e oito) processos com mulher

¹⁷⁷ MANIN, B. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 10, n. 29, 1995

incriminadas por aborto no Estado do Rio de Janeiro. Deste total, 29,7% dos processos foram encerrados sem resolução do mérito e apenas 2,3% haviam recebido decisão de mérito no período ¹⁷⁸.

De forma a esclarecer como efetivamente o fenômeno do aborto é encarado pela sociedade e como atua o sistema criminal em sua persecução, parece-nos interessante avaliar os dados disponíveis acerca do perfil das mulheres que abortam e das que realizaram o aborto e foram incriminadas por sua realização.

Em estudo realizado pelo grupo de pesquisa Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade vinculado ao programa de mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi efetivada a comparação entre o perfil das mulheres que declararam ter feito aborto e aquelas incriminadas pela prática, constatando-se que este último grupo é homogêneo, abrangendo apenas mulheres negras ou pardas e em situação sócio-econômica precária. Veja-se:

“(...) de um lado temos uma informação sobre o conjunto geral das mulheres que abortam, cujo perfil é bem aberto, mulheres de diversos grupos sociais afirmaram ter realizado aborto; de outro lado temos um contexto específico, o subconjunto de mulheres que abortaram e foram introduzidas no sistema de justiça. Este subconjunto não é uma representação simétrica do conjunto total, ou seja, do universo total de mulheres que abortam, apenas algumas - mulheres mais jovens, desempregadas ou em situação informal, negras, com baixa escolaridade, moradoras de áreas periféricas – foram capturadas pelo sistema.”¹⁷⁹

Conforme asseverado por Rulian Emerick em análise aprofundada sobre estudo acima referido, que objetivou mapear a situação de criminalização da prática de aborto no Estado do Rio de Janeiro, a realidade das mulheres que optaram por realizar o aborto e foram criminalmente processadas pelo fato alegam motivos semelhantes para a interrupção da gravidez, a saber: problemas de relacionamento conjugal, muitas vezes com episódios de violência doméstica; e sérias dificuldades sócio-econômicas¹⁸⁰. Além disso, o autor identificou nos depoimentos dos médicos que testemunharam nos processos de aborto violação do dever legal e ético do sigilo profissional, com a consequente violação ao direito à

¹⁷⁸UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Relatório do Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. Rio de Janeiro, 2012

¹⁷⁹ UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Relatório do Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. Rio de Janeiro, 2012.p. 28.

¹⁸⁰ EMMERICK, Rulian. Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia. Ed. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008, p.161 a 166.

intimidade e privacidade da paciente.

Assim, foi identificado que o uso do sistema público de saúde em virtude das complicações no processo de abortamento, ao qual apenas as mulheres mais pobres recorrem, acaba ocasionando a entrada destas mulheres na esfera da persecução criminal pelo crime de aborto, através da denúncia de médicos e outros profissionais de saúde. Hipóteses em que o processo criminal sobre a realização do aborto tem por início “estouro” de clínicas de aborto – , apesar de obterem maior atenção da mídia, ocorrem em menor número até porque dependem da efetivação de políticas públicas de segurança sazonais e localizadas.

Resta claro, portanto, que o aborto, apesar de ser praticado indistintamente por brasileiras de todas as classes sociais e perfis e não ser usualmente submetido à persecução penal, quando é apresentado à justiça tem - em geral - como réis mulheres pobres, que ingressam no sistema criminal pelo sistema público de saúde.

No que concerne à análise das situações em que há solicitação de autorização de aborto por malformação fetal incompatível com a vida extrauterina, cumpre destacar que o Judiciário passou a analisar estas questões com maior frequência a partir da década de 90, período em o acesso a exames mais acurados passou a permitir o diagnóstico destes casos com extrema precisão. No período após a promulgação da Constituição de 1988 até 2004 o Judiciário já havia concedido mais de 3.000 (três mil) autorizações judiciais para interrupção de gravidez por malformação fetal incompatível com a vida extrauterina¹⁸¹, tendo a primeira sido requerida e deferida em 1989.¹⁸²

No contexto dos cada vez mais frequentes processos judiciais requerendo a interrupção de gestação de fetos cuja vida após o nascimento se mostrava inviável, foi impetrado habeas corpus¹⁸³ perante o Supremo Tribunal Federal em favor de gestante de feto anencefálico, visando a superação de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que lhe havia negado o pedido de interrupção da gravidez. No momento de sua submissão ao plenário do STF para julgamento, o habeas corpus foi julgado prejudicado por perda de objeto. A gravidez havia chegado ao seu termo regular e o feto faleceu sete minutos após o

¹⁸¹FERNANDES, Maíra Costa; *Nos limites da vida*; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, coord. Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan, p. 114

¹⁸²O aborto além da anencefalia. Revista Época de 20.04.2012. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/04/o-aborto-alem-da-anencefalia.html>. Última consulta em junho de 2014.

¹⁸³ STF, HC 84.025/2004.

nascimento.

A despeito da não apreciação do mérito ante a perda do objeto do habeas corpus 84.025/04, o ministro Joaquim Barbosa divulgou o voto que iria proferir, no qual concederia a ordem para assegurar à paciente a efetivar legalmente a interrupção de gravidez pretendida. No voto, dentre outros argumentos o ministro asseverou que os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher¹⁸⁴.

Com o já referido processo de judicialização dos pedidos de aborto por inviabilidade de vida extra uterina do feto em curso, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 (ADPF 54). O referido processo foi conduzido pelo doutrinador e advogado constitucionalista Luis Roberto Barroso, atualmente ministro do STF, e teve por objeto o pedido de declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal¹⁸⁵. Em síntese: visava à descriminalização do aborto nos casos de anencefalia fetal¹⁸⁶.

No âmbito da análise deste caso, o Supremo Tribunal Federal se debruçou no tema do aborto – ainda que em situação específica e tratando de hipótese em que não há viabilidade da vida extrauterina – e se manifestou sobre o início da vida e a extensão de sua tutela pelo direito.

Em sua análise, o Min. Celso de Mello discorreu longamente sobre as divergências a propósito da definição da origem da vida no campo científico, no domínio filosófico e no âmbito das religiões¹⁸⁷, para concluir que diante das multiplicidades de teorias filosóficas,

¹⁸⁴ BARBOSA, Joaquim. Voto proferido no âmbito da ADPF054 e publicado em SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In* Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional III*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, pp. 559-581

¹⁸⁶ A anencefalia é uma grave má formação fetal, que resulta da falha de fechamento do tubo neural. Isso leva à ausência dos hemisférios cerebrais, da calota craniana e do cerebelo. A conjunção desses fatores impede a possibilidade de vida extrauterina. A anencefalia não possui tratamento ou cura, e é fatal em 100% dos casos. Aspectos éticos do atendimento ao aborto legal no Brasil – perguntas e respostas/ Anis – Instituto de Biotética, Direitos Humanos e Gênero [Organizador]. – Brasília: LetrasLivres, 2012, p. 31, item 6.1..

¹⁸⁷ Sobre as diferentes concepções científicas, filosóficas e religiosas acerca do início da vida, veja-se: MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. O primeiro instante. *Super Interessante*, n. 219, p. 56-64, 2005. Ver também: CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico

religiosas e mesmo científicas que buscam fixar o início da vida, cabe ao intérprete necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais das pessoas, objetivando-se, *com tal orientação*, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade¹⁸⁸.

O Min. Joaquim Barbosa asseverou expressamente que *a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação ao óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados*¹⁸⁹ (P.150)

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio, além de afirmar expressamente em seu voto que o direito à vida do feto não é absoluto e a proteção que lhe é conferida comporta diferentes gradações, registrou que ainda caberia aferir *se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres*. No exercício desta ponderação, conclui

“Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que ‘se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças’. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade (...) a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres(...). Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, ‘é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam.’(...)

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não

e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. *Mana*, v. 13, n. 2, p. 347-380, 2007. e CANDIDO, Daniele e REPISO, Graziela T. et al. FETO ANENCÉFALO: SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. *REVISTA CIENTÍFICA SENSUS-DIREITO*, v. 1, n. 2, p. 38-54, 2011.

¹⁸⁸ MELLO, Celso. Voto proferido no âmbito do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 054 – fls. 341 a 350 do acórdão.

¹⁸⁹ BARBOSA, Joaquim, Trecho de voto proferido no julgamento da APDF 054 pelo Supremo Tribunal Federal

pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela ser exigido.”¹⁹⁰

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente este pedido aduzindo principalmente que (i) *por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida, motivo pelo qual o conflito entre direitos fundamentais seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana de quem estivesse por vir;* (ii) *a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres*¹⁹¹.

Com base nos fundamentos acima sintetizados, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os princípios basilares da Constituição de 1988 impedem a interpretação dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto no Brasil no sentido de estender seu alcance às situações de inviabilidade de vida-extrauterina do feto, notadamente no caso de fetos portadores de anencefalia.

No caso específico do diagnóstico de anencefalia fetal, a antecipação do parto pode ser solicitada diretamente à rede pública de saúde. O diagnóstico será comprovado na forma estabelecida na Resolução 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina e, após sua confirmação, o médico responsável deverá orientar a mulher sobre o quadro médico e seus direitos, de forma que ela possa decidir livremente pelo prosseguimento ou não da gravidez¹⁹². E, cabe notar, que no caso de diagnóstico de anencefalia, não há idade gestacional

¹⁹⁰ MELO, Marco Aurélio, Voto proferido no âmbito do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 054 – fls. 67/68 do acórdão

191 Trechos da ementa da ADPF 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>, consulta em 20.03. 2013.

¹⁹² A Resolução nº 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina, publicada no DOU de 14.05.2012, foi editada considerando (i) a declaração da constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de anencefalia fetal proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 054; e (ii) que o pressuposto fático para esta antecipação é o diagnóstico médico inequívoco da anencefalia fetal. A referida resolução estabelece que o diagnóstico será feito mediante por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª(décima segunda) semana de gestação, o qual deve conter: I–duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II–laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico (art. 2º). Prevê, ainda, que Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir (art. 3º).

máxima para solicitação da antecipação terapêutica do parto¹⁹³.

Ressalte-se, por fim, que a anencefalia não é o único caso de malformação fetal incompatível com a vida, apesar de ser o mais comum. Considerando o teor do acórdão proferido no julgamento da ADPF 54 e sua *ratio decidendi*, impõe-se o reconhecimento de que todas as hipóteses em que se constate malformação fetal incompatível com a vida extra uterina autorizam a efetivação do aborto legal, na forma da referida decisão do STF. Contudo, no caso de outras malformações incompatíveis com a vida ainda há necessidade de prévia autorização judicial para realização do aborto legal, uma vez que o objeto da ADPF 54 se circunscreveu à situação da anencefalia¹⁹⁴.

Cabe frisar, também, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca do conceito de vida e de seu marco inicial proferidos no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/2008, de relatoria do Ministro Ayres Britto. Esta ação, julgada improcedente, visava debater a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, notadamente no que se refere uma suposta violação do direito à vida decorrente da possibilidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Na análise da ação, o relator Min. Ayres Britto constata que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo, mas apenas da vida que já é própria de uma pessoa concreta, vida esta

*já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso definido como membro desta ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica.*¹⁹⁵

O ministro relator prossegue asseverando expressamente que a inviolabilidade da vida de que trata o art. 5º da Constituição Federal se refere a um direito titularizado por um indivíduo personalizado. Em seu voto, adere à concepção de Dworkin de que o direito protege

¹⁹³ Aspectos éticos do atendimento ao aborto legal no Brasil – perguntas e respostas/ Anis – Instituto de Biotética, Direitos Humanos e Gênero [Organizador]. – Brasília:LetrasLivres, 2012

¹⁹⁴ Aspectos éticos do atendimento ao aborto legal no Brasil – perguntas e respostas/ Anis – Instituto de Biotética, Direitos Humanos e Gênero [Organizador]. – Brasília:LetrasLivres, 2012

¹⁹⁵ BRITTO, Ayres, Trecho de voto proferido no âmbito da ADIN 3.510, julgada pelo STF, p. 162.

a vida humana de modo variado a cada etapa de seu desenvolvimento biológico. Aduz que a tutela conferida a vida humana pelo direito é

Proteção que vai aumentando à medida que tais etapas do evoluer da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoa dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela proporcional ao tamanho deste investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou a bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice).¹⁹⁶

O reconhecimento desta variação no grau de proteção conferido à vida humana não importa em dizer que o feto não será merecedor de qualquer proteção jurídica. Isto porque, a dignidade da pessoa humana é um princípio tão relevante para o nosso ordenamento que admitiria um transbordamento, um grau de transcendência que lhe permitiria alcançar aquilo que se revele como o início e continuidade do processo biológico que deságua no indivíduo-pessoa¹⁹⁷ Esta proteção assegurada ao feto, contudo, deverá variar de acordo com a fase gestacional verificada, sendo certo que só alcançará o status de inviolabilidade com o nascimento com vida.

2.5 O aborto na mídia

A despeito da controvérsia ética sobre o aborto – ou talvez justamente por isso – o aborto é um tema presente no debate público brasileiro, principalmente em matérias de jornais. Conforme identificado em pesquisa conduzida pela Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, há em média uma matéria sobre o aborto publicada a cada dois dias nos jornais de circulação diária nacional no Brasil

Um monitoramento dos jornais impressos conduzido no período entre julho de 1996 e dezembro de 2000 constatou a ampliação no debate sobre o aborto na imprensa do Brasil. Segundo a conclusão deste estudo, no período foi constatado um deslocamento da cobertura do tema apenas pelas páginas policiais para diferentes editorias como ciência, saúde, política

¹⁹⁶ BRITTO, Ayres, Trecho de voto proferido no âmbito da ADIN 3.510, julgada pelo STF em 29.05.2008, p. 163.

¹⁹⁷ BRITTO, Ayres, Trecho de voto proferido no âmbito da ADIN 3.510, julgada pelo STF em 29.05.2008, p. 168.

nacional e internacional¹⁹⁸. A despeito disso, a mídia impressa brasileira, de maneira geral, ainda ignora a figura da mulher como o personagem central no debate sobre o aborto, situando-o no âmbito da moralidade religiosa e da política nacional ao invés de enfocá-lo sob o prisma da saúde e dos direitos reprodutivos das mulheres¹⁹⁹.

Cumprido destacar que a ampliação do debate público sobre o aborto, ocorrida na década subsequente à promulgação da Constituição Federal de 1988, foi permeada pela inclusão de inúmeras vozes e atores, como o movimento feminista e os representantes das igrejas católicas e evangélicas no país. O debate se acirrou e a cobertura da mídia se intensificou na cobertura dos debates conduzidos no Congresso Nacional por ocasião da votação do PL 20/91, o qual versava sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto legal pelo Sistema Único de Saúde (SUS)²⁰⁰.

O estudo Olhar sobre a mídia²⁰¹ identificou, ainda, que a característica do tratamento dado pela imprensa foi de reforço da polarização das posições contra e a favor do aborto, sem que o tema seja abordado sob os prismas científico, social, da saúde e dos direitos humanos. Constatou, porém, que a imprensa conferiu voz e visibilidade às experiências das próprias mulheres que haviam abortado, trazendo matérias sobre seu sofrimento e os perigos a que estavam expostas ao realizarem abortos clandestinos.

O cerne dos argumentos contrários à legalização do aborto ou à ampliação das hipóteses de aborto legal é a alegação de que a vida humana se inicia na concepção e que, portanto, o aborto equivaleria a um homicídio. Estes argumentos, centrados na santidade da vida e nos direitos do feto, foram defendidos por grupos religiosos e seus representantes no cenário das votações do PL 20 e da reforma do Código Penal através da afirmação de que a noção do direito à vida desde a concepção estaria implícita no texto do preâmbulo da Constituição de 1988 e em seu art. 5º, que tutela a inviolabilidade do direito à vida²⁰².

¹⁹⁸ Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In : Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001 p. 147.

¹⁹⁹ DINIZ, Debora e DAMASCENO, Ana Paula, Mulheres Mídia e Aborto in SérieAnis 20, Brasília, LetrasLivres, 1-8, maio, 2001.

²⁰⁰ Olhar sobre a mídia, Op. Cit. P.147.

²⁰¹ Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In : Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001. n.14/15.

²⁰² Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In : Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001.

Os argumentos contrários suscitados na mídia foram no sentido de que a inviolabilidade da vida não equivale à proteção do direito à vida desde a concepção. Além disso, os argumentos favoráveis à legalização do aborto – articulados, em sua maioria, por grupos feministas – se centraram (i) na defesa do estado laico, sustentando que as ações públicas não podem ser guiadas por dogmas religiosos; (ii) na necessidade de observância às recomendações dos programas de ação adotados no Cairo e em Pequim, das quais o Brasil é signatário; (iii) na defesa dos direitos humanos das mulheres, dos direitos individuais, da livre decisão, da garantia do cumprimento da lei nos casos em que o aborto é permitido e a educação sexual; e (iv) na denúncia da violência sexual contra as mulheres²⁰³

Nos anos 2000, vê-se o fortalecimento de outros atores no debate sobre o aborto na mídia e se constata alguns exemplos da abordagem do tema sob a ótica da saúde das mulheres e, ainda, matérias que destacam a espiral crescente de descriminalização do aborto pelo mundo e a síntese dos principais argumentos favoráveis e contrários à legalização do aborto²⁰⁴. Além disso, outras matérias em revistas semanais²⁰⁵ trataram do tema sob o prisma de forma mais ampla, ouvindo médicos que realizam abortos legais e outros que reconheceram que orientam suas pacientes sobre como proceder aborto seguro – embora ilegal –, bem como mulheres, algumas personalidades públicas, que se manifestaram narrando as circunstâncias dos abortos a que se submeteram²⁰⁶

Cabe destacar, também, o espaço concedido pela mídia à manifestação do Conselho Federal de Medicina, encaminhada ao Senado Federal, favorável à legalização do aborto realizado até a 12ª semana de gravidez, ocorrida em março de 2013. Como exemplo, cita-se a cobertura da Revista Veja, que abriu espaço para manifestação de Roberto D’Avila, presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), que destacou a desigualdade no tratamento à saúde das mulheres que decorre da criminalização do aborto. Confira-se:

"Esse é o retrato de uma grande hipocrisia social. Filhas de médicos, juízes e advogados vão fazer a interrupção de forma segura e muitas vezes com médicos e aparelhos específicos. Já a mulher pobre não tem acesso. Ela faz em condições

²⁰³ Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In : Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001 p. 156/157.

²⁰⁴ Matéria intitulada “Aborto: sim ou não?”. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR77047-6014,00.html>. Último acesso em maio de 2014.

²⁰⁵ Matérias publicadas na Revista Veja de 21.03.2013.

²⁰⁶ Matéria intitulada Especial Aborto: a realidade dos consultórios publicada na revista Veja de 29.01.2009.

inadequadas, inseguras, usa doses erradas de medicamentos e fazem a manipulação do útero e enriquece as estatísticas horrorosas da saúde pública, nas quais o aborto é a quinta causa da mortalidade”²⁰⁷

A mídia apresentou os argumentos do Conselho Federal de Medicina, mas também concedeu espaço a médicos que têm opinião dissonante, a parlamentares, que manifestaram entendimento de que a questão deve ser tratada no Congresso Nacional e aos defensores da posição contrária à liberalização do aborto.

Outro momento de intenso debate público sobre o aborto se deu por ocasião do julgamento – pelo Supremo Tribunal Federal – da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, que legalizou a realização de abortos de fetos com malformações incompatíveis com a vida extrauterina. O julgamento, ocorrido em 12.04.2012, teve ampla cobertura da mídia. As matérias publicadas no período permitiram um debate mais equilibrado sobre o aborto e abordaram os efeitos psicológicos da situação para as mulheres e sua dignidade, mas a discussão se limitou, na maioria das vezes, à liberdade para escolher o aborto em situações de malformação fetal incompatível com a vida²⁰⁸.

Como se sabe, o produto da mídia é o resultado de uma série de seleções sobre que itens deverão ser publicados, bem como acerca do enfoque e destaque a ser dado à matéria²⁰⁹. Assim, a análise da frequência com que o tema do aborto é tratado na mídia e o enfoque utilizado no tratamento do aborto e as críticas por ele formuladas visa trazer à luz o fato de que o aborto é um tema frequentemente nos meios de comunicação impressa, mas as publicações sobre o aborto muitas vezes deixam de promover o enriquecimento do debate público sobre o tema ao circunscrever sua análise aos aspectos religiosos, morais e político-partidários. Ao optarem por não refletir a importância dos argumentos éticos em saúde e por apresentar, majoritariamente, matérias que tratam de forma apartada o tema do aborto e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres²¹⁰, os jornais e demais veículos de mídia impressa estão deixando de promover um adensamento do senso crítico das pessoas sobre o aborto e de tratar aspectos importantes do tema, como os impactos de sua proibição na saúde das mulheres.

²⁰⁷ Revista Veja, 21.03.2013.

²⁰⁸ Revista Época, 20.04.2014, o aborto além da anencefalia, Época 12.04.2014, O Globo 12.04.2014.

²⁰⁹ LIPPMANN Walter Opinião Pública Ed. Vozes Petrópolis, 2006.

²¹⁰ DINIZ, Debora e DAMASCENO, Ana Paula, Mulheres Mídia e Aborto in SérieAnis 20, Brasília, LetrasLivres, 1-8, maio, 2001 p.3.

3 UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ABORTO NO BRASIL

O presente capítulo visa abordar problemática do aborto sob o prisma do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Pretende-se cotejar o *status* atual do tratamento jurídico conferido ao aborto e a ordem constitucional em vigor, para ade forma a aferir sua compatibilidade.

Para atender a finalidade deste capítulo, sistematizaremos a análise dividindo-a em três partes: (i) delimitação do conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e análise de sua incidência na questão do aborto; (ii) identificação dos direitos fundamentais envolvidos na controvérsia; e (iii) conclusão acerca da compatibilidade da criminalização do aborto com a ordem de valores estabelecida na Constituição de 1988.

Antes, porém, consideramos oportuno abordar duas questões relevantes para o debate que se seguirá, a saber, a distinção entre princípios e regras e suas consequências e os impactos da laicidade do Estado no debate sobre o aborto.

3.1 Distinção entre princípios e regras e suas consequências.

A doutrina jurídica internacional e nacional possui razoável consenso de que princípios e regras são espécies de normas qualitativamente distintas, bem como que os princípios têm caráter normativo²¹¹. Contudo, assimilar tal afirmação como verdadeira traz impactos diretos no exercício da interpretação constitucional.²¹²

No presente estudo far-se-á uso da teoria de Alexy sobre o tema, a qual concentra a distinção entre os tipos normativos em cotejo na natureza do comando que deles se extrai. Em sua teoria, as regras consubstanciarium normas que veiculam comandos de definição, ou seja, ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por serem inválidas. Os princípios, por sua vez, se caracterizariam por veicularem mandados de otimização, determinando que algo seja

²¹¹ Sobre a distinção entre princípios e regras, veja-se: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *_. O começo da história; a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, v. 2, 2003. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros Editores, 2000. MONTE, Eriverton Resende. *Princípios e Regras*. *Revista Direito e Política*, v. 6, n. 3, p. 1289-1312, 2011.

²¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda D. L. *Lucas A estrutura Normativa das Normas Constitucionais – Notas sobre a Distinção entre princípios e Regras In: Os princípios da Constituição de 1988*.

realizado na maior medida possível, considerando o contexto fático e as possibilidades físicas e jurídicas existentes²¹³.

A concepção de que os princípios podem ser aplicados de forma gradativamente diversa, a depender do caso concreto, decorre do fato de que os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões opostas. Os princípios, porém não trazem em si determinações sobre o mecanismo de solução da tensão potencial entre a razão que contém e aquelas que podem ser encontradas em outros princípios que lhe sejam eventualmente contrapostos no caso concreto. Desta forma, no momento em que se constata a colisão entre dois princípios – incidentes sobre uma situação fática específica – deverá ser feita uma escolha racionalmente fundamentada sobre qual destes terá uma aplicação preferencial.

Para equacionar o conflito e determinar princípio que deverá prevalecer na situação de conflito posta e em que medida o princípio que lhe foi contraposto deve ceder, deverá ser adotado um procedimento de ponderação. Através da ponderação se obterá *“uma redução das possibilidades semânticas do enunciado do princípio, de modo que algumas das medidas que seriam faticamente admissíveis para sua otimização são afastadas, pois realizam apenas um dos princípios ponderados (o que obteve preferência), desprezando inteiramente os demais”*²¹⁴.

Cabe recordar que o termo ponderação não é privativo do direito. Em sentido geral ele indica uma avaliação de vantagens e desvantagens relacionadas à determinada situação. Assim, toda decisão minimamente racional envolve um certo grau de ponderação²¹⁵.

Em sua acepção jurídica, Ana Paula de Barcellos identifica ponderação como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolve valores ou opções políticas em tensão e é insuperável pela hermenêutica tradicional. Conforme a autora, após a identificação dos enunciados normativos em tensão e dos fatos relevantes para decisão do caso concreto, será proferida uma decisão – o produto da ponderação – que deverá (i) ter pretensão de universalidade, ou seja, deve poder ser generalizada para situações equiparáveis; (iii) buscar a

²¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997Op. Cit., p 81- 88.

²¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana Rio de Janeiro:Renovar, 2002 p. 120.

²¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula A eficácia jurídica dos princípios constitucionais (...)Op. Cit. p. 296

concordância prática dos enunciados normativos; e (iii) respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais que foram objeto da ponderação²¹⁶

Conclui-se, portanto, no sentido de reconhecer os princípios como normas que terão seu peso no caso concreto definido de acordo com as circunstâncias fáticas tratadas. O processo de definição do peso atribuído a cada princípio, será, como já visto, o de ponderação. Este processo deverá ser conduzido na forma acima indicada e, ao final, apresentará como produto a definição acerca do(s) princípio(s) que terá (ão) prevalência no caso concreto.

No caso do aborto, já se apresentou a posição – de resto, reconhecida por toda a doutrina que se dedicou à análise do tema – de que se está diante de uma situação em que se constata a incidência e a colisão de uma multiplicidade de princípios. Desta forma, reconhecendo-se uma situação de conflito entre princípios estes deverão ser submetidos a um exercício de ponderação para que possamos aferir qual o princípio terá aplicação preferencial na controvérsia e que decisão melhor se coaduna, concomitantemente, com a necessidade de otimização dos princípios prevalentes e com a preservação do núcleo essencial dos princípios considerados não prevalentes no caso.

3.2 Os impactos da laicidade do Estado brasileiro no debate sobre o aborto no Brasil

O debate sobre a laicidade dos estados e sobre a separação entre política e religião está na raiz das discussões sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Conforme identificado por Canotilho, a evolução do conceito de laicidade – que teve início como uma postulação de liberdade de religião – é parte indissociável da demanda pela consolidação dos direitos fundamentais do homem²¹⁷.

Ari Pedro Oro posiciona a ideia de laicidade no contexto do ideal republicano francês da segunda metade do século XIX. Neste momento histórico, buscou-se o reconhecimento da

²¹⁶ Sobre a ponderação de princípios, seus fundamentos e mecanismo de aplicação, confira-se SARMENTO, D “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193-203, 2000, Lúmen Juris; BARROSO, L. Ri “Temas de Direito Constitucional”, tomo I/363-366, 2001, Renovar; ANDRADE, J. C. V, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, 1987, Almedina; CANOTILHO, J.J. Gomes “Direito Constitucional”, p. 661, 5ª ed., 1991, Almedina; FARIAS, E. P. “Colisão de Direitos”, p. 94/101, 1996, Fabris Editor; STEINMETZ, W. A. “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado e BARROS, S. T., “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “*Conclusão*”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7ª ed. Coimbra:Almedina, 2003, p. 383.

liberdade religiosa através da aceitação de diferentes confissões religiosas e da fundação estritamente política do Estado, contrapondo-o à monarquia e sua sustentação ideológica na vontade divina²¹⁸. O ponto central da ideia de laicidade do estado é, portanto, desde o seu início, o reconhecimento de que a legitimidade do Estado e de suas leis passa a se fundamentar na concepção democrática e não mais em elementos religiosos.²¹⁹

A despeito de a separação institucional entre Estado e Igreja e o princípio da laicidade estatal não serem atualmente identificados como sinônimos²²⁰, a separação orgânica e formal entre Igreja e Estado foi o fator histórico decisivo para o surgimento do Estado nacional e a primeira forma histórica que assumiu o princípio da laicidade do Estado.²²¹

No Brasil, a ideia de laicidade do Estado é entronizada no ordenamento jurídico através da edição do Decreto 119-A de 07.01.1890, de autoria de Rui Barbosa e da Constituição da República de 1891, a qual estabeleceu a separação entre o Estado e a Igreja e assegurou a liberdade religiosa. Na Constituição Federal de 1988, a laicidade do Estado é identificada como um princípio constitucional implícito, formado pelo contexto de outros elementos constitucionais como os princípios democrático, da igualdade, da liberdade, principalmente a religiosa. A laicidade – como princípio implícito da constituição em vigor – seria ainda fortalecida pela separação entre Estado e Igreja contida no art. 19, I da Constituição Federal, mas não confundiria com esta regra constitucional²²².

Além da separação orgânica entre o Estado e religiões específicas, imposto pelo já referido art. 19, I da Constituição Federal, o princípio da laicidade estatal impõe, ainda, que o Estado seja imparcial em relação à religião, a partir da fundamentação democrática e não

²¹⁸ ORO, Ari Pedro, “A laicidade na América latina: uma apreciação antropológica”. In Roberto Arruda Lorea (org) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

²¹⁹ BLANCARTE, Roberto El porqué de un Estado laico. In: Blancarte RJ, coordenador. *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. México DF: El Colegio de México; 2008. p. 29-46.

²²⁰ Sobre a distinção entre a laicidade estatal e a separação entre o estado e a igreja. ZYLBERSZTAJN, Joana, O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/>. Acesso em: 29.06.2014.

²²¹ HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de direito. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 35

²²² ZYLBERSZTAJN, Joana, O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/>. Acesso em: 29.06.2014.

dogmática de seus atos, legitimados pela soberania popular e não por concepções do sagrado elo divino. E mais: o Estado laico deve garantir o exercício igualitário da fé de maneira igualitária entre todas as religiões e assegurar o direito dos indivíduos de não professar religião alguma²²³.

Em um Estado laico todas as religiões serão destinatárias de igual respeito e consideração, sendo reconhecido aos grupos religiosos o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores sem, contudo, que lhes seja facultado pretender hegemonizar sua concepção de mundo fundada na dogmática religiosa com a qual se identifica²²⁴.

Em verdade, a discussão sobre a legitimidade ou pertinência da participação religiosa na esfera pública envolve opiniões diversas entre grupos religiosos e seculares. Casanova acredita que não há razão plausível, nem por motivos democráticos ou mesmo liberais, para banir a religião da esfera pública, na medida em que

Cercear o “livre exercício da religião” em si leva a cercear o livre exercício de direitos civis e políticos de cidadãos religiosos, o que leva a infringir a vitalidade da sociedade democrática civil. Alguns discursos religiosos particulares ou mesmo práticas religiosas particulares podem ser suscetíveis à proibição legal em alguns contextos democráticos ou liberais, mas não por serem “religiosos” em si²²⁵.

A despeito disso, há relativo consenso em afirmar que o reconhecimento de um estado como regido pelo princípio da laicidade, como o brasileiro, importa em dizer, *que ele assenta principalmente em três princípios: secularização do poder político, neutralidade do Estado perante as Igrejas e liberdade de consciência, religião e culto*, conforme brilhantemente definido por Canotilho²²⁶.

Analisando a incidência concreta do princípio, Fábio Portela Lopes de Almeida considera que a laicidade “*é uma garantia de que deveres jurídicos não serão impostos aos cidadãos com base em premissas aceitáveis apenas aos membros de uma religião específica.*”

²²³ ZYLBERSZTAJN, Joana, Op. Cit. p. 62 Acesso em: 29.06.2014

²²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006 p.20.

²²⁵ CASANOVA, Jose. Rethinking secularization: a global comparative perspective. In: *The hedgehog review: after secularization*. Spring & summer 2006. V. 8, nº 1 e 2, p. 20.

²²⁶ CANOTILHO, J. Gomes, Direito Constitucional – 4ª edição p. 410/411

Para este autor, o princípio da laicidade impõe que as ações políticas sejam “*justificadas a partir de argumentos fundados em princípios de justiça aceitáveis por todos*”.²²⁷

É neste contexto que o princípio da laicidade estatal se insere no debate sobre o aborto. Um Estado laico, ao tratar de uma questão que envolve tantas divergências éticas e religiosas sobre o sentido da vida, deve atuar de forma a viabilizar o dissenso e assegurar proteção aos direitos fundamentais, eximindo-se de dizer o “bom” ou o “verdadeiro” sobre a vida²²⁸. Desta forma, entende-se que a deliberação sobre o tratamento justo da problemática do aborto deve ser investigado a partir de uma noção de vida juridicamente tutelável que possibilite a afirmação pública de diferentes concepções de mundo e de projetos de vida individuais²²⁹.

O princípio da laicidade estatal impõe, portanto, que o conflito jurídico entre valores que podem ser remetidos aos direitos fundamentais – como a tutela da vida do nascituro e o direito de escolha da mulher – seja ser tratado sem se faça uso no debate de argumentos próprios de crenças específicas sobre o início da vida e sem que se imponha concepções próprias de uma determinada doutrina abrangente à totalidade dos cidadãos.

Desta forma, o princípio em questão será relevante no debate sobre o aborto – como, de resto, o é nos temas sobre os quais se verifica um desacordo moral – principalmente para afastar argumentos fundados em dogmas religiosos.

A conjugação deste princípio ao princípio das razões públicas, desenvolvido por John Rawls, imporá a separação dos argumentos religiosos dos argumentos públicos passíveis de aceitação racional por outros indivíduos e admitirá o recurso apenas aos últimos no debate público²³⁰ ..

Isto não importa em dizer que religiosos não poderão se opor ao aborto publicamente, apenas indica que argumentos fundados na Bíblia ou na sacralidade da vida humana com base na “criação à imagem e semelhança de Deus”, como os suscitados por deputados religiosos durante a Assembléia Constituinte e abordados na análise conferida ao aborto pelo Poder

²²⁷ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes, *Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia. A questão do ensino religioso nas Escolas Públicas*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008. P. 82

²²⁸ GUTIERREZ MARTINEZ, D. Religiosidad y creencias en un mundo multicultural. In: Gutiérrez-Martínez D, coordenador. *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*. México DF: Siglo XXI; 2006. p. 157-86.

²²⁹ LOPES, Sílvia Regina Pontes Vida humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil Belo Horizonte, MG : Argumentvm, 2008.p. 186

²³⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. P. 250-304

legislativo no Brasil, não serão admissíveis. Da necessidade da observância do princípio da laicidade estatal – que assegura a ausência de preferência do Estado por qualquer religião e o reconhecimento do direito do indivíduo a sequer professar uma religião – decorrerá a necessidade de tradução destes argumentos religiosos para uma linguagem de direitos humanos, com invocação do direito à vida, à dignidade do feto, entre outros²³¹.

Este princípio vincula ainda aos Poderes Públicos, principalmente o Judiciário, que não poderá atuar e restringir a liberdade dos cidadãos com base em motivações religiosas ou metafísicas, muitas vezes sequer aceita pelo indivíduo. Assim, o Poder Público em geral e o Poder Judiciário em particular deverão interpretar e ponderar os interesses em conflito na questão do aborto através de uma análise restrita aos limites das razões públicas²³².

Este dever foi expressamente reconhecido e observado no julgamento da já referida ADPF 54, a qual julgou a constitucionalidade do aborto de feto anencefálico. Confira-se trecho do voto proferido pelo Min. Celso Mello:

“O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplica-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções.(qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas. (...)

A separação constitucional entre Estado e Igreja(...) objetiva resguardar duas posições que se revestem de absoluta importância:(1) assegurar, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional.

O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta nos textos da Constituição, dos tratados e convenções internacionais e das leis da República e que se revela informado por razões de caráter eminentemente social e de natureza pública (...)”

²³¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008, 192p.

²³² MELLO, Celso, Voto proferido no julgamento da ADPF 054 pelo Supremo Tribunal Federal., p. 22 a 26.

Além do ponto acima suscitado, que conecta o princípio da laicidade estatal à ideia de razões públicas, cabe revisitar o entendimento de Dworkin sobre o tema. Conforme já visto no capítulo introdutório, o referido autor acredita que a posição do indivíduo sobre o aborto irá variar de acordo com a concepção pessoal que ele detém sobre o que dá valor valoriza a vida humana.

No contexto específico tratado, o autor sustenta que para alguns, a sacralidade da vida humana será honrada com a condução de uma gravidez, mesmo que indesejada, até seu término. Estas pessoas consideram o investimento biológico o mais relevante e não suportariam a ideia de descartá-lo. Para outros, contudo, a sacralidade da vida será reconhecida com a interrupção de uma gravidez indesejada, porque conduta contrária inviabilizaria a realização de projetos e sonhos individuais e frustraria os investimentos pessoais que a gestante fez em sua própria vida.

Desta forma, como o debate é definido pela concepção individual sobre que conduta honra a sacralidade da vida de forma adequada, seria intolerável que o estado – mesmo que respaldado pela maioria – impusesse uma determinada concepção sobre o que faz a vida sagrada à totalidade de seus cidadãos. Decerto tal violaria a liberdade individual e a laicidade do estado, na medida em que obrigaria à totalidade dos indivíduos a submeterem-se a uma determinada doutrina abrangente e sua concepção sobre o que faz a vida sagrada. Para melhor elucidar o ponto, veja-se o posicionamento do autor:

“considere então a possibilidade de que em algum estado uma maioria de votantes comece a pensar que é um desrespeito à santidade da vida dar prosseguimento a uma gravidez em determinadas circunstâncias – nos casos de malformação fetal, por exemplo. Se a maioria tem o poder de impor seus pontos de vista sobre a santidade da vida a todos os demais, o estado poderia então exigir que uma mulher abortasse(...) Seria intolerável que um estado exigisse um aborto para impedir o nascimento de uma criança deformada. Nos Estados Unidos, ninguém duvida que tal exigência seria inconstitucional. Contudo, a razão disso se aplica exatamente com a mesma força na direção contrária, pois nega a uma mulher grávida o direito de decidir por si mesma o que a santidade da vida exija que ela faça de sua própria gravidez. Um estado insulta com igual violência a dignidade de uma mulher grávida quando a força a fazer a escolha oposta. O fato de tal escolha ser aprovada por uma maioria não configura uma justificação melhor nem um caso nem no outro²³³.

Imbuído do mesmo entendimento, Fábio Portela, ao analisar o conceito de laicidade do Estado, utiliza a questão o aborto como paradigmática. O autor sustenta que o fato de não

²³³ DWORKIN. Ronald. Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. Op. Cit. p.222.223.

haver consenso moral sobre o início da vida e da delimitação deste momento estar intimamente relacionada a concepções religiosas de vida, não caberia ao Estado dispor sobre o assunto. Isto porque a inconclusividade que marca o debate sobre o momento do início da vida tornaria ilegítima a imposição de uma crença moral dogmática acerca deste tema sobre quem não a aceita²³⁴.

Em síntese: o princípio da laicidade estatal incide no debate sobre o aborto de duas maneiras, a saber: (i) impondo que o debate público seja conduzido sem que se recorra a dogmas e posições veiculados por doutrinas abrangentes na justificação das proposições; e (ii) vedando a incorporação uma concepção específica de valor moral da vida pelo Estado brasileiro e sua imposição a pessoas que, por razões morais, religiosas ou políticas não compartilhem dessa concepção.

No debate sobre o aborto, a incidência deste princípio é dotada de maior peso na hipótese de ponderação com outros princípios por se tratar de um tema onde se verifica um desacordo moral razoável. Conforme identificado por Barroso, em sociedades marcadas pelo pluralismo, sempre haverá situações em que não se identifica uma verdade moral objetiva. Cabe ao Estado, neste contexto, assegurar a todos os cidadãos seus direitos e garantias individuais, incluindo o direito à liberdade e à autonomia, de forma que estes coexistam e cooperem apesar de suas diferentes concepções de vida²³⁵. Em síntese: ao tratar de temas moralmente divisivos “*o papel do o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e de acordo com suas crenças*”²³⁶.

3.3 A dignidade da pessoa humana: histórico, conteúdo mínimo e incidência no debate sobre o aborto

3.3.1 Antecedentes históricos da noção de dignidade da pessoa humana

Inicialmente, antes de iniciarmos a análise do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, cumpre-nos trazer uma breve recapitulação da evolução histórica da noção de dignidade da pessoa humana. Esta análise, embora certamente simples e genérica, auxiliará na compreensão e no sentido atualmente atribuído ao conceito de dignidade.

²³⁴ PORTELA, Fabio. Op. Cit. p. 43

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. **BC Int'l & Comp. L. Rev.**, v. 35, p. 331, 2012.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 18, n. 3, p. 866-941, 2014. p. 25.

No pensamento filosófico da antiguidade clássica, a ideia de dignidade guardava relação com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros do corpo social. Assim, a ideia de dignidade não era, em sua gênese, entendida como uma qualidade característica do ser humano mas sim à um traço distintivo correspondente a uma pessoa ou posição social. Cabe destacar, porém, que já em Roma, Cícero desenvolveu uma compreensão de dignidade apartada da posição social e centrada no reconhecimento de virtudes pessoais do mérito e integridade²³⁷

Ainda na Antiguidade, os estoicos identificavam na dignidade uma qualidade que distinguia os seres humanos das demais criaturas e estava vinculada à ideia do homem como ser livre e responsável por seu destino²³⁸.

Durante a Idade Média, a ideia de dignidade humana como uma qualidade própria de todos os seres humanos foi desenvolvida pelo ideário judaico-cristão. O pensamento de Tomás de Aquino afirmou que a noção de dignidade encontra seu fundamento na criação do homem por Deus à Sua imagem e semelhança, mas vinculou-a também à capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana²³⁹. Para Aquino, a substância racional do homem e sua liberdade para se autodeterminar são as características que lhes conferem superioridade em relação às outras criaturas. Esta substância ele expressamente intitula dignidade: “Ora, é grande dignidade subsistir em uma natureza racional. Por isso dá-se o nome pessoa a todo indivíduo dessa natureza, como foi dito”,²⁴⁰

Outro representante do pensamento cristão do medievo a tratar da dignidade foi Giovanni Pico Della Mirandola, que redigiu em 1486 o “Discurso pela Dignidade do Homem”. Neste documento, afirmou que os seres humanos se distinguem das demais criaturas de Deus por sua racionalidade e pela faculdade de utilizá-la livremente para construção do próprio caminho. Segundo Pico della Mirandola, a dignidade humana repousa

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Consituição Federal de 1988. 2011. p 30-31.

²³⁸ COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra p. 11 e ss.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Consituição Federal de 1988. 2011. p. 31

²⁴⁰ Suma Teológica, I, 29 – Igreja Católica Apostólica Romana.

na capacidade de autodeterminação e criação da partir da transformação da natureza, na medida em que é essa característica que torna o homem imagem e semelhança de Deus²⁴¹.

A dignidade é sustentada com base em argumentos religiosos até os séculos XVII e XVIII, quando Immanuel Kant – um dos mais influentes filósofos iluministas – completa o processo de secularização da ideia de dignidade da pessoa humana ao correlacioná-la à ideia de autonomia ética do ser humano e sustentar que o indivíduo não pode ser instrumentalizado sequer por si próprio, devendo tratar a si e aos demais como um fim em si mesmo²⁴². Confira-se:

“o Homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como um meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como as que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como um fim(...)

Através da *Crítica da Razão Prática* (1788), Kant reassenta a questão da moralidade em outras premissas, resumindo-a ao denominado “imperativo categórico”, que é sintetizado pela sentença “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para legislação geral”. Esta formulação foi desdobrada em três máximas morais, a saber: (i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”, o que corresponde à universalidade da conduta ética; (ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na de outrem, como um fim e nunca como um meio”, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade do ser humano como pessoa; e (iii) Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais, a qual exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins conferindo à vontade humana uma vontade legisladora geral²⁴³

Ressalte-se, ainda, que o pensamento kantiano se baseia na premissa de que a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais porque, ao exercerem sua razão prática de forma

²⁴¹ LACERDA, Bruno Amaro, A Dignidade Humana em Giovanni Pico Della Mirandola, *Revista Legis Augustus* (Revista Jurídica) Vol. 03, nº 1, p. 16-23, setembro de 2010.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana (...). Op. Cit. p. 32.

²⁴³ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. Ática, 1995. p. 345-346.

autônoma, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível²⁴⁴.

Em apertada síntese: tomando por base e fundamento a natureza racional do ser humano, Kant vai identificar a autonomia da vontade como um traço que distingue os seres racionais dos demais, na medida em que a entende como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis²⁴⁵. A dignidade da pessoa humana, para Kant, *se alicerça na própria autonomia do sujeito, isto é na capacidade humana de se submeter à leis oriundas de sua própria potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada*²⁴⁶.

Para Kant, este conceito de autonomia, contudo, estava limitado pela necessidade de tratar o ser humano como um fim em si mesmo, sem instrumentalizá-lo de qualquer forma. Esta limitação à instrumentalização é oponível ao próprio sujeito, que não poderia ser considerado autônomo se optasse por realizar atos que instrumentalizassem a si próprio²⁴⁷. Assim, em que pese partir-se do ideário kantiano para embasar o conceito de dignidade que será utilizado neste trabalho, a autonomia que consideramos elemento intrínseco da dignidade não é a autonomia clássica kantiana, centrada na ideia de que o indivíduo é autônomo apenas se e quando atuar tratando a si e aos outros como um fim em si mesmo, mas ideia atual de autonomia, centrada na capacidade de autodeterminação dos indivíduos e no reconhecimento da possibilidade destes realizarem livremente suas escolhas existenciais.

²⁴⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos – "A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002" – Rio de Janeiro: Forense, 2005

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana (...) Op. Cit. p. 32-40.

²⁴⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade da Pessoa Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 34. Conforme o autor "*Esse vínculo entre razão e autonomia é indispensável para compreendermos a concepção kantiana da dignidade humana. Com efeito, no reino das finalidades humanas, diz Kant, tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem valor relativo, isto é, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Em contrapartida, a dignidade é atributo apenas daquilo que é insubstituível e incomparável, ou seja, daquilo que, pelo simples fato de possuir um valor absoluto, encontra-se acima de qualquer preço. Ora, apenas um homem, enquanto ser racional e autônomo, isto é, como único ser capaz de fixar livremente metas ou planos de vida, encontra-se nesta segunda situação. (...) Na perspectiva kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres. Diferentemente das outras criaturas vivas, nós, humanos, podemos ultrapassar o estágio da simples animalidade e identificar, tanto em nós mesmos como nos nossos semelhantes, uma mesma essência livre e racional, isto é, uma idêntica humanidade. E é precisamente o reconhecimento dessa humanidade aquilo que Kant chama de 'respeito', ou seja, uma 'máxima restrição' que nos obriga a não rebaixar os nossos semelhantes ao estado de mero instrumento para a consecução de uma finalidade qualquer.*" (Op. Cit. p.33)

²⁴⁷ CHAUI, Marilena, Op. Cit. p. 350 e ss.

A ideia de dignidade de pessoa humana, passou ao centro dos debates e se incorpora definitivamente ao discurso político após a 2ª Guerra Mundial, como uma reação aos horrores do genocídio e do totalitarismo²⁴⁸. Neste momento histórico, a dignidade da pessoa humana é ainda introduzida como um conceito jurídico em tratados e documentos internacionais²⁴⁹. Além disso, constatou-se a ascensão da cultura pós-positivista, que buscou reaproximar direito e moral atenuando a separação radical imposta pelo positivismo jurídico que prevaleceu no período pré-guerra²⁵⁰.

É neste contexto que se insere o papel de protagonismo atualmente reconhecido à dignidade da pessoa humana, que acaba por servir de porta de entrada da moralidade no sistema jurídico e influencia de forma decisiva a edição e interpretação das normas jurídicas no mundo contemporâneo.

3.3.2 Conteúdo mínimo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

A ideia de dignidade da pessoa humana – apesar de ter sua relevância reconhecida e materializar verdadeiro consenso político após o fim da 2ª Guerra Mundial – é um conceito de difícil definição. Seu conteúdo é referido como polissêmico e são constantes as críticas que lhe são dirigidas pela possibilidade de se sustentar a proteção da dignidade da pessoa humana em lados contrapostos de debates moralmente divisivos como no caso da eutanásia, da legalização de certo tipos de drogas e até mesmo no debate sobre o aborto.

²⁴⁸ O uso do conceito da dignidade em textos legais se intensifica após a 2ª Guerra Mundial, mas sua utilização com sentido de atributo inerente aos seres humanos surge nas primeiras três décadas do Séc.XX, quando alguns países da Europa e das Américas incorporaram o conceito de dignidade às suas constituições. Trataram da dignidade em seus textos constitucionais México (1917), República de Weimar – Alemanha (1919), Finlândia (1919), Portugal (1933), Irlandas (1937) e Cuba (1940). Sobre o uso do conceito de dignidade humana nos diplomas legais de direitos humanos, confira-se: MCCRUDEN, C. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper n. 24/2008, Julho de 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1162024>. Última consulta em julho de 2014.

²⁴⁹ Sobre o uso da dignidade nos textos internacionais de direitos humanos, confira-se, ainda: DICKE, K., The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights. In: KRETZMER & KLEIN, Op. Cit. p. 111-113.; SHULTZINER, D. Human Dignity – Function and Meanings (3) *Global Jurist Topics*, v. 5, 2003, MORSINK, J. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent* University of Pennsylvania Press, 2000. Considerando o recurso à ideia de dignidade como mera retórica, confira-se o entendimento daquele que é considerado para muitos o efetivo redator da primeira versão da Declaração de Direitos Humanos em HUMPHREY, J.P. *Human Rights and the United Nations: a great adventure*. New York: Transnational Publishers, Inc. , 1984, p.40-55.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 35, p. 331, 2012.

Conforme se verá, especificamente no que se refere ao debate sobre o aborto, a dignidade da pessoa humana é fortemente evocada tanto para criminalizar totalmente o procedimento como para sustentar sua total liberalização até determinado estágio da gravidez.

No que se refere ao uso do conceito de dignidade da pessoa humana para a sustentação da interdição total do aborto, temos como exemplo utilização do discurso da dignidade nas encíclicas religiosas que tratam do tema. A principal delas, Encíclica *Evangelium Vitae*, editada por João Paulo II em 25.03.95, aborda especificamente questões como eutanásia e aborto e sustenta que a autorização legal de tais práticas – ainda que efetivadas por meio de regras democraticamente estabelecidas – são incompatíveis com a dignidade humana. Veja-se:.

“Tudo parece acontecer no mais firme respeito da legalidade, pelo menos quando as leis, que permitem o aborto e a eutanásia, são votadas segundo as chamadas regras democráticas. Na verdade, porém, estamos perante uma mera e trágica aparência de legalidade, e o ideal democrático, que é verdadeiramente tal apenas quando reconhece e tutela a dignidade de toda a pessoa humana, *é atraindo nas suas próprias bases*: Como é possível falar ainda de dignidade de toda a pessoa humana, quando se permite matar a mais débil e a mais inocente? Em nome de qual justiça se realiza a mais injusta das discriminações entre as pessoas, declarando algumas dignas de ser defendidas, enquanto a outras esta dignidade é negada? Quando se verificam tais condições, estão já desencadeados aqueles mecanismos que levam à dissolução da convivência humana autêntica e à desagregação da própria realidade estatal.²⁵¹”

Muitos autores que sustentam a inadmissibilidade moral do aborto também recorrem à dignidade da pessoa humana para fundamentar suas posições, afirmando que esta é inerente a todo o ser humano, nascido ou não, e não pode ser afastada²⁵².

No contexto do debate sobre o aborto no Brasil, verifica-se que a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB utilizou a retórica da dignidade para sustentar a inconstitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias. Na ocasião, a instituição –que atuou como *amicus curiae* no processo – iniciou sua argumentação pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança invocando a inviolabilidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana, consagrados no texto constitucional brasileiro²⁵³

²⁵¹ Papa João Paulo II, Encíclica *Evangelium Vitae*, editada em 25.03.95.

²⁵² ALCORN, R. *Prolife answers to prochoice arguments*. New Yor: Multnomah Books, 2000 p. 82.

²⁵³ Confira-se a petição protocolada pela CNBB na ADIN 3.510 em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598200>. Última consulta em agosto de 2014.

Em paralelo, o princípio da dignidade da pessoa humana também é utilizado para justificar a liberalização do aborto, vinculando-se o princípio aqui à autodeterminação da mulher e seu direito à liberdade e à privacidade. O ponto sustentado é o de que a dignidade da pessoa humana da mulher restaria violada se ela não pudesse dispor de seu próprio corpo ou tomar a decisão fundamental acerca de se e quando deve ter filhos²⁵⁴.

No âmbito da análise da ADPF 54, na qual foi enfrentada a constitucionalidade da vedação ao aborto na hipótese de o feto ser portador de anencefalia fetal, o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado para sustentar que a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico viola a dignidade da pessoa humana²⁵⁵

Também na análise da constitucionalidade da autorização legislativa para efetivação de pesquisas com células-tronco embrionárias o princípio em questão foi suscitado. No caso, o eminente ministro Ayres Britto, relator do processo, abordou explicitamente a questão do aborto para aduzir que sua vedação se baseia no entendimento de que *apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa em reconhecer e proteger*.

Note-se, porém, que o referido ministro explicitou sua vinculação à corrente de pensamento de Ronald Dworkin, a qual preconiza que o grau de proteção conferido pelo direito à vida humana varia de acordo com sua etapa de desenvolvimento. Aduziu, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do art. 1º da Constituição da República e os direitos da pessoa humana assegurados por todo o texto constitucional se referem à *direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém*.²⁵⁶

Prosseguindo na análise dos múltiplos sentidos conferidos à dignidade, cabe frisar que Reva Siegel identificou que também no discurso jurídico e político americano a dignidade é utilizada para sustentar a intervenção governamental proibindo o aborto – como o foi no Caso *Gonzales vs. Carhart*²⁵⁷ – quanto como para defender a proibição do Estado de interferir na

²⁵⁴ Veja-se BORGSMANN, C. Abortion, the undue burden standard and the evisceration of women's privacy. e COLEMAN, K. The Politics of Abortion in Australia: Freedom, Church and State, *Feminist Review* n. 29 (Summer, 1988) p. 75-97.

²⁵⁵ STF, ADPF n. 54, Voto da Min. Carmen Lúcia.

²⁵⁶ STF, ADIN 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.05.2008, fls. 163 a 165.

²⁵⁷ Suprema Corte Americana. Caso *Carhart*, , 127 U.S.

decisão da mulher sobre ter ou não filhos, conforme ocorreu no Caso *Planned Parenthood vs. Casey*²⁵⁸.

Segundo a autora, quando justifica a regulação do direito ao aborto com base na ideia de dignidade humana, a jurisprudência americana identifica o respeito à dignidade com o reconhecimento do valor inerente à vida humana. Por outro lado, ao justificar a ideia de que determinadas decisões – como a de ter ou não um filho – devem ser protegidas da interferência estatal, a jurisprudência identifica dignidade com capacidade efetiva de autodeterminação e de escolhas²⁵⁹. Ela destaca, contudo, que o discurso de restringir o aborto para proteger a dignidade das mulheres pode, ao contrário, acarretar uma violação a esta mesma dignidade se for baseado em estereótipos sobre as capacidades e os papéis sociais femininos.

Resta claro, portanto, que o discurso da dignidade é dotado de ambiguidade. Conforme identificado por McCrudden, os juízes em geral têm dificuldade em estabelecer um conceito coerente de dignidade, tornando a dignidade um parâmetro incerto que não estaria apto a embasar decisões judiciais. Veja-se:

"À luz da multiplicidade de funções que desempenha o conceito dignidade, seria surpreendente se os juízes o utilizassem de forma consistente. E, na prática, eles não o fazem. Existem significativas formas de expressar e reconhecer a relação entre direitos humanos e dignidade, por exemplo, e significativas variações na jurisprudência acerca de como a dignidade influencia situações substantivas similares."²⁶⁰

A dificuldade de se encontrar um sentido unívoco – ou, no mínimo, razoavelmente coerente em situações acima explicitada já sustentou a alegação de inutilidade do próprio conceito, dotado de tal ambivalência pouco acrescentaria à solução de desacordos e dilemas morais.

²⁵⁸ Suprema Corte Americana. Caso *Casey*, 505 U.S.

²⁵⁹ SIEGEL, Reva, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research paper n. 169, Yale Law School. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract#1270888>. Consulta em agosto de 2014.

²⁶⁰ "In the light of the wide variety of different functions that dignity plays, it would be surprising if judges used it consistently with each other. And in practice, they do not; far from it. There are significantly differing expressions of the relationship between human rights and dignity, for example and significant variations between jurisdictions in how dignity affects similar substantive issues" (MCCRUIDDEN, C. *Human Dignity*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies, working paper n. 10/2006, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899687. Consulta em agosto de 2014).

Além disso, conforme alerta Hennette-Vauchez, a dignidade humana pode ser utilizada em sentido muito próximo à antiga ideia de dignitas, ou seja, para exigir o cumprimento de determinado modelo de conduta, restringindo a liberdade do indivíduo²⁶¹. A multiplicidade de sentidos conferida à dignidade admitiria seu uso para restringir a liberdade e o direito à autodeterminação de pessoas, sentidos comumente atribuídos à dignidade, como nos célebres casos em que foi utilizada (i) para proibir um anão de trabalhar em um circo na França, sendo arremessado para deleite da plateia²⁶²; e (ii) para justificar a persecução penal de adultos envolvidos em práticas sexuais sadomasoquistas no Reino Unido²⁶³.

Consideramos válidas as críticas que destacam o caráter polissêmico, ambíguo e impreciso atribuídos à noção de dignidade da pessoa. Porém, entendemos que não se deve renunciar à tarefa de buscar a fundamentação do princípio da dignidade e nem deixar de buscar a construção permanente de um conceito comprometido com a sua concretização²⁶⁴. Neste sentido, tomamos como inspiração o ideário kantiano brevemente apresentado no item anterior para identificar a dignidade da pessoa humana com (i) o reconhecimento do valor intrínseco de todos os seres humanos; e (ii) a ideia de que todo ser humano é dotado de autonomia. Aderimos, portanto, à definição de José Carlos Vieira de Andrade, que afirma que a dignidade humana não significa um valor abstrato, mas *autonomia ética de homens concretos*²⁶⁵.

²⁶¹ HENETTE-VAUCHEZ, S. A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity. In: DUPRÉ, Catherine. Human dignity in Europe: A foundational constitutional principle. **European Public Law**, v. 19, n. 2, p. 319-339, 2013.

²⁶² Havia na França, especificamente na cidade de Morsang-Sur-Orange, um espetáculo baseado no arremesso de anão, no qual os frequentadores da notável casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A prefeitura da cidade” interditou o bar, sob o argumento de violação da ordem pública através de prática de atividade contrária à dignidade humana. Um anão (M. Wackenheim), revoltou-se contra a decisão e sob a alegação de possuir o direito ao trabalho e à livre iniciativa, bem como o direito de decidir a que trabalho se dedicar questionou juridicamente a decisão, que foi confirmada. Após esta decisão o anão, ainda inconformado, recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU alegando que a decisão acima violava seu direito ao trabalho e, ainda, seria discriminatória. O recurso foi julgado em setembro de 2002 com decisão que confirmou o posicionamento do Conselho de Estado Francês (reconhecendo que, no caso, a permissão da continuidade do espetáculo seria vedada por consubstanciar violação da dignidade da pessoa humana (*vide links acima*). (Conseil d’Etat, Ass., 27 october 1995, Cne de Morsang-sur-Orge, Recueil Lebon p. 372).

²⁶³ EcThr, 19 de fevereiro de 1997, Laskey, Jaggard and Brown vs. R.U.

²⁶⁴ SARLET, Ingo, Dignidade (...) Op. Cit. 52.

²⁶⁵ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Op. Cit. p. 162.

Note-se, aqui, que utilizamos a ideia de dignidade como autonomia. Ao contrário de Oscar Vilhena, não identificamos como elemento constitutivo da dignidade a ideia de dignidade como heteronomia²⁶⁶, referida pelo autor da seguinte forma:

“O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à idéia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim²⁶⁷.”

Assim, vinculamos o princípio dignidade da pessoa humana primeiramente à constatação de que cada pessoa é um indivíduo único, dotado de um status especial e de um conjunto de características como racionalidade e sensibilidade. Esta ideia de importa em um reconhecimento do homem o como um ser que tem valor em si mesmo e que, portanto, não pode ser utilizado como um meio para satisfação dos interesses de outrem ou mesmo para satisfação do interesse geral. Além disso, reconhecer o valor intrínseco do ser humano importa em afirmar que o estado existe para o indivíduo e não contrário²⁶⁸.

Além disso, como já explicitado, consideramos que a autonomia é elemento ético da dignidade humana. No contexto da dignidade da pessoa humana, ela é identificada com a ideia de autodeterminação, com a possibilidade de os seres humanos tomarem as decisões centrais de suas vidas, exercitando sua vontade de acordo com seus próprios interesses, valores e desejos. Por certo, o efetivo exercício da autonomia pressupõe a verificação de condições como (i) capacidade mental de tomar decisões informadas, ausência de coerção

²⁶⁶ A ideia de dignidade como heteronomia é indicada como elemento constitutivo da dignidade também por Barroso, L.R. no texto *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>.

²⁶⁷ VILHENA, Oscar Vieira (col. de Flávia Scabin). *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.67.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>.

manipulação e ausência de situação de extrema necessidade do agente; e (iii) a existência efetiva de alternativas ²⁶⁹.

Em síntese: admitimos que a liberdade e a capacidade de autodeterminação dos seres humanos – elementos constitutivos de sua dignidade – possam ser restringidos por normas sociais de conduta sem, contudo, considerarmos que esta possibilidade é uma decorrência do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Compreendemos, portanto, a dignidade humana como autonomia dos indivíduos, sem endossar a ideia de que este princípio impõe a vedação de condutas vistas socialmente como degradantes e supostamente violadoras da ideia de que o homem é um fim em si mesmo, ou seja, sem reconhecer a existência de um viés heterônomo da dignidade. É esta concepção de dignidade da pessoa humana que vem sendo abordada ao longo do presente trabalho.

Neste ponto é importante destacar, ainda, que, conforme constatado por Ingo Sarlet, os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis – ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana ²⁷⁰. A ideia de dignidade da pessoa humana, portanto, embasa todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade humana e com base nesta ideia devem ser interpretados ²⁷¹.

O reconhecimento do valor intrínseco do ser humano como elemento constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana fundamentará o reconhecimento de uma série de direitos fundamentais como o direito à vida – pré-condição básica para o exercício de todos os demais direitos –, o direito à integridade física e mental e o direito à igualdade ²⁷²

A autonomia do ser humano – também intrínseca à sua dignidade –, embasará outra gama de direitos fundamentais, como as liberdades básicas titularizadas pelos indivíduos (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Além disso, muitos países associam os direitos sociais à autonomia, na medida em que o gozo de condições mínimas de vida, identificadas com a ideia de mínimo existencial ²⁷³, é essencial para que o indivíduo possa deter efetiva autonomia.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto, “Here, There...” Op.Cit. p.

²⁷⁰ SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana. Op.Cit. p. 79

²⁷¹ MIRANDA, Jorge Manual... vol. IV, Op. Cit. p.181

²⁷² BARROSO, Luís Roberto, “Here, There...” Op.Cit. p.364.

²⁷³ Conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, “O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de

A dignidade humana é, portanto, assegurada pelos direitos fundamentais vistos como princípios. Assim, afirmar a dignidade humana como a autonomia ética de indivíduos históricos implica em reconhecer a concretização dos direitos fundamentais como uma das valorações mais importantes do constitucionalismo²⁷⁴. Desta forma, faz-se necessário delimitar os contornos jurídicos atribuídos em nosso ordenamento à dignidade da pessoa humana, de forma a aferir a compatibilidade entre a legislação que criminaliza o aborto na quase totalidade dos casos, vigente no Brasil, este relevante princípio.

3.3.3 A dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente elencado dentre os fundamentos da república brasileira, conforme se depreende do art. 1º, III da Constituição: “*A República Federativa do Brasil tem como fundamentos III – a dignidade da pessoa humana;*”. Alguns autores, entretanto, classificam a dignidade da pessoa humana como uma norma de estatura superior a um princípio jurídico, identificando-a como o valor supremo e fundante de toda a ordem jurídica, social e política, base de toda a vida nacional²⁷⁵.

Ao fixar a dignidade da pessoa humana como fundamento da república brasileira, o constituinte, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido e da justificação do poder estatal, pretendeu reconhecer o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República e do exercício do poder pelo Estado²⁷⁶. Além disso, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental e princípio constitucional inseriu-a de forma incontestada na posição de base normativa dos direitos fundamentais²⁷⁷.

admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo o ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos” (BRASIL.STF. Ag. Inst. n. 564031/SP. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 30.04.2007). Sobre o mínimo confira-se: TORRES, Ricardo Lobo, O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, SCAFF, F.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto N. M. E LIMA, Martonio M. B. (org.) Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷⁴ V. CITTADINO, Gisele, Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História In: Os princípios da Constituição de 1988. p. 104

²⁷⁵ Veja-se: SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor Supremo da Democracia, Revista de Direito Administrativo p. 92.

²⁷⁶ CANOTILHO, Op. Cit. p. 342.

²⁷⁷ HABERMAS, J. A constelação pós-nacional. Tradução de Márcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 140 e ss.

Assim, afirmar que analisaremos a compatibilidade da criminalização do aborto no Brasil com o princípio da dignidade da pessoa humana importa em dizer que a questão será abordada à luz dos direitos fundamentais, uma vez que – como já visto – estes consubstanciam concretizações daquele princípio fundamental²⁷⁸. Como já enfrentado, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados incluindo os direitos e liberdades tradicionais e os direitos às prestações sociais”²⁷⁹.

Este princípio normativo fundamental será atendido na medida em que sejam reconhecidos à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes. Na expressão de Ana Paula de Barcellos “*terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles*”²⁸⁰.

Desta feita, debater o aborto à luz da dignidade da pessoa humana é, em verdade, empreender um debate da questão à luz dos direitos fundamentais que se contrapõem neste “caso difícil”. Faz-se necessária, portanto, a análise da problemática do aborto no Brasil, notadamente a questão de sua interdição quase geral, efetivando um cotejo entre o quadro fático constatado e (i) o direito à saúde das mulheres (ii) o direito à igualdade; (iii) o direito à liberdade, à autonomia reprodutiva e ao direito à privacidade; (iv) o direito à vida do feto. Após, concluiremos efetivando uma ponderação dos princípios em jogo, de forma a compatibilizar o tratamento conferido ao aborto no Brasil e o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4 A criminalização do aborto como violação ao direito à saúde das mulheres

A Constituição de 1988 estabelece em seus arts. 6º e 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Prevê, ainda, que este direito deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Este direito está elencado no rol de direitos sociais, categoria de direitos que se desenvolveu a partir do final do século XIX e que teve como argumento central para sua

²⁷⁸ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2007. p.73.

²⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 1998, p.102

²⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.111.

inserção no contexto dos direitos fundamentais a necessidade de assegurar aos homens condições mínimas de uma existência digna ²⁸¹. Conforme identificado por Peces-Barba Martínez, a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais teve por objetivo promover a igualdade através da satisfação de necessidades básicas dos indivíduos, sem as quais eles não poderiam alcançar os níveis de humanidade necessários para desfrutarem dos direitos individuais, civis e políticos²⁸².

Uma característica constantemente ressaltada dos direitos sociais é a de que estes não são satisfeitos através da mera abstenção estatal e da vedação de que terceiros o desrespeitem. Os direitos sociais, como os direitos fundamentais em geral, impõem prestações positivas ao Estado para sua implementação²⁸³ e são essenciais para assegurar a igualdade substancial entre os indivíduos²⁸⁴.

Isto importa em dizer que a efetivação do direito à saúde depende, concomitantemente: (i) de uma conduta negativa do Estado, de se abster da prática de atos que possam ocasionar danos à saúde dos indivíduos; (ii) da atuação estatal para impedir que terceiros adotem condutas que prejudiquem a saúde dos cidadãos; e (iii) da atuação comissiva do Estado visando a manutenção da saúde das pessoas, quer através da formulação e implementação de políticas públicas que promovam a saúde, quer através do fornecimento de assistência médica, medicamentos e tratamentos de saúde²⁸⁵.

A controvérsia acerca do alcance das prestações positivas decorrentes do direito à saúde que podem ser exigidas do Estado com base no texto constitucional já dura mais de

²⁸¹ Integram, ainda, o conjunto de direitos sociais o direito à educação, a alimentação, à informação, dentre outros. Para uma análise sobre a inserção dos direitos sociais no contexto da promoção de condições mínimas de existência e da concretização dos direitos políticos v. SILVA, José Afonso da, Poder constituinte e poder popular, 2000, p.149 e ss..

²⁸² PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, Derechos sociales y positivismo jurídico, 1999, p. 57

²⁸³ Esta observação é dirigida aos direitos sociais mas pode ser estendida aos direitos fundamentais em geral porque também os direitos civis e políticos demandam ações efetivas do estado e gastos públicos para sua implementação. Sobre o tema, confira-se a visão de Virgílio Afonso da Silva: “a realização de e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso de direitos sociais seja no dos direitos civis e políticos. (...) Assim, ao contrário do senso comum – segundo o qual os deveres negativos não implicam custos – não seria possível exercer nenhuma destes direitos sem um enorme gasto estatal.” (SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais p. 591).

²⁸⁴ Sobre a relação entre os direitos sociais e o princípio da igualdade material, confira-se, por todos: PRIETO SANCHÍS, Luís, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 22, 1995.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang “Algumas considerações em torno da Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988” In: *Revista Interesse Público* n. 12: 137-191, 2001

uma década. Tem como eixo o debate acerca da legitimidade do Judiciário para, através da adjudicação judicial do direito a saúde em favor de um indivíduo, alterar a forma de alocação dos recursos públicos destinados à promoção da saúde e dos direitos fundamentais em geral.

A despeito deste debate, há um razoável consenso de que da previsão dos direitos sociais na constituição brasileira deve decorrer alguma consequência concreta. Assim, tem sido sustentada por boa parte da doutrina a ideia de que os direitos sociais são direitos subjetivos dotados de natureza principiológica e, por esta razão, sujeitam-se a um processo de ponderação para definir sua forma de concretização no caso concreto²⁸⁶.

Estabelecidas estas premissas e consignado o papel do Estado na promoção do direito à saúde, cabe cotejá-lo com as normas que criminalizam o aborto no Brasil.

3.4.1 Aborto em casos de risco à saúde da gestante

Primeiramente, constata-se que o Código Penal Brasileiro não prevê como excludente de ilicitude do aborto as hipóteses em que a gestação ocasiona risco à saúde física e psíquica da gestante. O artigo 128 do referido diploma exclui a punibilidade do aborto somente quando praticado por médicos nas seguintes conjunturas: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, no chamado aborto necessário; e b) aborto resultante de gravidez ocasionada por estupro. Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2012 que também nos casos de malformação fetal incompatível com a vida o aborto estaria autorizado.

O aborto não constitui crime no Brasil apenas quando caracterizadas uma destas três situações, sendo certo que apenas a primeira situação – a do chamado aborto necessário – tem por fundamento a proteção física da mulher.

Ocorre que a estreiteza da hipótese na qual este tipo de aborto está autorizado – em situações em que não há outro meio de salvar a vida da gestante – exclui as situações em que a continuidade da gravidez ocasione risco à saúde da mulher grávida.

Conforme já referido, o direito à saúde como, de resto, os demais direitos individuais ou sociais estabelecidos em sede constitucional, é dotado de eficácia negativa²⁸⁷. Assim, estão

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 88 In Ingo Wolfgang Sarlet: O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 129-173

²⁸⁷ BARCELLOS, A. P. A eficácia jurídica... Op. Cit. p. 273. Sobre a vedação do retrocesso dos direitos sociais, ver também DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 e SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais

fora da esfera de disponibilidade do Poder Público as decisões que se mostrem prejudiciais à saúde da população, como é o caso da opção pela criminalização do aborto na hipótese em que a manutenção de gravidez que ocasiona risco efetivo à saúde física e psíquica da gestante.

Diante da clara lesão ao direito fundamental à saúde titularizado pelas grávidas, decorrente da obrigatoriedade de manutenção de uma gravidez que lhes seja prejudicial à saúde, cabe ao Poder Judiciário atuar para – como medida assecuratória da eficácia negativa das normas constitucionais – reconhecer a nulidade da tipificação do crime de aborto quando a interrupção de gravidez se der pautada no risco à saúde física ou mental da mulher grávida, comprovadamente decorrente da continuidade da gestação.

Isto porque, mesmo considerando-se a tutela da vida pré-natal, o ônus que a imposição do prosseguimento de uma gestação que ocasiona risco à saúde física ou psíquica da mulher é excessivo e irrazoável, na medida em que não pode o Estado compelir seus cidadãos a permanecerem em uma situação que lhes coloca em risco a saúde²⁸⁸.

A compatibilidade entre a autorização do aborto em caso de risco à saúde da gestante e uma ordem constitucional que preza a proteção à vida do feto é corroborada pelo fato de que a maioria das democracias constitucionais que disciplinaram o aborto – mesmo aquelas que enfrentam o problema, como regra, através da repressão criminal – autorizam sua efetivação nesta hipótese²⁸⁹. Assim, a inclusão desta excludente de ilicitude se mostra mais como uma imposição constitucional, decorrente do direito à saúde, do que uma situação cujo tratamento foi deixada para decisão das maiorias políticas eventuais que se formam no âmbito do Poder Legislativo.

3.4.2 A proibição geral do aborto e o direito à saúde

Tratada esta primeira situação, que abrange apenas as situações excepcionais em que o prosseguimento da gravidez comprovadamente possa ocasionar risco à saúde física ou mental das grávidas, cabe analisar os impactos à efetivação do direito à saúde das mulheres decorrentes da interdição geral ao aborto.

sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: revista da Ajuris, Ano XXXI – n. 95, set. de 2004.

²⁸⁸ Neste sentido, Daniel Sarmiento Livres e Iguais. Op. Cit. p. 127.

²⁸⁹ GUTTMACHER Institute, Facts on Induced Abortion Worldwide- WORLDWIDE INCIDENCE AND TRENDS. Disponível em: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html.

Neste ponto, a tese que se sustentará é que a criminalização geral da interrupção da gravidez ocasiona uma lesão coletiva ao direito à saúde das mulheres em idade reprodutiva, uma vez que a marginalização do procedimento leva à sua realização em condições de insegurança e colocam em risco a saúde e a vida de milhares de mulheres todos os anos.

Segundo estimativas da Organização Mundial de Saúde ocorrem de 40 a 50 milhões de abortos por ano no mundo, sendo certo que metade destes abortos são realizados em condições inseguras. No Brasil, estima-se a realização de mais de 1 milhão de abortos inseguros por ano.

Classificam-se como abortos realizados em condições inseguras aqueles efetivados por pessoas sem qualificação técnica para tanto, com técnicas arriscadas e/ou aqueles realizados em condições sanitárias inadequadas, com a finalidade de encerrar uma gestação não desejada²⁹⁰.

No ponto, cabe ressaltar que a distinção entre aborto seguro e aborto inseguro é essencial, na medida em que estes trazem consequências distintas à saúde das mulheres. O aborto seguro, praticado em sua maioria nos países desenvolvidos, tem se consolidado como um procedimento médico seguro e com baixo risco de morte materna. As taxas de mortalidade e morbidade materna não ultrapassam 1 morte a cada 1.000 procedimentos, taxa mais baixa do que o risco de morte como resultado da gestação e do parto de baixo risco que está entre 6-25 a cada 100.000 nascidos vivos²⁹¹.

As complicações por aborto inseguro, por sua vez, ocasionam cerca de 70.000 mortes anualmente²⁹². Na América Latina e no Caribe o aborto inseguro corresponde à quarta causa de óbitos maternos, sendo responsável por de 12% a 30% (a depender da região) da mortalidade materna. Acredita-se que esta taxa de mortalidade possa ser ainda maior, já que a

²⁹⁰ OMS, Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, Genebra: OMS, 2012.

²⁹¹ SEDGH, Gilda et al. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008. **The Lancet**, v. 379, n. 9816, p. 625-632, 2012. HAKIM-ELAHI, E.; TOVELL, HAROLD MM; BURNHILL, MICHAEL S. Complications of first-trimester abortion: a report of 170,000 cases. **Obstetrics & Gynecology**, v. 76, n. 1, p. 129-135, 1990 e

²⁹² VAN LOOK, Paul FA; COTTINGHAM, Jane C. Unsafe abortion: an avoidable tragedy. **Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology**, v. 16, n. 2, p. 205-220, 2002 Van Look & Cottingham, 2002; FAWCUS, Susan R. Maternal mortality and unsafe abortion. **Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology**, v. 22, n. 3, p. 533-548, 2008.

ilegalidade do aborto torna difícil a obtenção de dados precisos e podem fazer com que estes sejam subestimados²⁹³.

A análise do problema do aborto clandestino e inseguro no contexto brasileiro leva a conclusões semelhantes acerca de seus impactos na saúde das mulheres. Segundo o Ministério da Saúde do Brasil, nos anos 1990 o aborto induzido se manteve entre a terceira e quarta causas de mortalidade materna em várias capitais brasileiras. A estimativa oficial da razão de morte materna é de 76/100.000²⁹⁴.

A pesquisa *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*²⁹⁵, demonstrou ainda que a proibição do aborto causa impactos mais graves nas adolescentes, uma vez que 51% das mulheres que admitiram a realização de aborto narraram tê-lo realizado antes dos 19 anos de idade. O estudo constatou que as adolescentes que abortam utilizam com maior frequência métodos que aumentam o risco para a saúde, como a ingestão de chás e o recurso às casas das aborteiras, além de recorrerem em menor número à internação hospitalar para a finalização do aborto.

Neste contexto, parece-nos que há um consenso no debate mundial e brasileiro sobre o aborto de que este fenômeno consubstancia uma questão de saúde pública. Como esclarecido pelo Ministério da Saúde do Brasil, *enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como ato de infração moral de mulheres levianas.*²⁹⁶

Justamente por isso, a Organização Mundial de Saúde já concluiu que a descriminalização do aborto e sua efetivação em condições seguras tem o condão de impactar positivamente a saúde das mulheres, porque evita que estas submetam sua saúde e sua vida aos riscos decorrentes do aborto inseguro, já largamente descritos ao longo deste trabalho.

²⁹³ VAN LOOK, Paul FA; COTTINGHAM, Jane C. Unsafe abortion: an avoidable tragedy. **Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology**, v. 16, n. 2, p. 205-220, 2002

²⁹⁴ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

²⁹⁵ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*. 2012.

²⁹⁶ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

Esta relação de causa e efeito entre o aborto seguro e a promoção da saúde reprodutiva das mulheres é corroborada pela análise dos impactos que o surgimento de um método abortivo acessível e relativamente seguro – ainda que também ilegal – trouxe para o cenário brasileiro. A mera substituição parcial dos métodos perfurantes, cáusticos ou do recurso às leigas pelo misoprostol²⁹⁷ modificou o cenário de morbimortalidade materna por aborto no Brasil, reduzindo a gravidade de eventuais hemorragias ou infecções e ocasionando a redução dos outrora alarmantes índices de histerectomia por aborto séptico²⁹⁸.

Considerando a demonstração de que o aborto é, inequivocamente, uma questão de saúde pública e de que enormes danos à saúde reprodutiva e à vida das mulheres podem ser evitados com a sua descriminalização – recomendada pela CEDAW e pela OMS, como já visto, conclui-se que o conteúdo do art. 124 do Código Penal –que criminaliza, em regra – o aborto no Brasil, é incompatível com a tutela constitucional do direito à saúde.

Como já visto, o aborto realizado por profissionais habilitados e em condições sanitárias adequadas é um procedimento médico mais seguro até mesmo do que o parto de baixo risco. Uma vez que a submissão a um aborto inseguro ocasiona um aumento substancial de risco de sequelas e de morte dele decorrentes, não se pode negar que é a criminalização do procedimento que faz com que este deixe de ser uma prática segura do ponto de vista médico e passe a ser fonte de risco efetivo à saúde à vida das mulheres.

E, neste ponto, vale repetir que a efetiva promoção da saúde das mulheres – como, de resto, a promoção da saúde dos indivíduos em geral – depende não só da materialização do direito sob seu viés negativo, de bloqueio das condutas que prejudiquem a saúde das pessoas. Vale dizer: não basta que o Estado se abstenha de atuar contra gestantes que optem por interromper gestações que lhes comprometam efetivamente a saúde física ou psíquica.

²⁹⁷ O misoprostol – também conhecido pela marca registrada Cytotec – é um medicamento comumente utilizado no Brasil para indução de aborto. Seu uso reduziu a mortalidade materna, mas muitas vezes há necessidade de recurso da mulher a um hospital para finalização do procedimento abortivo. Pesquisas indicam que metade das mulheres que recorrem a hospitais para procedimentos relacionados à finalização de um aborto provocado fizeram uso de misoprostol (FONSECA, Walter et al. Características sócio-demográficas, reprodutivas e médicas de mulheres admitidas por aborto em hospital da Região Sul do Brasil. **Cad Saúde Pública**, v. 14, n. 2, p. 279-86, 1998). Para maiores informações sobre o uso do misoprostol para aborto no Brasil, veja-se: BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. A experiência brasileira com o Cytotec. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 408-417, 1993.

²⁹⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

Para a efetiva implementação do direito à saúde das mulheres, deve-se assegurar não só o viés negativo do direito à saúde, mas também o seu viés prestacional, sendo garantido às mulheres acesso à interrupção da gravidez indesejada gratuitamente no Sistema Único de Saúde. Isto para que o aborto de mulheres pobres seja conduzido por profissionais habilitados e em condições sanitárias adequadas.

Parece-nos que o incremento dos riscos à saúde e à vida das mulheres ocasionado por uma legislação que criminaliza o aborto não se justifica em uma ordem constitucional que estabelece que a promoção da saúde como um dever do Estado. Esta violação constitucional se torna mais grave em um contexto em que a criminalização da conduta não impede ou desestimula a sua realização, como se verifica no caso do aborto.

Conforme assinalado por Flávia Piovesan, o respeito ao direito à saúde das mulheres impõe a criação de mecanismos para assegurar a realização e abortos em condições legais e seguras, em estabelecimentos públicos e privados, porque *a prevalência absoluta e incondicional dos direitos de uma vida embrionária em detrimento das mulheres, revela uma ineficácia dramática, que, ao mesmo tempo nega o direito à saúde e à saúde das mulheres, não salvaguardando, na prática, o direito à vida do feto*²⁹⁹.

3.5 A criminalização do aborto como violação ao princípio da igualdade

Como visto no item anterior, a criminalização do aborto acaba por ocasionar danos à saúde das mulheres porque sua realização em condições inseguras transmuta um procedimento médico bastante seguro em uma situação em que se verifica efetivo risco à saúde e à vida das mulheres. A marginalização do aborto viola o direito à saúde das mulheres brasileiras na medida em que leva à sua realização em condições inseguras e, conseqüentemente, à sua mutilação, doença e morte.

Pois bem. Além de consubstanciar uma violação aos direitos reprodutivos e à saúde das mulheres, cabe analisar a criminalização do aborto à luz do direito à igualdade, tutelado constitucionalmente. Para abordar adequadamente o tema do aborto sob o prisma do princípio da igualdade, há que se analisar a forma com que determinadas normas e institutos repercutem sobre os segmentos sociais marcados pela subordinação³⁰⁰. Isto sem olvidar que, em um

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. 2013.p. 71.

³⁰⁰ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003.

contexto social assimétrico como o brasileiro – fortemente marcado pelo machismo, racismo e homofobia –, a discriminação e a opressão encontram-se muitas vezes mascaradas pela linguagem aparentemente neutra das leis³⁰¹.

A tese que se sustentará no presente trabalho é a que a interdição geral do aborto no Brasil traz em seu bojo uma séria violação ao princípio da igualdade. E isto porque (i) materializa uma situação de forte desigualdade de gênero, por impor às mulheres um ônus desproporcional, ao qual os homens não estão sujeitos; e (ii) impacta de forma ainda mais grave a vida das mulheres mais pobres, sujeitas à efetivação do aborto em condições precárias e ao maior risco de perseguição penal.

3.5.1 A criminalização do aborto como violação ao direito à igualdade entre homens e mulheres

Uma das principais características da injustiça de gênero é a adoção de um padrão de valor cultural institucionalizado que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto deprecia tudo o que codifica como “feminino”. Esse padrão valorativo androcêntrico é institucionalizado de forma difusa e gera formas de subordinação de status específicas, incluindo a negação da integridade corporal, da liberdade reprodutiva e da autodeterminação sexual das mulheres.³⁰²

Esta subordinação de status fica evidente ao se constatar a forma desproporcional com a criminalização do aborto impacta a vida das mulheres, que têm suas vidas expostas ao risco de abortos clandestinos e inseguros ou são compelidas a – durante nove meses – se submeter a uma gravidez que não desejam e, após, a se transformarem em mães para toda a vida. Este impacto não é suportado pelos homens, que no contexto social atual podem optar pela formação ou não de uma família quando tomam ciência da gravidez de uma parceira ocasional ou fixa.

Conforme identificado por Simone de Beauvoir, a função geradora da mulher acaba por ocasionar-lhe a escravização, que será mais ou menos estreita caso a conjuntura social exija maior ou menor número de nascimentos. Segundo a autora, a perspectiva do ser mulher

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. 2013.

³⁰² FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003.

deve ser analisada à luz de um contexto social amplo e não se restringir a uma análise biológica, ou se centrar em seu corpo. Veja-se:

“É, portanto, à luz de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico que teremos de esclarecer os dados da biologia. A sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana.” (BEAUVOIR, Simone O Segundo Sexo: fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, 9ª ed. P. 55-57)

Analisando a problemática do aborto sob uma perspectiva de gênero, é forçoso se reconhecer que sua criminalização viola o direito à igualdade na medida em que transforma mulheres em criminosas por um procedimento médico de que apenas mulheres precisam ou transformam outros em criminosos por realizar um procedimento de que apenas as mulheres necessitam, quando muitas vezes o recurso ao aborto e as barreiras que são impostas ao seu acesso são decorrem justamente de uma estrutura social que tem por signo a desigualdade de gênero³⁰³.

Em verdade, o sacrifício de permitir o uso de seu corpo para assegurar a continuidade de desenvolvimento do feto não tem qualquer paralelo no mundo masculino. Em exemplo ilustrativo, Laurence Tribe identifica que a lei não obriga nos Estados Unidos que um pai doe um órgão ou sangue ao seu filho, mesmo que este procedimento seja essencial para salvar sua vida³⁰⁴. Cabe registrar que tampouco a lei brasileira o faz. E, note-se, neste caso falamos de vidas humanas efetivas e não em potencial.

As mulheres suportam não só o ônus de arcar ou com os riscos envolvidos na realização de um aborto clandestino, mas também lhes cabe – em regra – o sustento do filho indesejado³⁰⁵ caso decida pela continuidade da gravidez. Aos homens, por outro lado, é

³⁰³ Catharine MacKinnon, Reflections on Sex Equality under Law, 100 Yale L.J. 1281,1319 (1991)

³⁰⁴ TRIBE, Laurence H. Abortion: the clash of absolutes, W.W. Norton & Company, 1990.

³⁰⁵ Segundo Censo realizado pelo IBGE em 2010, 37, 3% dos lares brasileiros atualmente são chefiados por mulheres, um aumento de cerca de 15 pontos percentuais desde 2000. Cabe ressaltar ainda que as mulheres chefiam cerca de 87% dos chamados domicílios monoparentais, a saber,

imposto apenas o dever de auxiliar no custeio das despesas do filho³⁰⁶, sendo certo que o valor destinado a tal finalidade é fixado levando em consideração a sua necessidade de refazer a vida e constituir nova família³⁰⁷. No que concerne aos filhos, recai sobre a mulher a responsabilidade de evitá-los, os riscos de abortá-los e a tarefa de criá-los.

Neste contexto, impõe-se o reconhecimento de uma situação de desigualdade que deve-se buscar remediar não mediante a simples retirada dos impedimentos sociais que distinguem homens e mulheres de forma, mas através da implementação de uma igualdade orientada para os resultados³⁰⁸. Isto importa em propor um enfrentamento da questão da

aqueles em que crianças moram com apenas um dos pais ou com um dos pais e outros parentes. IBGE – Resultados do Censo Demográfico 2010. Disponível em : ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/tab1_1.pdf. Última consulta em junho de 2014.

³⁰⁶ No ponto, é importante ressaltar que vem sendo construída jurisprudência que condena o genitor – em geral, o pai – ao pagamento de danos morais por abandono afetivo do filho. Em que pese este tipo de condenação não ter o condão de gerar afetividade ou assegurar que pais assumirão a responsabilidade emocional e de cuidado com seus filhos, uma vez que tem impacto apenas pecuniário, acaba por estimular a construção de um consenso social de que cabe aos pais prover não só o sustento econômico dos filhos, mas ser responsável por sua criação. Sobre o dano moral por abandono afetivo, confira-se: SKAF, Samira, Responsabilidade Civil por Abanono Afetivo Paterno-filial, Revista IBDIFAM, disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf. Veja-se, ainda, por todos, trecho da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça versando sobre o tema: *“O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.* (STJ, REsp 1159242/SP Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 10.05.2012)

³⁰⁷ Confira-se, por todos: “APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE ALIMENTOS. MUDANÇA NO BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. 1. Na origem, pretende a redução do pensionamento prestado em favor de seu filho menor (12 anos). Sentença de procedência parcial. Insurgência do réu. 2. O poder-dever familiar constitui um conjunto de obrigações dos pais em relação aos filhos menores, decorrentes de suas necessidades naturais. 3. Autor que trabalha como pedreiro, não havendo provas de que possua situação financeira confortável. A constituição de nova família, por si só, não importa na redução da pensão alimentícia prestada a filhos havidos da união anterior, todavia, em famílias de baixa renda, por certo que o nascimento de mais dois filhos provoca desequilíbrio financeiro, justificando a redução do pensionamento. Precedentes desta Corte. 4. Diante do contexto probatório, verificou-se que a necessidade do apelante permanece a mesma da época do pensionamento convencionado, contudo, houve redução na possibilidade do autor, ensejando a diminuição dos alimentos anteriormente prestados. 5. Negado provimento ao recurso (TJRJ, Ap. Civ. 0028249-43.2011.8.19.0204, Rel. Des. Mônica Di Piero, 8ª Câmara Cível, j. Em 22.07.2014)

³⁰⁸ Segundo identificado por Mary Lou Kendrigan, a igualdade é referida na literatura feminista com diferentes significados. A autora propõe uma abordagem, com a qual concordamos, que preconiza o enfrentamento da questão da igualdade considerada não no sentido de igual consideração dos

desigualdade através da adoção de medidas que diferenciem as mulheres para promover sua igualdade em relação aos homens. Conforme identificado por Mary Lou Kendrigan, *para grupos que sofrem uma discriminação severa, uma demanda por igualdade requer mudanças sociais significativas para alcançar uma sociedade que assegure um certo nível de segurança física e econômica para todos os seus membros.*³⁰⁹

Neste mesmo sentido, analisando as formas de superação das políticas opressivas de gênero, Rose Marie Muraro e Leonardo Boff preconizam o que segue:

“a superação da ancestral guerra dos sexos e das políticas opressivas e repressivas dos gêneros se dá na mesma proporção em que introduzimos e praticamos a democracia participativa de baixo para cima, respeitadora das diferenças, cósmica e aberta a permanentes aperfeiçoamentos. Assim, o sonho civilizatório que emerge das lutas libertárias do gênero é o triunfo da democracia como valor(...)Todas as formas de antifeminismo antigas e modernas se baseiam nessa dominação do homem sobre a mulher. Suas expressões perpassam todos os níveis sociais e até religiosos, como o cristianismo, constituindo o patriarcado como realidade histórico-social e como categoria analítica. Como categoria de análise o patriarcado não pode ser entendido apenas como dominação binária macho-fêmea, mas como uma complexa estrutura política piramidal de dominação e hierarquização, estrutura estratificada por gênero, raça, classe, religião e outras formas de dominação de uma parte sobre a outra. Essa dominação plurifacetada construiu relações de gênero altamente conflitivas e desumanizadoras para o homem e principalmente para mulher”(*Feminino e Masculino – uma nova consciência para o encontro das diferenças*. Rio de Janeiro:Sextante, 2002, 4ª ed. P. 279-280)

É inafastável, portanto, o reconhecimento de que a interdição ao aborto viola ao princípio da igualdade e faz com que homens e mulheres não tenham o mesmo direito à saúde e à autonomia reprodutiva. A criminalização da interrupção da gravidez importa em verdadeira discriminação indireta das mulheres em relação aos homens ensejando o reconhecimento de sua invalidade.

interesses ou de ausência de impedimentos sociais baseados no gênero, mas em uma concepção de igualdade de resultados. Esta abordagem permite a adoção de medidas discriminatórias que tenham por finalidade obter a igualdade nas situações concretas enfrentadas. Para ver mais sobre o tema v. Mary Lou Kendrigan, *Political Equality in a Democratic Society*, 1984, p.65-90.

³⁰⁹Tradução livre da autora. Mary Lou Kendrigan, *Political Equality in a Democratic Society*, 1984, p. 76.

Em síntese: A Constituição de 1988 estatui a igualdade entre homens e mulheres. Para avançar no cumprimento do mandamento constitucional, contudo, há necessidade de se construir uma doutrina jurídica que considere a perspectiva de gênero e esteja apta a trazer à luz as relações de poder entre os sexos.³¹⁰ E, vale dizer, a construção desta doutrina deverá passar, necessariamente, pela revisão das normas que criminalizam o aborto no Brasil, uma vez que estas perpetuam a desigualdade entre homens e mulheres.

3.5.2 A criminalização do aborto como um fator de desigualdade entre as mulheres

Para além de consubstanciar uma situação de desigualdade de gênero, a manutenção da criminalização do aborto promove uma situação de desigualdade social, uma vez que a interdição ao aborto legal atinge de forma muito mais gravosa as mulheres mais pobres e jovens.

Isto porque, apesar de a criminalização do aborto colocar em risco a saúde de todas as mulheres, se pode deixar de reconhecer que aquelas que têm condições financeiras de arcar com os custos da realização de um procedimento seguro – embora ilegal – estão sujeitas a menores riscos à saúde e à vida. As mulheres que não possuem recursos financeiros para arcar com os altos custos de um aborto seguro³¹¹, acabam por se submeter a curiosas que atuam em condições sanitárias precárias. A saúde das mulheres mais jovens, pobres e negras é, portanto, submetida a um risco maior, porque a clandestinidade aqui importa diretamente na realização de abortos inseguros.

Esta afirmação é corroborada por estudos que apontam que a ocorrência de complicações hemorrágicas, quando se constata a internação por aborto seguramente ou provavelmente provocado está negativamente correlacionado à cor e ao estado marital da

³¹⁰ PIOVESAN, Flávia Integrando a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira: desafios e perspectivas in *Temas de Direitos Humanos* p. 153-165

³¹¹ Em virtude da criminalização do procedimento, há grande dificuldade de se aferir o custo da realização de aborto voluntário no Brasil. As estimativas variam de R\$ 300, 00 a R\$600,00 (CARVALHO, Simone Mendes, *Mulheres jovens e o aborto clandestino: uma abordagem sociológica*, Fundação Oswaldo Cruz, 2010, disponível em http://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/2570/1/ENSP_Tese_Carvalho_Simone_Mendes.pdf), em clínicas com condições sanitárias inadequadas no interior do Rio de Janeiro. Podem, porém, alcançar o patamar de R\$ 3.000 (três mil reais), segundo informado por um médico que admitiu, sob anonimato, realizar abortos em sua clínica particular em São Paulo Veja-se: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/08/sociedad/1394236454_746976.html. Última consulta em maio de 2014.

mulher. Isto importa em dizer que mulheres negras e que relataram não possuir companheiros tiveram maior incidência de complicações hemorrágicas pós-aborto³¹².

Além disso, como as mulheres mais pobres e desamparadas são justamente as que recorrem ao serviço público de saúde, quer para finalização de abortos iniciados com o uso do misoprostol, quer para atendimento médico em caso de complicações decorrentes do aborto inseguro e considerado que o Sistema Único de Saúde é a porta de entrada preferencial das mulheres no sistema penal, as mulheres pobres e negras estão sujeitas a uma maior probabilidade de incriminação pelo delito de aborto³¹³.

Analisando a questão da dupla desigualdade gerada pela criminalização do aborto e sua persecução penal seletiva, aproximamo-nos da ideia de Oscar Vilhena, que identifica os Estados de Direito não em termos de existência ou inexistência, mas sim em graus de inclusão. Em sociedades como a brasileira, marcada por desigualdades sociais, econômicas e de gênero, constata-se que é concedido às mulheres um acesso menor ou mais dificultoso aos direitos fundamentais vinculados à saúde, à autonomia reprodutiva e à dignidade da pessoa humana. Porém, dentro deste grupo de excluídas, há uma parcela que goza de menos direitos e está sujeita a mais riscos: as mulheres pobres e negras³¹⁴.

De toda sorte, para todas essas mulheres – mais ou menos excluídas – a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converteu em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos³¹⁵.

Desta feita, resta demonstrado que a criminalização do aborto viola o princípio da igualdade por ocasionar risco à saúde e a vida apenas das mulheres, além de lhes impor um ônus desproporcional para assegurar a continuidade da vida biológica do nascituro, ônus este que não é imposto aos homens sequer para a preservação da vida de um filho já nascido. Ademais, já se demonstrou também que o princípio da igualdade também é violado – sob o

³¹²GABIATTI, José Roberto Erbolato “Características das mulheres, frequências, complicações e custos do aborto: suas variações de acordo com a comercialização do misoprostol, Dissertação - Unicamp, 1994

³¹³ UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Relatório do Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. Rio de Janeiro, 2012

³¹⁴ VILHENA, Oscar. A desigualdade ea subversão do Estado de Direito. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo**, n. 6, 2007.

³¹⁵ Esta observação foi formulada por Persio Arida e utilizada por Oscar Vilhena Vieira no contexto do debate sobre como a desigualdade sócio-econômica afeta a integridade do Estado de Direito (VILHENA, Oscar. A desigualdade ea subversão do Estado de Direito. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo**, n. 6, 2007).

viés da igualdade social – porque as mulheres mais pobres e jovens acabam por se submeter a abortos inseguros, situação que faz com que suportem maior risco à saúde, à vida e à perseguição criminal.

3.6 A criminalização do aborto como violação à liberdade, à autonomia reprodutiva e ao direito à privacidade

Conforme mencionado na apresentação do princípio da dignidade da pessoa humana, a concepção de que cada ser humano é um agente moral dotado de razão decorre é central na delimitação do conceito de dignidade. Disto decorre a necessidade de se reconhecer a autonomia dos indivíduos, entendida esta como uma esfera de autodeterminação na qual lhes seja assegurado o direito de tomar suas próprias decisões e fazer escolhas fundamentais sobre suas vidas.

É neste contexto que se reconhece tanto a autonomia pública do cidadão – associada à democracia -, quanto sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – como vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana.³¹⁶ A palavra liberdade aqui, porém, não deve ser compreendida como apenas a faculdade de poder alguém mover-se de um lugar para o outro segundo sua vontade, mas a liberdade de conduta de escolha e ação³¹⁷.

Sobre as concepções de liberdade, é importante evocarNo contexto do debate sobre o aborto, a concepção de liberdade

Este direito fundamental à liberdade, visto como direito à autodeterminação, ganha contornos mais contundentes no debate sobre o aborto na medida em que é no corpo da mulher que o processo gestacional se desenvolve e é sobre ela que, como visto, recaem os maiores ônus na criação dos filhos e muitas vezes em seu sustento.

Conforme assinalado em parecer conjunto assinado pelos juízes O'Connor, Kennedy e Souter, da Suprema Corte Americana e proferido no âmbito da decisão do caso *Planned Parenthood vs. Casey*, não se pode tratar do aborto sem reconhecer que nesta controvérsia se enfrenta a questão da liberdade e da autonomia das mulheres de forma única. Conforme entendimento dos referidos juízes:

³¹⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas – 2ª edição – editora Lumen Juris p. 105-106.

³¹⁷ COOLEY, Thomas Princípios Gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América, traduzido e anotado por Ricardo Rodrigues e Gama, - Campinas: Russell, 2002 p. 221.

“a mãe que leva uma gravidez até seu termo está sujeita a ansiedades, à limitações físicas, a dores que caberão apenas a ela suportar (...) seu sofrimento é muito íntimo e pessoal para que o Estado insista em na prevalência de sua própria visão sobre o papel da mulher(...) o destino de uma mulher deve ser definido de acordo com suas próprias concepções acerca de seus imperativos espirituais e seu papel na sociedade”³¹⁸.

No contexto do debate sobre o aborto, cumpre-nos ainda esclarecer que o direito à privacidade não é invocado como um direito a decisões egoístas e voluntaristas tomadas sob um véu de imunidade perante a censura pública. Ao contrário, ao se invocar o direito à privacidade, busca-se o reconhecimento de que fato de a gestação ocorrer dentro do corpo da mulher e lhe gerar inúmeros efeitos físicos e psicológicos deve ser considerado na análise da questão.

Assim, o que se pretende é o reconhecimento de que forçar uma mulher a continuar uma gravidez que não deseja é retirar dela – por completo – o controle sobre seu próprio corpo. Conforme identificado por Sarmiento, “*se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo de seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém como a imposição à gestante mantenha uma gravidez, por nove meses, contra sua vontade*”

Compelir uma mulher a manter uma gestação indesejada é violar o núcleo de seu direito à privacidade na medida em que esta medida impede a mulher de tomar decisões sobre seu próprio corpo. Esta constatação foi albergada no voto da Ministra Carmen Lúcia, ao pronunciar-se sobre o ato de interrupção voluntária de gravidez de feto anencefálico:

“A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo.

Quem não é livre para reconhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa, não atribuição do Estado.” (Voto de Carmen Lúcia, p. 59)

Neste cenário, não se pode deixar de reconhecer que a manutenção forçada de uma gravidez implica em verdadeira instrumentalização da mulher e, desta forma, importa em violação direta ao seu valor intrínseco e à sua dignidade.

³¹⁸ Suprema Corte Americana, 505 U.S. 833 (1992)

Em verdade, a mulher se vê compelida a utilizar seu corpo, sua saúde e seus recursos biológicos para assegurar a continuidade de um processo que a levará a uma maternidade que não deseja, alterando todo o curso de sua existência e, por vezes, tornando muito mais penosa sua vida, a de seus outros filhos e a de sua família.

Esta é a posição de Robin West, que sustenta que as mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as une aos demais. Assim, o recurso ao aborto se inseriria em um contexto de planejamento responsável de uma família cujo sustento as mulheres possam prover, de atendimento de compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou mesmo de possibilitar que essas mulheres continuem a suas famílias ou comunidades. Segundo a autora, *“a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas a partir da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham [...]”*³¹⁹

Prossegue a autora para concluir que seja qual for a razão, a decisão de abortar não é tomada futilmente, mas é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados conflitantes, em geral, irreconciliáveis.”

Este cenário acima apontado, de reconhecimento de que o aborto é muitas vezes um exercício de autonomia da mulher efetivado na defesa não de interesses fúteis ou levianos, mas no interesse de uma família já constituída e do sustento de outros filhos que a mulher já possui é corroborada pelos os resultados da Pesquisa Nacional do Aborto. A referida pesquisa indicou que grande parte das mulheres que abortam já tem filhos, portanto, sabem o que é ser responsável pela vida e cuidado de crianças. Possivelmente consideraram todo o contexto social e econômico em que vivem para optar pela interrupção de uma gravidez que lhe tornaria a vida familiar mais difícil.

³¹⁹ Robin West Taking Freedom seriously 104 Harvard Law Review 43 (1990): 84-5

3.7 O outro lado: o enquadramento do feto como pessoa humana e sua proteção à luz do direito constitucional brasileiro

A dificuldade do debate público a respeito do aborto envolve divergências sobre o significado jurídico e moral da vida humana, para fins de sua proteção. A grande dificuldade deste tema reside no fato de que ele traz, em seu cerne, uma questão frequentemente articulada em termos metafísicos e que carrega, ademais, um forte peso ético e moral, a saber: o debate sobre o início e o sentido da vida humana.

Esta dificuldade é suscitada pela maioria dos doutrinadores que já trataram da questão do aborto e foi abordada nas decisões das principais cortes constitucionais que já se debruçaram sobre o tema e seus aspectos éticos já foram adequadamente enfrentados na introdução ao presente trabalho.

A tese que será aqui defendida é que a vida biológica – que se reconhece no feto desde a sua concepção – é tutelada constitucionalmente e deve ser considerada no contexto do debate sobre o aborto no Brasil. Considera-se, porém, que o feto – principalmente nos estágios iniciais da gestação – é uma pessoa humana em potencial. Ou seja: o feto humano não pode ser ainda considerado uma pessoa humana, mas tem o potencial de vir a sê-lo. Este potencial é desenvolvido ao longo da gestação e se completa com o seu nascimento com vida.

Neste contexto, é pertinente analisar se a potencialidade para se tornar humano confere, desde logo, ao humano em potencial todos os direitos daqueles que já exerceram satisfatoriamente sua potencialidade. E, aqui, posicionamo-nos no sentido de que o reconhecimento de que o feto é uma pessoa humana apenas em potência conduz ao entendimento de que a tutela de sua vida é assegurada, mas não com a mesma intensidade do que a conferida às pessoas humanas já nascidas. Em verdade, justamente porque o feto é um ser humano em potencial que – ao longo da gestação – vai gradativamente se aproximando da pessoa humana que será ao nascer é que filiamo-nos ao entendimento de sua proteção será gradativamente aumentada na medida em que se desenvolve até que atinja o status de direito fundamental no nascimento com vida³²⁰.

A posição aqui sustentada é embasada, ainda, pelo Código Civil em vigor – editado já sob a égide da Constituição de 1988, que tem como cerne axiológico o princípio da dignidade

³²⁰ No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel, *Legalização do Aborto e Constituição*. SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. 2013.

da pessoa humana –, o qual estabelece expressamente que *a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*³²¹.

Este entendimento de que a o feto seu direito à vida tutelado, mas que este não se equipara ao direito fundamental à vida das pessoas já nascidas também é corroborado pela visão socialmente predominante sobre o aborto, que não o equipara ao homicídio. Tanto é assim muitos dos indivíduos têm conhecimento de amigos e parentes que abortaram ou participaram do aborto de uma parceira e não cogitam comunicar tais fatos à justiça criminal.

A despeito de o discurso contrário a legalização do aborto pretender equipará-lo ao homicídio, a verdade é que a sociedade como um todo não o considera desta maneira. Se assim fosse, todos se sentiriam irremediavelmente compelidos a informar às autoridades de todos os abortos de que têm ou tiveram conhecimento. Como fenômeno social, o aborto pode ser considerado por muitos como uma conduta moralmente errada, mas jamais equivalente a tirar a vida de uma pessoa nascida.

No ponto, cabe ressaltar que a concepção de que a vida do nascituro não é protegida na mesma medida em que se assegura o direito à vida às pessoas nascidas é também claramente extraída do Código Penal em vigor. Em que pese haver uma tipificação para a interrupção da gravidez, a pena cominada para este crime é de 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal), em muito inferior à sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 06 e 20 anos de reclusão, conforme previsto no art. 121 do referido diploma legal³²²

Assim, resta claro que defender a tese de que a proteção da vida humana tem início na concepção não importa em afirmar que os direitos fundamentais das mulheres e, conseqüentemente, sua dignidade devem desconsiderados para efetivação desta proteção. Isto porque o reconhecimento da existência de um regime de proteção da vida intra-uterina não atribui ao feto o direito fundamental à vida titularizado pelas pessoas já nascidas. A proteção da vida do nascituro em seus estágios iniciais pode ser ponderada com direitos das mulheres

³²¹ Código Civil, Art. 2º

³²² Daniel Sarmento, Legalização do aborto... Op. Cit. p. 48.

assegurados pela Constituição, como o direito à saúde, à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana³²³.

Note-se que, conforme já referido, o aborto é um caso difícil que está diretamente vinculado à compreensão da ideia de dignidade como um valor intrínseco ao ser humano, da qual decorre o direito fundamental à vida. Cabe ressaltar, contudo, que várias democracias constitucionais ocidentais, como as já referidas no presente trabalho³²⁴, interpretaram a questão à luz dos vários princípios apresentados e concluíram que o respeito à dignidade da pessoa humana não impõe a prevalência do direito à vida do feto sobre os direitos da gestante, notadamente os direitos à privacidade, à igualdade e à autonomia reprodutiva

Exemplo desta ponderação proposta é encontrado também no próprio ordenamento jurídico brasileiro que, apesar de extremamente restritivo, admite dentre os casos de exclusão de ilicitude do aborto as situações em que a gravidez decorre de estupro (aborto sentimental). Neste caso, o próprio legislador efetivou uma ponderação prévia entre a vida do feto e a dignidade da mãe, que seria absolutamente desprezada caso fosse compelida a levar a termo gravidez proveniente de um ato de violência de que foi vítima. Neste contexto, optou-se por proteger a dignidade da pessoa humana da gestante, admitindo o aborto sem sequer estabelecer prazo para sua realização.

A opção do legislador de autorizar a efetivação do chamado “aborto sentimental” corrobora também a afirmação de que o feto é pessoa humana em potencial. Isto porque, caso o feto fosse enquadrado como pessoa humana efetiva, não se poderia admitir a restrição de seu direito à vida em virtude de sua concepção decorrer de ato violento.

Resta claro, portanto, que a proteção da vida desde a concepção – que, repita-se, não se confunde com o reconhecimento do direito fundamental à inviolabilidade da vida prevista no art. 5º da Constituição da República – não impõe a criminalização do aborto em todas as hipóteses.

A posição ora sustentada é também corroborada por Daniel Sarmento, que ao analisar a questão à luz do ordenamento jurídico brasileiro asseverou: (i) que a vida intra uterina é constitucionalmente protegida, mas de forma menos intensa do que a vida das pessoas

³²³ SARMENTO, Daniel, Legalização do Aborto e Constituição. SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. 2013.

³²⁴ Retomar os países que autorizam e referir os itens.

nascidas; (ii) que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o desenvolvimento fetal, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente. Neste contexto, conclui-se que o direito a vida do feto poderia ceder – mediante ponderação de princípios –, principalmente nos estágios iniciais da gravidez.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a necessidade de efetivação de ponderação no enfrentamento da problemática do aborto ao tratar da constitucionalidade do aborto de feto anencefálico. Confirma-se, por todos, trecho do voto do Min. Celso de Mello que abarca a questão:

“Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *“hic et nunc”*, em função de determinado contexto *e sob uma perspectiva axiológica concreta*, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses *não importe em esvaziamento* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”³²⁵.

Em brilhante voto proferido no julgamento da ADPF 54 – a qual versava sobre a descriminalização da interrupção voluntária de gravidez de feto anencefálico –, ao tratar especificamente dos princípios em conflito na problemática do aborto, Joaquim Barbosa afirmou que *“a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura.”*³²⁶

Esta ponderação – que, conforme se verá, poderá ser efetivada pelo Poder Judiciário – deve ser feita considerando, por um lado, o grau de proteção constitucional conferido ao nascituro e o direito à saúde, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana da mãe, buscando a concordância prática dos enunciados normativos em conflito e respeitando o núcleo dos direitos fundamentais em tensão³²⁷. Assim, caberá ao Judiciário ponderar, em função do contexto apresentado e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito posta e desde que a

³²⁵ MELLO, Celso, Trecho de voto proferido no julgamento da ADPF 054 pelo Supremo Tribunal Federal, p 351 do acórdão.

³²⁶

³²⁷ APB Ponderação

utilização da ponderação não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais³²⁸.

Por fim, é importante frisar que o entendimento ora exposto acerca da tutela da vida intra-uterina e a admissibilidade de sua ponderação com os direitos das mulheres é compatível com as posições externadas pelos comitês internacionais que enfrentaram o tema, bem como com os acordos internacionais firmados pelo Brasil.

Conforme já mencionado, vários Comitês da ONU já recomendaram ao Estado brasileiro proteção das mulheres dos efeitos do aborto clandestino e inseguro, a revisão da legislação punitiva sobre o aborto e seu enfrentamento como questão de saúde pública³²⁹ e já se manifestaram no sentido de que negar acesso ao aborto legal é uma violação dos direitos mais básicos da mulher³³⁰.

A posição de que a legalização do aborto é compatível com a proteção constitucional da vida intrauterina é reconhecida também no âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos. E isto em um cenário no qual o direito à vida, em geral desde a concepção, é expressamente reconhecido pelo art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica³³¹.

Segundo a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é admissível a ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os direitos de uma vida em potencial, razão pela qual a legalização do aborto não violaria o direito a vida³³². Restou ainda registrado no julgamento do Caso 2141 que a redação conferida ao art. 4º do Pacto de San José de Costa Rica estabeleceu a proteção da vida em geral desde a concepção justamente para compatibilizá-la com a legalização do aborto em situações específicas³³³.

³²⁸

³²⁹ Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Vide item xxx do presente estudo.

³³⁰ Comitê de Direitos Humanos da ONU. Caso Karen Huamán vs. Peru (comunicação nº 1.153/2003). Disponível em: <https://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1153-2003.html>.

³³¹ Pacto de San José da Costa Rica (1969), Art. 4º – Direito à vida: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

³³² Flávia Piovesan, Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: Nos limites das vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coord.). Rio de Janeiro:Ed. Lumen Iuris, 2007 p. 65

³³³ Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 2141: “ Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente

Considerado a apresentação do panorama geral dos princípios contrapostos no debate sobre o aborto, cumpre-nos analisar seu peso na questão concreta da criminalização do aborto do Brasil, de forma a apresentar uma proposta de enfrentamento do problema através de um exercício de ponderação.

3.8 Conclusão parcial: o aborto como caso difícil solucionado através da ponderação de princípios. Uma proposta de enfrentamento da questão

Por todo o já exposto, resta claro que enfrentamento da problemática do aborto consubstancia verdadeiro *hard case*, na medida em que contrapõe direitos fundamentais e envolve a adequada interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana para sua solução.

Conforme já enunciado, o equacionamento de uma situação que se constata colisão entre princípios depende de um exercício de ponderação. A ponderação deverá ser efetivada para que se possa aferir qual princípio prevalecerá em virtude de seu maior peso na solução adequada do caso concreto, bem como de que forma se dará sua aplicação. Cabe lembrar, aqui, que esta aplicação deverá, concomitantemente (i) promover a incidência do princípio prevalente na maior medida admitida pelas condições fáticas e jurídica dos caso concreto; e (ii) respeitar o núcleo essencial do princípio cuja incidência foi minorada mediante a ponderação.

Analisando a questão do aborto sob o viés do valor intrínseco da pessoa humana se constata que o aborto representa uma colisão entre direitos fundamentais. Para aqueles que acreditam que a vida humana tem início na concepção – ideia a que nos vinculamos ao longo do presente trabalho – o aborto claramente é uma violação a vida do feto. Por outro lado, conforme identificado por Barroso, o direito à interromper a gravidez se relaciona com a integridade física e mental da mulher e o seu poder de controlar seu próprio corpo.

Neste contexto, o aborto deve ser encarado como uma questão de igualdade porque apenas as mulheres arcam com os ônus da gravidez e o direito de interrompê-la seria uma medida necessária para equipará-la aos homens. Além disso, com visto, a descriminalização

establecido ese principio ara conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". (...) Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción" (Anuario, 1968, p. 321). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141a.htm>. Última consulta em 30.06.2014.

do aborto é medida necessária para reduzir a desigualdade entre as próprias mulheres, na medida em que sua realização em condições sanitárias adequadas no âmbito do Sistema Único de Saúde forneceria às mulheres pobres a possibilidade de exercer de forma segura seus direitos reprodutivos.

No que concerne ao viés da autonomia, também elemento da dignidade da pessoa humana, devemos considerar o papel decisivo que a autodeterminação desempenha no contexto do aborto. Conforme já explicitado, é parte indissociável do direito fundamental à liberdade e à autonomia assegurar aos indivíduos a possibilidade de fazer escolhas básicas sobre suas vidas³³⁴.

Pela magnitude da decisão e os impactos dela decorrem, não se pode deixar de reconhecer também que a escolha sobre ter ou não filhos e quando tê-los se insere no feixe de escolhas que devem ser asseguradas aos indivíduos em geral e às mulheres em particular. Além disso, impedir uma mulher de decidir sobre a continuidade de um processo que se dá dentro de seu próprio corpo violaria inegavelmente também seu direito à privacidade³³⁵.

Ante todo o exposto, resta claro que compelir uma mulher a prosseguir com uma gravidez que ela não deseja, importaria em transformá-la em instrumento de satisfação da vontade de terceiros e não trata-la como um fim em si mesmo. E isto seria incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe suscitar também que a questão do aborto envolve, de forma inegável, o direito à saúde das mulheres. Como analisado em item próprio, as consequências dos abortos inseguros são muitas, podendo ocasionar – e efetivamente ocasionando para cerca de 70.000 brasileiras por ano – a morte. Este direito social expressamente previsto na Constituição é exigível de forma direta dos Poderes Públicos como analisado nos capítulos precedentes.

Em síntese: no caso em questão tem-se como colidentes, de um lado o direito à vida do feto e de outro um feixe de direitos das mulheres, dentre eles o direito à integridade física, à igualdade, à liberdade e autonomia reprodutiva e à privacidade, bem como seu direito à saúde.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 35, p. 331, 2012.

³³⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. 2013.

Um exercício de ponderação que considere (i) a magnitude e a extensão dos direitos fundamentais envolvidos; (ii) os impactos da criminalização e seus efeitos práticos reduzidos para prevenir a prática de abortos; e (iii) o fato de a questão versar sobre um tema moralmente divisivo, cuja análise depende da adesão à uma concepção específica sobre o que torna a vida sagrada e que não deve ser universalizada em uma sociedade laica e marcada pelo pluralismo, acaba por impor a relativização do direito à vida do feto em seus estágios iniciais de desenvolvimento.

No ponto, cabe ressaltar que este limite temporal deve ser estabelecido e é decisivo, não só porque a ética do aborto é mais difícil de ser sustentada quando o feto tem alguma consciência, mas porque uma proteção mínima do direito à vida intrauterina impõe que esta seja mais fortemente tutelada à medida em que a gravidez se desenrola. Assim, a autorização do aborto sem limitação temporal violaria o núcleo essencial do direito à vida do feto e isto não pode ser admitido como produto da ponderação.

A proposta formulada no presente estudo, de fixar como prazo máximo para realização do aborto legal a idade gestacional de doze semanas, utiliza como parâmetro os prazos fixados em legislações e/ou decisões judiciais alienígenas, bem como a certeza biológica de que até este período o feto não pode ser considerado consciente.

Assim, diante de todo o explicitado, conclui-se no presente capítulo pela incompatibilidade da criminalização do aborto com a ordem constitucional brasileira em vigor, por considerarmos que ela viola o princípio da dignidade da pessoa humana das gestantes, na medida em que afronta seus direitos fundamentais à integridade física, igualdade, liberdade, autonomia reprodutiva e privacidade, bem como seu direito fundamental à saúde.

A forma de enfrentamento da incompatibilidade será adequadamente abordada no capítulo subsequente, no qual se analisará a legitimidade do Judiciário para enfrentamento da questão do aborto, os parâmetros e limites para sua atuação.

4 LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTO PELO JUDICIÁRIO NO BRASIL

Após a Constituição de 1988 e a consolidação da doutrina brasileira da efetividade, é inegável o crescente protagonismo do Poder Judiciário e a constante submissão de temas outrora decididos no Parlamento aos juízes. Neste cenário, crescem as críticas a atuação do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal que estaria usurpando de forma antidemocrática poderes próprios das esferas políticas e democráticas. Esta atuação seria ainda mais passível de críticas em temas onde se verifica desacordo moral razoável, como na questão da descriminalização aborto.

Entendemos que muitas destas críticas foram transplantadas de sistemas jurídicos diversos, notadamente do sistema norte-americano, sem uma adaptação coerente com a real situação político-jurídica do Brasil. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, em que o *judicial review* é uma construção dos próprios tribunais, aqui há previsão constitucional expressa determinando o controle judicial de constitucionalidade. Por esta razão, entendemos que a questão prática que se coloca nesta discussão na conjuntura brasileira é de dosagem e formas de exercício da jurisdição constitucional e não sobre sua legitimidade.

Apesar de a jurisdição constitucional ser um fato jurídico, a postura muitas vezes ativista e maximalista de nossos tribunais não são necessariamente legítimas. Por esta razão, entendemos pertinente analisar neste capítulo a questão da legitimidade representativa da jurisdição constitucional, notadamente no que se refere ao debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil.

Para atender a este objetivo, o capítulo será dividido em cinco partes, a saber: (i) sintetização das ideias expansão do constitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial; (ii) apresentação dos fundamentos teóricos da supremacia judicial e das principais críticas apresentadas a este modelo; (iii) análise da democracia deliberativa; (iv) análise do tratamento penal da questão do aborto no Brasil e (v) enfrentamento da questão da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no tratamento da constitucionalidade da criminalização do aborto, tal como expressa no Código Penal em vigor.

4.1 Expansão do constitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial

Há consenso na doutrina constitucional sobre a identificação do período pós-IIª Guerra Mundial como o momento histórico a partir do qual se verifica um forte movimento de superação do chamado Estado legislativo de direito e a ascensão do constitucionalismo.

Diante da clara demonstração de que mesmo um Legislativo eleito democraticamente era capaz de aniquilar direitos e garantias individuais, consolidou-se a ideia de que os direitos fundamentais deveriam ser protegidos nas Constituições. A realidade histórica tinha demonstrado a necessidade de criação de mecanismos para contenção de abusos do legislador e das maiorias políticas. Visando evitar tais abusos, as constituições do pós-guerra incorporaram direitos fundamentais que passaram a ser considerados diretamente aplicáveis, independentemente da vontade do legislador.³³⁶

E mais, difundiu-se a tese de que caberia ao Poder Judiciário – contramajoritário e por isso supostamente mais apto a resistir aos ataques das maiorias eventuais – proteger tais direitos através do uso de prerrogativas que lhe assegurasse independência. Para tanto, se criou (ou fortaleceu, nos Estados que já a possuíam de forma incipiente) a jurisdição constitucional, de forma que a supremacia constitucional pudesse ser efetivamente assegurada através de garantias processuais que retirassem da esfera da política ordinária – ditada por maiorias eventuais – certos direitos e garantias individuais.

Produziu-se uma cultura jurídica em que a Constituição finalmente passou a ser vista como norma e a isso se seguiu uma inegável expansão global do Poder Judiciário, que floresceu em contexto de redemocratização de países que abandonavam regimes fascistas e de criação de identidade constitucional de países descolonizados (2ª onda de expansão do controle de constitucionalidade) e se aprofundou no cenário de reconstitucionalização dos países latino americanos que saíam de ditaduras e de países reconstituídos no âmbito do esfacelamento da ex-URSS (3ª onda de expansão do controle de constitucionalidade)³³⁷.

O termo jurisdição constitucional, segundo Luis Roberto Barroso, designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais e compreende o poder que juízes e tribunais detêm de (i) aplicar diretamente a Constituição Federal; (ii) interpretar o ordenamento jurídico conforme a Constituição; e (iii) efetivar o controle de

³³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte: Fórum 2012.

³³⁷ GINSBURG, Tom. "Constitutional Courts in New Democracies: Understanding Variation in East Asia" 2006 disponível em http://works.bepress.com/tom_ginsburg/6

constitucionalidade de leis e atos do poder público em geral.³³⁸

Neste contexto, questões sobre legitimidade da jurisdição constitucional, judicialização da política e ativismo judicial passaram ao centro dos debates da ciência política e do direito constitucional também nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica.

No Brasil, após a redemocratização levada a termo na metade da década de oitenta e a mudança ocorrida no panorama jurídico-institucional então em vigor, foi instaurado um estado democrático de direito, através da edição da atual Constituição Federal. Seus direcionamentos formais são os princípios democráticos e o da separação dos poderes, disciplinados nos dispositivos de seus artigos 1º, parágrafo único, e 2º, respectivamente.

Com algumas exceções constitucionalmente previstas em seu texto, cada Poder deverá circunscrever sua atuação dentro da esfera de competência e atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição, abstendo-se de intervir na esfera de competência dos demais Poderes, sob pena ferir o princípio da separação de poderes.

A despeito disso, é inafastável o reconhecimento de que diante do quadro das inovações trazidas pela ordem constitucional estabelecida em 1988, constatou-se a existência de condições sociais e políticas para o deslocamento da arena tradicional de debate para o Poder Judiciário, de forma a obter a concretização dos muitos direitos estabelecidos naquele texto.

Ademais, há que se destacar que o arcabouço teórico-jurídico do fenômeno da constitucionalização do direito se deu com a consolidação da chamada doutrina brasileira da efetividade³³⁹. Esta doutrina – que se dedicava precipuamente à crítica da falta de eficácia social das constituições brasileiras e à defesa do pleno reconhecimento normativo da

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.10.2012.

³³⁹ Nas palavras do principal expoente deste movimento doutrinário, Luís Roberto Barroso, “o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribui normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, extremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário do Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.” (BARROSO, Luis Roberto, A doutrina brasileira da efetividade in Temas de Direito Constitucional, tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 76)

Constituição de 1988 – foi acolhida com maior vigor pela jurisprudência cerca de uma década depois, com a renovação do Supremo Tribunal Federal e aposentadoria dos ministros mais vinculados ao regime da ditadura.

Neste contexto de busca da efetividade de direitos, grande parcela dos indivíduos passou a se valer da instância judicial para buscar a definição de questões relevantes para toda a sociedade brasileira. Assim, não se pode negar que o Judiciário se consolidou como um novo locus de soluções de conflitos.

Sob a égide destas mudanças na doutrina e na jurisprudência, a Constituição de 88 se tornou um ingrediente relevante no equacionamento dos conflitos políticos, e se incorporou à gramática das reivindicações da sociedade civil e dos movimentos sociais³⁴⁰. Este reconhecimento da força normativa da Constituição e a centralidade à que foi alçado o Judiciário diante da escolha do Constituinte originário de estabelecer a possibilidade, e consequente legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos acabou por originar debates e críticas à chamada judicialização da política.

Como causas deste fenômeno se deve apontar não só a mudança na cultura jurídica hegemônica, que passou a reconhecer como normas jurídicas as regras e princípios constitucionais, mas também o elevado grau de pluralismo político e social existente na sociedade.

A chamada “judicialização da política” indica os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas³⁴¹, decorrente do processo histórico acima indicado de expansão do constitucionalismo e da teoria americana de controle judicial de constitucionalidade, que identifica o Poder Judiciário como a instituição responsável por resguardar os direitos e garantias individuais.

Este processo pode ser entendido como a progressiva transferência, para o Judiciário, da elaboração de políticas públicas e normas que vinham sendo decididas (ou que se considere que devam ser decididas) pelos poderes Executivo e Legislativo³⁴². Segundo Hirschl, as dimensões básicas deste fenômeno são as seguintes: (i) *transferência de prerrogativas*

³⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio de Souza Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 23.

³⁴¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 117.

³⁴² TATE, C. Neal, Why the expansion of the judicial power. In Tate e Vallinder, *The Global expansion of judicial power* p. 28

tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário;(ii) *corroboração judicial de mudanças de regime;* (iii) *a fiscalização do processo democrático;* (iv) *justiça restaurativa;* (v) *questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas*³⁴³. (

Conforme identificado por Brandão, este fenômeno é constatado por todo o mundo através de decisões como a apreciação, pela Suprema Corte russa da constitucionalidade de decreto presidencial que determinou a invasão da Chechênia; a reinstituição de um presidente que havia sofrido impeachment pelo Parlamento, conduzida pela Suprema Corte da Coreia do Sul; a atuação de Supremas Cortes na fiscalização do processo democrático, inclusive para estabelecer o resultado final das eleições, conforme se verificou nos casos de Romano Prodi na Itália (2006); Felipe Calderón no México (2006) e no caso de George W. Bush, nos Estados Unidos (2004). Cabe frisar, ainda, a decisão da Suprema Corte da África do Sul que considerou constitucional a anistia para os que confessassem os crimes cometidos durante o apartheid, a qual – dentre outras – adentrou a seara da justiça restaurativa. E mais: decisões que abarcam questões que estão no cerne da política, como a apreciação judicial de eventual dissolução de Federação, conduzida pela Suprema Corte do Canadá na definição da situação de Quebec na federação canadense³⁴⁴.

O autor prossegue identificando que a situação não é distinta no Brasil, onde decisões políticas importantes vêm sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Dentre essas decisões podemos citar o controle judicial do processo de impeachment do Presidente da República, da constitucionalidade de emendas constitucionais, as consequências da troca voluntária de partido por parlamentar, a (in) constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira”, dentre outras. Na seara das decisões moralmente complexas – especialmente interessante para o presente trabalho – foram proferidas decisões acerca da constitucionalidade da pesquisa com células tronco embrionárias, da união civil das pessoas do mesmo sexo e sobre a tipicidade penal de aborto de fetos anencéfalos³⁴⁵.

³⁴³ NR Hirschl, Ran. The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira The Oxford handbook of law and politics p. 124- 129)

³⁴⁴ BRANDAO, Rodrigo. A judicialização da política:teorias condições e o caso brasileiro. In: RDA – Revista Brasileira de Direito Administrativo, v.263, p. 175-220, maio/ago. 2013

³⁴⁵ STF, ADIN 3.510. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento em: 29/05/2008. DJE 28/05/2010; STF, ADI 4277, Min. Relator: Ayres Brito. Julgamento em 14.10.2011; e 14 out. 2011. STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgamento em 13.04.2012.

Neste ponto, cabe frisar, porém que renomados autores vêm identificando que a judicialização da política no Brasil decorre das opções feitas pelo próprio Constituinte originário e não de eventual opção política do Judiciário brasileiro. Isto porque o desenho institucional adotado pela CR 88 não permite ao Judiciário brasileiro deixar de se manifestar sobre as questões políticas constitucionalizadas, se provocado pela via processual adequada. E mais: a situação ganha contornos extremados ao se verificar que a Constituição Federal de 1988 é analítica e que o sistema de controle de constitucionalidade adotado foi o misto, com amplo rol de legitimados ativos à propositura de ações diretas.

É justamente considerando o arcabouço institucional brasileiro que Luís Roberto Barroso afirma que *a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política*³⁴⁶.

Por fim, cumpre distinguir a judicialização da política, que foi apontada acima como decorrência necessária do desenho institucional da Constituição de 88, notadamente pela combinação de previsão de controle judicial de constitucionalidade e inafastabilidade da tutela jurisdicional com uma Constituição analítica e o ativismo judicial.

Ativismo judicial foi a expressão cunhada nos Estados Unidos – inicialmente para identificar a atuação progressista da Corte de Warren³⁴⁷ – para designar uma atuação do Judiciário voltada à interpretação proativa da Constituição. Designa, portanto, uma escolha de postura pelo Judiciário que lhe permita uma participação mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais.³⁴⁸

Após a breve organização destes conceitos, há que se reconhecer que as questões de desacordo moral razoável não são tratadas no locus do Judiciário por uma escolha política

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.10.2012, p. 8.

³⁴⁷ Conforme BARROSO, a locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 *apud* KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, out.2004, n. 92, p. 1446. v. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo, p. 8, NR 23 Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.10.2012.

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.10.2012

expansionista deste. Ao contrário, decorre de um desenho institucional que foi fruto de escolhas políticas feitas pelo Constituinte originário, já como visto.

Assim, resta claro que a relevância prática do debate acerca do controle judicial de constitucionalidade no Brasil em geral se circunscreve à maneira e à intensidade que os juízes em geral e o Supremo Tribunal Federal em particular devem empregá-lo³⁴⁹. No mesmo sentido, entendemos que o tratamento das questões de desacordo moral razoável pelo Judiciário é inafastável em razão da amplitude da Constituição de 88 e da multiplicidade de princípios e direitos nela tratados, cabendo-nos apenas perquirir suas formas de exercício e seus limites.

4.2 A jurisdição constitucional em debate: críticas e defesas

A supremacia judicial consiste no entendimento de que cabe ao Judiciário proferir a última palavra no que se refere à interpretação constitucional importando, em seu aspecto formal, na ideia de que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional. E isto porque, neste caso, se estaria alterando o próprio texto a ser interpretado³⁵⁰. É também a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que expressamente se manifestou na ADI 2.860 no sentido de que *admitir a validade da lei frontalmente contrária à jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito*.

A despeito deste entendimento do Supremo Tribunal Federal e de comungarmos da compreensão de que o desenho institucional atual é o que melhor se adequa à realidade política brasileira, cumpre destacar que a supremacia judicial não é imperativo lógico da supremacia da Constituição, mas sim *uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, que deve ser feita tomando em conta uma comparação entre riscos e vantagens envolvidos na adoção do instituto, que podem variar, dependendo do contexto histórico e das tradições jurídicas e políticas de cada sociedade*.³⁵¹

³⁴⁹ Souza Neto, Cláudio Pereira de, *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. – Belo Horizonte: Fórum 2012.

³⁵⁰ Brandão, Rodrigo *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012 p. 23.

³⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio de Souza Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 446.

Neste contexto, em que a supremacia judicial é encarada tal como efetivamente é, ou seja, como uma das opções possíveis sobre o desenho institucional do Estado e que pode não ser adotada sem prejuízo à supremacia da Constituição, pode-se compreender o debate – já consolidado nos Estados Unidos – acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

Os argumentos contrários à jurisdição constitucional se centram na dificuldade contra majoritária. Esta dificuldade se centra no fato de que quando Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela.³⁵²

Rodrigo Brandão categorizou as críticas formuladas no cenário norte-americano como (i) críticas institucionais; (ii) críticas democráticas; e (iii) críticas formuladas pelo constitucionalismo popular³⁵³.

As críticas institucionais tem por base uma desconstrução da ideia de que as decisões judiciais são proferidas por juízes Hércules, de Dworkin³⁵⁴. Esta crítica se centra na defesa da ideia de que o Judiciário pode não deter as melhores capacidades institucionais para decidir questões constitucionais, notadamente aquelas complexas e que envolvam desacordo moral razoável. Isto porque os juízes não detêm todo o tempo e conhecimento específico necessário para tratar de todos os temas altamente complexos que muitas vezes lhe são apresentados.

Além disso, por proferirem suas decisões no âmbito de casos concretos com partes definidas, os juízes em regra não teriam instrumentos para de aferir adequadamente os efeitos sistêmicos de sua decisão. Com base nestas críticas, Sustain e Vermeulle defenderão que, em regra, as decisões judiciais sejam minimalistas em casos altamente complexos³⁵⁵.

As críticas democráticas se centram na já apresentada dificuldade contra majoritária, considerando que o controle judicial de constitucionalidade seria antidemocrático por permitir

³⁵² BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-23

³⁵³ BRANDÃO, Rodrigo *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012 p.138.

³⁵⁴ A figura do juiz Hércules, criada por DWORKIN, personifica as qualidades excepcionais de que deve ser dotado o juiz para reconstruir, com coerência, o direito vigente, em cada caso, para que seja tomada a melhor decisão possível amparada na leitura moral dos princípios

³⁵⁵ V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and institutions, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*. University of Chicago Law School, 2002

que juízes não eleitos democraticamente invalidem atos praticados pelos agentes eleitos pelo povo.

Um dos principais críticos da jurisdição constitucional, Jeremy Waldron, destaca o profundo desacordo na interpretação do conteúdo moral dos direitos individuais, ao qual estariam sujeitos também os juízes. Este autor defende que, se todos os processos de escolha realizados em uma sociedade plural estão sujeitos a resultados injustos o democrático deverá ser o escolhido. Isto porque o sistema de deliberação majoritária assegura que o povo em geral se sujeite aos próprios erros e que todos os indivíduos tenham igual participação no processo político³⁵⁶.

Assim, a jurisdição constitucional não poderia prevalecer por ser antidemocrática, na medida em que permite que juízes em profundo desacordo moral sobre direitos definam seu conteúdo de forma definitiva para a sociedade em geral.

Por fim, a terceira ordem de argumentos contrários à jurisdição constitucional é aquela produzida pelo dito constitucionalismo popular e que preconiza a retirada da interpretação constitucional do âmbito das cortes e sua devolução ao povo e a seus representantes, com fundamento na soberania popular.

Em nosso entendimento, não há como negar que a relação entre democracia e jurisdição constitucional é marcada por, nas palavras de Sarmiento e Cláudio Pereira Neto, uma tensão sinérgica. A tensão decorrendo do fato de que a jurisdição constitucional efetivamente retira da esfera da disponibilidade das maiorias certas decisões políticas e a sinergia advindo do fato de que o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia³⁵⁷.

Como se vê, as críticas vêm sendo formuladas de forma contundente nos Estados Unidos, sendo necessário destacar sua produção se dá em um contexto específico, a saber, um cenário em que o Poder Judiciário tem evitado reformas progressistas pretendidas por agentes democraticamente eleitos e atuado de forma menos protetiva aos direitos das minorias do que o Legislativo e o Executivo.

³⁵⁶ V. WALDRON, Jeremy, The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*. New Haven, 2006, v. 115, n. 6, p. 1340 e ss.

³⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio de Souza Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 448.

Não se pode descontextualizar, portanto, as críticas dos autores que elaboram sua produção acadêmica nos Estados Unidos, sob pena de trazer para o cenário político-jurídico brasileiro fantasmas que não nos são próprios. O Judiciário brasileiro, em regra, tem desempenhado adequadamente o papel de defensor dos direitos das minorias e não atua de forma contramajoritária em temas afetos aos aspectos centrais do projeto político que os poderes eleitos democraticamente pretendem desenvolver.

Além disso, é importante ressaltar que a *judicial review* não tem assento constitucional nos Estados Unidos, enquanto o controle judicial de constitucionalidade foi expressamente tutelado pelo constituinte originário brasileiro. Assim, muitos dos debates acadêmicos que lá se travam não tem efeitos práticos no Brasil, onde a opção política pelo controle judicial de constitucionalidade já foi feita.

Uma vez analisadas e contextualizadas as críticas formuladas à jurisdição constitucional, cumpre-nos apresentar os fundamentos teóricos e filosóficos para sua legitimação. Estes argumentos, largamente difundidos na doutrina brasileira, visam em sua maioria superar a principal crítica à supremacia judicial, qual seja, a chamada dificuldade contramajoritária.

O primeiro destes argumentos que merece destaque consiste³⁵⁸ na negativa da premissa de que o Poder Judiciário atue contra a vontade da maioria popular ao realizá-lo, sob o fundamento de que o Judiciário julga em sintonia com a opinião pública, nem sempre adequadamente representada no Legislativo

Outro ponto comumente destacado é a chamada democratização da jurisdição constitucional – materializada pela ampliação do rol de legitimados ativos para proposição de ações diretas e pela incorporação no processo constitucional da figura do *amicus curiae* – que seria apta a superar a já mencionada dificuldade contramajoritária;

Adotando outra linha de argumentação, sustenta-se a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade sob o fundamento de que a democracia não se circunscreve à mera prevalência de vontades da maioria, mas envolve também, necessariamente, o respeito a direitos fundamentais e valores democráticos. Ao possibilitar a

³⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio de Souza Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 34.

proteção destes últimos, a jurisdição constitucional seria perfeitamente compatível com a democracia. Neste sentido, por todos, veja-se a síntese de Luís Roberto Barroso³⁵⁹:

“(...) a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.”

Por fim, cabe destacar que alguns autores têm defendido que a legitimação democrática das decisões políticas pode não mais repousar apenas na manifestação das majorias e que a democratização da jurisdição constitucional a teria tornado uma instância de representação argumentativa da sociedade brasileira³⁶⁰. Além disso, especificamente no contexto político brasileiro, o Poder Judiciário tem se apresentado como o *locus* mais adequado para a discussão de direitos civis de minorias, o que também se constata na questão do aborto, conforme se demonstrará.

4.3 Fundamentos para a legitimação da jurisdição constitucional no debate sobre o aborto: presidencialismo de coalizção e a paralisia decisória do Poder Legislativo.

No debate sobre a legitimidade da decisão, no âmbito do Judiciário, de temas politicamente relevantes e/ou moralmente divisivos, como o aborto, dois outros fatores devem ser enfrentados: (i) em que medida a organização política do Brasil acaba por incentivar a utilização da jurisdição constitucional como a via adequada para obtenção da concretização dos direitos fundamentais; e, conexamente, (ii) a paralisia decisória como fator de legitimação da jurisdição constitucional e da tomada de decisões políticas relevantes pelo Poder Judiciário.

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.10.2012.

³⁶⁰ MENDONÇA, Eduardo, A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. Artigo cedido pelo autor no âmbito da disciplina de Interpretação Constitucional do Mestrado em Direito Público da UERJ, 2012.

Inicialmente há que se perquirir em que medida a realidade democrática brasileira reforça o deslocamento do eixo de representatividade da comunidade, retirando-a do campo eletivo e inserindo-a no campo funcional, próprio do Poder Judiciário³⁶¹.

Pois bem. Desde a promulgação da Constituição de 1988 o modelo político adotado, que mesclava um sistema presidencialista com um pluripartidarismo com baixo nível de institucionalização e marcado pela heterogeneidade ideológica foi objeto de sérias dúvidas quanto à sua viabilidade³⁶². Os contornos institucionais da Carta de 1988, ao estabelecerem mecanismos que asseguram celeridade no tratamento das questões encaminhadas ao Congresso Nacional e, assim, permitem o controle da agenda do Legislativo pelo Executivo e conferiram ao Executivo preponderância no papel de criar leis, materializando o chamado presidencialismo de coalizão já brevemente apresentado no item 4.2 deste trabalho. Sobre o tema, veja-se:³⁶³

“Os dados arrolados demonstram que, sob a Constituição de 1988, o Executivo se constituiu no principal legislador de *jure* e de fato. O principal argumento é que essa preponderância legislativa do Executivo decorre diretamente de sua capacidade, garantida constitucionalmente, de controlar a agenda — o timing e o conteúdo — dos trabalhos legislativos. Os mecanismos constitucionais que ampliam os poderes legislativos do presidente — ou seja, a extensão da exclusividade de iniciativa, o poder de editar medidas provisórias com força de lei e a faculdade de solicitar urgência para os seus projetos —, estabelecidos pelas reformas constitucionais militares e ratificados pela Constituição de 1988, não só lhe permitem definir a agenda legislativa, mas o colocam em posição estratégica para a aprovação de seus projetos. Argumentamos ainda que as normas que regulam a distribuição de direitos e recursos parlamentares dão origem a um padrão altamente centralizado de organização do Congresso que se harmoniza com o papel preponderante do Executivo. Além disso, mostramos que o eixo a estruturar esse padrão centralizado são, por força regimental, os partidos políticos.”

A possibilidade de governos de coalizão se formarem sob o presidencialismo, apesar de objeto de divergência doutrinária³⁶⁴, vem sendo utilizada consistentemente pela ciência

³⁶¹ VERISSIMO, Marcos Paulo A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e Ativismo judicial "à brasileira" in Revista de Direito GV v. 4, n.2 (2008).

³⁶² LIMONGI, Fernando e FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional / — 2ª ed. — Rio de Janeiro : Editora FGV, 2001 p. 20.

³⁶³ LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001. Op. Cit. p. 11.

³⁶⁴ Aqueles que entendem que não há lugar para um governo de coalizão sob o sistema presidencialista apresentam dois argumentos principais, a saber: (i) “Os presidentes dispõem de um mandato popular independente, e o mais provável é que relutem em ceder o grau de poder que é necessário para instigar um partido de oposição a aderir a uma coalizão legislativa. Isso se deve à independência dos presidentes como autoridades eleitas nacionalmente, o que freqüentemente os leva a superestimar seu poder”; e (ii): “Os partidos (ou partido) de oposição mais importantes em geral vêem o Executivo como o único responsável pelo desempenho do governo. Por isso relutam muito em fazer qualquer coisa que ajude o governo a ser bem-sucedido. É comum adotarem uma

política brasileira na análise do comportamento político do Legislativo brasileiro³⁶⁵. Diversos autores têm assinalado que se constituiu no Brasil o chamado presidencialismo de coalisão, que se caracteriza pelo estabelecimento de alianças entre Executivo e Legislativo em prol da governabilidade, fazendo com que o sistema nacional apresente semelhanças com o sistema parlamentarista³⁶⁶.

Pois bem. Ocorre que esta forma de conferir governabilidade ao modelo presidencialista brasileiro, além de, como já visto³⁶⁷, retirar os incentivos para o tratamento de temas moralmente divisivos pelo Executivo, acaba por acarretar um esvaziamento da representatividade do Poder Legislativo, uma vez que este é cooptado e fica submetido aos projetos econômicos, sociais e políticos da Administração, terminando por fechar-se às expectativas e demandas do tecido social³⁶⁸.

Além da já referida debilidade de nosso sistema partidário, o modo pelo qual se realiza o financiamento de campanhas – aberto à manipulação e ao controle econômico – são mazelas que tendem a minar a confiança da população nesta forma de representação, afastando representantes de seus representados³⁶⁹.

política de oposição cega que tem por objetivo último levar o governo ao fracasso, na esperança de que um de seus líderes partidários possa vencer as próximas eleições presidenciais” (Ver JONES, Mark P. (1995), *Electoral Laws and the Survival of Presidential Democracies*. Notre Dame, Notre Dame University Press.).

³⁶⁵ Na ciência política brasileira tem prevalecido a tese de que não só pode se formar um governo de coalização sob o presidencialismo, como esta é a situação política que se constata no Brasil. Sobre as respostas aos argumentos dos que sustentam que não há espaço para um governo de coalização no presidencialismo, veja-se LINZ, Juan J. Democracy, Presidential or Parliamentary: Does It Make a Difference? In: Linz e Valenzuela (1994) p. 3-87. No Brasil, LIMONGI e FIGUEIREDO sustentam que não há uma lógica inexorável que impeça presidentes de procurarem uma coalizão, sendo certo que o entendimento de que isto não ocorreria na prática parte de uma pressuposição de que os presidentes em geral cometem o equívoco de superestimar seu poder; Em síntese, os autores pensam que os argumentos usualmente invocados para desconsiderar a possibilidade de governos de coalizão sob presidencialismo não são convincentes porque exageram as diferenças entre as duas formas de governo, presidencialismo e parlamentarismo, pretendendo mostrar que a lógica do primeiro é radicalmente diversa da do segundo.

³⁶⁶ Sobre o presidencialismo de coalizão e as similitudes entre os governos presidencialistas e parlamentaristas, sob a perspectiva prática, veja-se: BENEVIDES, Maria Victória M. *Reforma Política e Cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, ARANTES, Rogério B., *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo, Idesp, 1997 e LIMONGI, Fernando e FIGUEIREDO, Argelina “Apoio partidário no presidencialismo”. Rio de Janeiro, *Monitor Público*, nº 8, janeiro/março, 1996.

³⁶⁷ Vide item 4.2 do presente trabalho.

³⁶⁸ WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. *Dados*, v. 48, n. 4, p. 780, 2005.

³⁶⁹ FARO DE CASTRO, Marcus. The Courts, Law, and Democracy in Brazil. *International Social Science Journal*, v. 49, n. 152, p. 241-252, 1997. Ver também WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. Op. Cit. p. 779)

A este cenário político se soma um cenário social de apatia e descrença generalizada do cidadão em relação à política e à coisa pública e a influência do poder econômico nas eleições, que acabam por segregar decisivamente representantes e representados, *minando a crença de que os primeiros vocalizariam na esfera pública a vontade dos segundos*. É neste contexto que se insere o reconhecimento do *déficit* democrático enfrentado atualmente pelas instituições representativas³⁷⁰.

É inegável, ainda, que instituições politicamente legitimadas optam por não se pronunciar sobre temas altamente controvertidos na sociedade, temendo que uma manifestação clara de posição em temas moralmente divisivos lhes causem danos no processo eleitoral.³⁷¹ Em temas nos quais se verifica profunda polarização, como a descriminalização do aborto, há um desestímulo à manifestação dos poderes eleitoralmente legitimados. Isto na medida em que a tomada de qualquer decisão desagradará fortemente aqueles que se vinculam à posição contrária e não necessariamente atrairá os votos daqueles que aderem à posição privilegiada³⁷²

É neste contexto que se constata uma verdadeira paralisia decisória no Legislativo, agravada no caso do aborto pela grande bancada religiosa que atualmente atua no Congresso Nacional, suficiente para barrar qualquer tentativa de aprovação de leis tidas por liberais, como as que tratam de direitos dos homossexuais e das mulheres³⁷³.

Neste cenário de enfraquecimento do Poder Legislativo, verificado não só no Brasil, mas no mundo, e agravado no cenário nacional pelos fatores acima elencados, a política – entendida como concretização dos direitos fundamentais – passa a ser definida

³⁷⁰ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial...” Op. Cit. p.560.

³⁷¹ TATE C.N., VALLINDER, T e WESTHEIDER, J. The expansion of judicial power, Op. Cit. (1997) p. 32.

³⁷² BRANDÃO, Rodrigo A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro, Revista de Direito Administrativo da FGV v. 263 (2013) p. 191.

³⁷³ Segundo dados da própria Frente Parlamentar Evangélica, nas eleições de 2010, a bancada cresceu de 46 deputados (9% do total da Casa) para 68 deputados (13,2% do total), um crescimento de mais de 50%, se comparado ao tamanho da bancada no mandato anterior. No Senado, a bancada conta atualmente com 3 representantes: Walter Pinheiro (PT-BA), Magno Malta (PR-ES) e o bispo Marcelo Crivella (PR-RJ). A bancada evangélica tem feito o monitoramento de 368 projetos da Câmara e do Senado, a maioria referente a questões de direitos individuais, e agido não de acordo com o programa dos seus partidos, legalmente constituídos e pelos quais foram eleitos, mas sim pelas orientações religiosas a que professam.

em grande parte pelo Judiciário, tomado como uma arena de interlocução no âmbito do qual se encontram diversos canais institucionais condutores de demandas sociais³⁷⁴

Assim, o contexto político brasileiro acima apresentado acaba por legitimar contingencialmente a atuação do Poder Judiciário – notadamente nos casos em que se constata uma paralisia decisória dos demais poderes e que a omissão decorrente desta paralisia acarrete, na prática, violações aos direitos fundamentais do indivíduo.

4.4 A atuação do poder judiciário no debate sobre aborto: legitimidade e limites

A despeito da movimentação no âmbito do Poder Legislativo quer buscando restringir as hipóteses de aborto legal, quer visando a legalização da interrupção voluntária de gravidez, não se pode negar que o Judiciário pode e, no nosso entendimento, deve atuar na delimitação dos espaços de atuação do legislador tendo como base a Constituição Federal de 1988.

Isto porque, mesmo em uma democracia constitucional e deliberativa – onde as leis em geral tenderão a respeitar e a promover os direitos e garantias individuais – é inegável que os agentes políticos eleitos democraticamente eventualmente poderão editar leis em desconformidade com os valores fundamentais da Constituição. Ou ainda, poderão com sua omissão – decorrente da paralisia identificada no item anterior - deixar de tratar de questões e por esta (ausência de) conduta, violar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Em um cenário como este entendemos como legítimo e adequado o exercício da jurisdição constitucional, que agiria não de forma antidemocrática, mas em observância ao disposto pelo constituinte originário, com a finalidade de resguardar os pressupostos da própria democracia. Isto porque quando o Judiciário assegura os direitos fundamentais contra as arbitrariedades e os descasos das maiorias políticas ocasionais ele está tutelando os pressupostos para o funcionamento da democracia e assegurando as condições para que os cidadãos possam ser agentes morais independentes e não atuando contra ela³⁷⁵.

O Judiciário é, portanto, um protagonista nas democracias constitucionais contemporâneas no cenário mundial e, mais especificamente, no Brasil onde a previsão de controle judicial de constitucionalidade, o amplo rol de legitimados para a propositura de

³⁷⁴ XIMENES, 2010, Op. Cit.p. 102

³⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático In Maria Helena Rodriguez (org) *Os Direitos Sociais: Uma questão de direito* Rio de Janeiro: fase, 2004, pp.13-18.

ações diretas e um texto constitucional analítico tornaram-no praticamente ubíquo nas decisões políticas centrais do país³⁷⁶.

Isto não importa, entretanto, que o Judiciário deva impor seu entendimento aos Poderes eleitos democraticamente, sendo certo que a melhor postura é a auto-contenção e o minimalismo judicial³⁷⁷ na decisão de casos complexos. Isto para não tensionar demasiadamente a relação com a democracia ou gerar retaliações que fatalmente surgiriam caso o Judiciário insistisse em adotar decisões contramajoritárias reiteradamente.

Entretanto, a despeito desta priorização da auto-contenção acima defendida, o Judiciário não pode olvidar que em situações de violação à direitos e garantias individuais ou dos pressupostos substantivos da democracia, estará plenamente legitimado a atuar de forma contramajoritária. Nem pode deixar de adjudicar direitos sociais como o direito à saúde, diretamente inserido no contexto do debate sobre o aborto.

A legitimidade do Judiciário para atuar no debate sobre o aborto no Brasil é, portanto, contingencial. Decorre do cenário político constatado e apresentado ao longo de todo o estudo e seus reflexos nos direitos fundamentais das mulheres.

Além disso, o Judiciário detém também a chamada legitimidade argumentativa para tratar do tema, de acordo com a tese defendida pelo filósofo alemão Alexy e que preconiza que a conexão com o povo não deve ser unicamente determinada por *decisões expressas, eleições e votos, mas também por argumentos*³⁷⁸. Assim o Supremo Tribunal Federal também atuaria de forma representativa ao julgar os casos que lhe são submetidos, porém em um cenário de representação argumentativa, ou seja, baseada em fundamentação de suas decisões.

No que se refere especificamente ao Poder Judiciário a necessidade constitucionalmente prevista de fundamentação se soma à estreita vinculação às razões públicas. Isto porque o fato de os magistrados não serem escolhidos democraticamente torna ilegítima eventual tentativa de invalidar decisões políticas de representantes eleitos pelo povo

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>, consulta em 25.03.2013.

³⁷⁷ Sobre o minimalismo judicial, vide SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. Interpretation and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*. University of Chicago Law School, 2002.

³⁷⁸ Alexy, Robert - Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), *A Constitucionalização do Direito - Fundamentos teóricos e aplicações específicas*, 2007, p. 302.

com base em doutrinas abrangentes eventualmente por eles adotadas ou de impor aos jurisdicionados sua cosmovisão pessoal.

Aqui não haveria de se falar em violação da liberdade de expressão ou de consciência – críticas comumente dirigidas à ideia de exigir a vinculação de particulares ao uso público da razão no debate público –, uma vez que o juiz não é investido da função de julgar para expressar sentimentos pessoais ou impor escolhas de sua consciência. Deve, ao contrário, (i) atuar buscando a aplicação das regras jurídicas já existentes para o tratamento da questão moralmente controversada, sendo tão deferente quanto possível às opções políticas legítimas efetivadas pelos representantes eleitos pelo povo, conforme desenvolvido acima; e (ii) demonstrar em sua fundamentação que a decisão proferida se pauta em análise e interpretação racionais das normas em vigor.

Neste ponto fica clara a grande virtude da jurisdição constitucional, que é inserir no debate público e submeter ao crivo da opinião pública os fundamentos das decisões que profere, o que não é exigido do Legislativo. E mais: no cenário político brasileiro – onde muitas posições políticas ainda são justificadas com base em doutrinas abrangentes e argumentos religiosos – o Judiciário passa a deter uma vantagem comparativa relevante para enfrentar a questão do aborto, notadamente porque conduz o debate público sobre o tema observando a legislação em vigor e a ordem constitucional estabelecida pela Constituição de 1988, mas deverá atuar exclusivamente com recurso a razões públicas e admitindo a participação da sociedade civil. Suas decisões estariam, portanto, legitimadas democraticamente não pela via da legitimação política, mas pela via argumentativa.

Este o entendimento defendido por Gilmar Mendes em no voto proferido na ADI 3.510. Confira-se:

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma casa do povo, tal como o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidas os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público como representante de toda a sociedade perante o Tribunal e das advocacias pública e privadas, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democrática.

Ressalto, neste ponto, que , tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente.”³⁷⁹

A despeito das virtudes do debate público que se realiza no Judiciário quando inseridos elementos que aumentam a permeabilidade aos argumentos da sociedade civil, este não substitui ou se sobrepõe aos debates e deliberações empreendidos pelos representantes políticos do povo. Por isso, acreditamos que o melhor caminho não é o de extremos, mas a adoção de posições intermediárias sobre a supremacia judicial.

Assim, principalmente em temas moralmente divisivos como o aborto, consideramos que deve prevalecer o diálogo institucional entre Judiciário e os demais poderes, notadamente porque nestes casos se verifica desacordo moral razoável. Nestes casos, as decisões do Judiciário devem ser encaradas como parte de um diálogo incessante entre os poderes e deverão observar os seguintes parâmetros: (i) deferência às opções legítimas realizadas pelo Legislativo, isto é, àquelas que não importem em violação frontal à Constituição da República; (ii) priorizar opção por decisões minimalistas em casos complexos em que se verifique a existência de desacordo moral razoável ; e (iii) fundamentação mediante o uso de argumentos de razão pública.

No caso específico do aborto, cabe notar que a despeito de a Constituição de 1988 não trazer norma explícita permissiva ou proibitiva sobre o aborto, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais nela contidos devem nortear o equacionamento da questão do aborto no país. Assim, não há como afastar a necessidade de interpretação do Código Penal de 1940 à luz da Constituição da República de 1988, centro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o tema, confira-se o entendimento de Daniel Sarmento:

*“Neste contexto, parece evidente que é sobretudo na Constituição que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido à questão da interrupção voluntária de gravidez no Brasil. É certo que, numa democracia, existe um espaço próprio para que o legislador, como representante do povo, decida sobre questões controvertidas como o aborto. Mas este espaço não é infinito. Ele está emoldurado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais que esta garante”*³⁸⁰

³⁷⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.510/DF, p. 598/600.

³⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01.04.2013.

Neste cenário e diante de todo sustentado no que se refere à legitimidade do Judiciário para atuação em defesa do direito de minorias e à legitimação argumentativa, parece-nos adequado sustentar sua atuação como legítima a atuação do Judiciário no debate sobre o aborto, cabendo-lhe estabelecer limites e parâmetros para a atuação do legislador, através de exercício de ponderação entre os direitos da mulher, notadamente o direito à saúde, à igualdade e à autonomia reprodutiva e o direito à proteção da potencialidade da vida do feto.

Neste contexto, o Judiciário está legitimado a tratar da questão do aborto e deverá fazê-lo através de uma análise de compatibilidade entre o art. 124 do Código Penal e a Constituição de 1988. Cabe lembrar que a Constituição, quando entra em vigor, revoga tacitamente o ordenamento jurídico que se mostre com ele incompatível, recepcionando apenas as normas que se adequem às regras, princípios e valores previstos na nova Constituição.

A ponderação exigida – conforme já explicitado na conclusão parcial apresentada no capítulo 3 do presente estudo – terá necessariamente como produto o reconhecimento de que a criminalização do aborto na forma efetivada no país é incompatível com a ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988, na medida em que estabeleceu uma prevalência absoluta do direito à vida do feto. Esta prevalência poderia ser considerada razoável no momento histórico e político da edição do Código Penal, mas decerto não é compatível com uma Constituição que tem em seu cerne o princípio da dignidade da pessoa humana e que estabeleceu como direitos fundamentais o direito à igualdade entre homens e mulheres, o direito à liberdade, o direito à privacidade e o direito à saúde, dentre outros já mencionados no presente estudo.

Na medida em que se demonstrou ao longo do trabalho que a dignidade da pessoa humana não pode ser adequadamente assegurada às mulheres sem que se lhes assegure a integridade física, a autonomia quanto as decisões referentes ao seu próprio corpo e às suas escolhas existenciais, há que se reconhecer que a criminalização do aborto não é compatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988.

Assim, em um contexto de necessidade de assegurar aos indivíduos o respeito a seus direitos fundamentais e a sua dignidade, entendemos que o Judiciário pode – e deve – reconhecer que o art. 124 do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição de 1988. E mais: deve assegurar o acesso ao procedimento de aborto no âmbito da rede pública de saúde,

em observância ao direito à saúde elencado na Constituição, notadamente porque – conforme restou demonstrado ao longo do presente trabalho e é expressamente reconhecido por diversos organismos internacionais de defesa dos direitos humano, o aborto é uma questão de saúde pública.

Esta medida é uma imposição constitucional também porque é imprescindível para assegurar a mulheres pobres o direito à igualdade, de forma que possam interromper gestações indesejadas em condições sanitárias adequadas e, desta forma, ter sua saúde e integridade física asseguradas.

Cabe ao Judiciário, portanto, efetivar a descriminalização do aborto através do reconhecimento da não recepção do art. 124 do Código Penal pela Constituição da República. Esta descriminalização acarretará, de forma imediata, um dever do Executivo de regulamentar as condições de realização do procedimento de aborto no Sistema Único de Saúde. A omissão no cumprimento deste mister, dará azo a adjudicação judicial do direito à saúde e a prolatação de decisões que determinem a realização dos procedimentos no âmbito do SUS, conferindo ao direito eficácia imediata conforme preconizado no art. 5º, § primeiro, da Constituição Federal.

Contudo, considerando todo o exposto acerca dos limites à atuação judicial, do princípio da separação de poderes e da necessidade de auto-contenção do Judiciário, principalmente ao tratar de temas moralmente divisivos, entendemos que caberá ao Legislativo estabelecer leis que regulem o exercício do direito ao aborto pelas mulheres brasileiras. Neste contexto, entendemos que o Legislativo poderá, por exemplo, estabelecer a necessidade de períodos de espera³⁸¹, de submissão à palestras de planejamento familiar após o procedimento, de autorização dos pais para efetivação de aborto por menores, dentre outros parâmetros.

Note-se, contudo, que consideramos que o direito ao aborto é uma exigência constitucional para atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dele decorrem. Assim, a esfera de deliberação do Legislativo se circunscreverá à fixação de parâmetros e condições razoáveis para sua efetivação, sem

³⁸¹ Os chamados períodos de espera correspondem à fixação de um prazo mínimo entre a manifestação da vontade da mulher de realizar um aborto e sua efetivação pelo sistema público de saúde. Alguns autores criticam a fixação deste período de espera porque eles reforçariam o estereótipo negativo de que as mulheres muitas vezes fazem abortos irrefletidos e que força-las a pensar sobre o tema pode evitar a realização do procedimento. Sobre os períodos de espera – adotados em vários países europeus, como no caso de Portugal (Veja-se: TAVARES, S. B. A despenalização /descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil.)

impedir, na prática, o acesso ao direito ao aborto ou tornar seu acesso dificultoso para as mulheres. É certo, ainda, que esta legislação sobre o aborto estaria sujeita ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, como, de resto, todas as leis promulgadas no país.

CONCLUSÃO

A análise do tratamento conferido ao aborto no âmbito do direito comparado e nos regulamentos e decisões de organismos internacionais permitiu a constatação de que (i) uma tendência de descriminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez; (ii) prevalência de descriminalização do aborto pelo Poder Legislativo; (iii) a atuação do Judiciário no debate sobre o aborto quer para liberalizá-lo (como nos casos de Estados Unidos e Colômbia), quer para fixar parâmetros para as leis que descriminalizam o aborto (situação verificada na Alemanha) ou para declarar sua compatibilidade com uma ordem constitucional que tutela a dignidade da pessoa humana e o direito á vida (hipótese de Portugal).

No cenário brasileiro, verificou-se que o tratamento do aborto pelo Legislativo, como de resto o de todas as questões relacionadas a temas moralmente divisivos, encontra-se absolutamente paralisada. Como visto, desde a promulgação da Constituição de 1988, o tema foi suscitado tanto com viés de endurecimento da criminalização quanto com propostas de descriminalização sem, contudo, que a questão avance ou efetivamente seja debatida em plenário.

A atuação do Executivo foi apresentada, demonstrando-se que – ao longo das últimas décadas – diversas medidas foram adotadas para efetiva viabilização do acesso ao aborto legal. A despeito disso, o recente passo atrás na inclusão do procedimento de aborto nas hipóteses autorizadas por lei na tabela do Sistema único de Saúde demonstra a grande influência que as bancadas religiosas têm no tratamento da questão do aborto no país e evidenciam falhas na efetivação do princípio da laicidade estatal.

O papel atual desempenhado pelo Judiciário foi apresentado em seguida, tendo sido destacado que sua atuação no debate sobre o aborto tem se cingido ao julgamento criminal dos casos de aborto provocado e à apreciação de pedidos de aborto legal, quer nas hipóteses autorizativas do aborto expressamente previstas no art. 128 do Código Penal, quer na análise de pedidos de autorização para aborto de fetos que possuam malformações incompatíveis com a vida extra-uterina.

A contextualização da problemática do aborto na mídia demonstrou a ampliação no debate sobre o aborto na imprensa do Brasil, com a inserção do tema em editorias diversas como ciência, saúde, política nacional e internacional³⁸². Restou claro, porém, que a mídia

³⁸² Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In : Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001 p. 147

imprensa brasileira, de maneira geral, ainda ignora a figura da mulher como o personagem central no debate sobre o aborto, situando-o no âmbito da moralidade religiosa e da política nacional ao invés de enfocá-lo sob o prisma da saúde e dos direitos reprodutivos das mulheres³⁸³.

Foi identificado um reforço da polarização das posições contra e a favor do aborto na mídia. Os argumentos contrários à legalização do aborto ou à ampliação das hipóteses de aborto legal se centram na alegação de que a vida humana se inicia na concepção e que, portanto, o aborto equivaleria a um homicídio. Os argumentos contrários suscitados na mídia, por sua vez, foram no sentido de que a inviolabilidade da vida não equivale à proteção do direito à vida desde a concepção, tendo sido destacado a necessidade de observância às recomendações dos programas de ação adotados no Cairo e em Pequim, das quais o Brasil é signatário e a inserção do aborto no âmbito na defesa dos direitos humanos das mulheres, dos direitos individuais, da livre decisão, da garantia do cumprimento da lei nos casos em que o aborto é permitido e a educação sexual.

Com a contextualização da questão nos cenários internacional e nacional, passou-se à análise específica do aborto no âmbito da ordem constitucional brasileira. Neste contexto, se verificou que diante das significativas mudanças no constitucionalismo brasileiro, notadamente da ascensão da Constituição de 1988 ao centro axiológico do ordenamento jurídico não há como sustentar que os artigos do Código Penal referentes ao aborto não possam ser submetidos à filtragem constitucional mediante ponderação

Analisando a questão do aborto sob o viés do valor intrínseco da pessoa humana verificou-se que o aborto representa uma colisão entre direitos fundamentais. De um lado o direito à vida do feto e, por outro lado, o direito à integridade física e mental da mulher e o seu poder de controlar seu próprio corpo, bem como o direito à igualdade de gênero e entre as próprias mulheres.

Efetivando a análise sob o viés da autonomia, também elemento da dignidade da pessoa humana, concluiu-se que é parte indissociável do direito fundamental à liberdade e à autonomia assegurar aos indivíduos a possibilidade de fazer escolhas básicas sobre suas vidas bem como que a escolha sobre ter ou não filhos e quando tê-los se insere no feixe de escolhas que devem ser asseguradas aos indivíduos em geral e às mulheres em particular. Além disso,

³⁸³ Diniz, Debora e Damasceno, Ana Paula, Mulheres Mídia e Aborto in *SérieAnis* 20, Brasília, LetrasLivres, 1-8, maio, 2001.

se demonstrou que impedir uma mulher de decidir sobre a continuidade de um processo que se dá dentro de seu próprio corpo importaria em inegável violação ao seu direito à privacidade³⁸⁴.

Além disso, analisando a questão do aborto sob a ótica dos direitos à saúde, restou demonstrado que é a criminalização do procedimento que faz com que este consubstancie um efetivo risco à saúde das mulheres. Esta constatação – aliada ao enquadramento da questão de abortos inseguros como tema de saúde pública pelos organismos internacionais e pela doutrina médica no país – leva à conclusão que a descriminalização do aborto e a promoção de seu acesso em condições sanitárias adequadas àquelas que mulheres que optarem por sua realização é um desdobramento necessário do direito à saúde assegurado pela Constituição.

Ante todo o exposto, demonstrou-se que compelir uma mulher a prosseguir com uma gravidez que ela não deseja, importaria em transformá-la em instrumento de satisfação da vontade de terceiros e não trata-la como um fim em si mesmo. E isto seria incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, constatou-se que no caso do aborto tem-se como colidentes, de um lado o direito à vida do feto e de outro um feixe de direitos das mulheres, dentre eles o direito à integridade física, à igualdade, à liberdade e autonomia reprodutiva e à privacidade, bem como seu direito à saúde.

Assim, concluiu-se que um exercício de ponderação que considere (i) a magnitude e a extensão dos direitos fundamentais envolvidos; (ii) os impactos da criminalização e seus efeitos práticos reduzidos para prevenir a prática de abortos; e (iii) o fato de a questão versar sobre um tema moralmente divisivo, cuja análise depende da adesão à uma concepção específica sobre o que torna a vida sagrada e que não deve ser universalizada em uma sociedade laica e marcada pelo pluralismo, acaba por impor a relativização do direito à vida do feto em seus estágios iniciais de desenvolvimento.

No ponto, cabe ressaltar que este limite temporal deve ser estabelecido e é decisivo, não só porque a ética do aborto é mais difícil de ser sustentada quando o feto tem alguma consciência, mas porque uma proteção mínima do direito à vida intrauterina impõe que esta seja mais fortemente tutelada à medida em que a gravidez se desenrola. Assim, a autorização do aborto sem limitação temporal violaria o núcleo essencial do direito à vida do feto e isto não pode ser admitido como produto da ponderação.

Por esta razão se entendeu razoável a atuação do Judiciário na defesa dos direitos das minorias e dos direitos fundamentais também na questão do aborto, quer estabelecendo limites e parâmetros para a atuação do legislador, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, Colômbia e Alemanha, quer interpretando extensivamente³⁸⁵ as hipóteses de aborto legal, conforme ocorreu na decisão que autorizou a interrupção voluntária de gravidez em caso de anencefalia fetal³⁸⁶, decidida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 54.

Concluiu-se, portanto, que a descriminalização do aborto é uma imposição da ordem constitucional que o Judiciário efetive a descriminalização do aborto através do reconhecimento da não recepção do art. 124 do Código Penal pela Constituição da República.

Ponto importante a se destacar é que esta descriminalização acarretará, de forma imediata, um dever do Executivo de regulamentar as condições de realização do procedimento de aborto no Sistema Único de Saúde. A omissão no cumprimento do direito à saúde das mulheres – materializado no caso pelo direito ao acesso a abortos seguros e efetivados em condições sanitárias adequadas – ensejará a adjudicação judicial deste direito social, conferindo-lhe eficácia imediata conforme preconizado no art. 5º, § primeiro, da Constituição Federal.

Por fim, manifestamo-nos no sentido de que caberá ao Legislativo estabelecer leis que regulem o exercício deste do direito ao aborto pelas mulheres brasileiras. Neste contexto, entendemos que poderá estabelecer o prazo máximo para realização de um aborto legal, a necessidade de períodos de espera, de submissão à palestras de planejamento familiar após o procedimento, de autorização dos pais para efetivação de aborto por menores, dentre outros parâmetros.

³⁸⁵ A interpretação contrária aos interesses de réu em processo sobre aborto é vedada pelo princípio [réu]

³⁸⁶ Sobre o caso da autorização de interrupção voluntária de gravidez em caso de anencefalia fetal diagnosticada regularmente por médicos, tratado na ADPF 54, cabe frisar, pela importância para o tema abordado, que a legalidade do aborto nestes casos foi estabelecida tendo por base (i) a impossibilidade de sobrevivência do feto fora do útero; e (ii) o entendimento de que compelir a mulher a manter a gravidez no caso de anencefalia fetal importaria em tortura e violação à dignidade da mulher.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p 81- 88.

ALEXY, Robert. Alexy, Robert - Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.), A Constitucionalização do Direito - Fundamentos teóricos e aplicações específicas, 2007, p. 302.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia. A questão do ensino religioso nas Escolas Públicas. Belo Horizonte: Argumentum, 2008. P. 82

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1998. p.102 e p.162.

ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979.

BARBOSA, Mariana de Oliveira Lopes. A comunicação popular, o debate e o processo constituinte no Brasil (1977-1988) p. 122

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 120.

_____. A doutrina brasileira da efetividade in Temas de Direito Constitucional, tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 76.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 25.

_____. Temas de Direito Constitucional III. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, pp. 559-581.

_____. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>.

BARSTED, Leila Linhares. Direitos Humanos e descriminalização do aborto. In: Nos limites da vida [...]

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-23

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático In Maria Helena Rodriguez (org) Os Direitos Sociais: Uma questão de direito Rio de Janeiro: fase, 2004, pp.13-18).

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias condições e o caso brasileiro. In: RDA – Revista Brasileira de Direito Administrativo, v.263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

_____. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012 p. 23.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.

CARVALHO, Simone Mendes, Mulheres jovens e o aborto clandestino: uma abordagem sociológica, Fundação Oswaldo Cruz, 2010, disponível em http://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/2570/1/ENSP_Tese_Carvalho_Simone_Mendes.pdf

CASTRO, Rosana Construindo corpo, atribuindo direitos: o embrião como sujeito de direitos no debate legislativo sobre aborto Série Anis, Ano IX, n. 70, p. 1-7, Brasília, Letras Livres, outubro de 2009.

Cecatti et. Al, 2010

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia, p. 345-346.

CHEMERINSKY, Erwin, Constitucional Law – Principles and Policies, p.670

CITTADINO, Gisele. Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História In: Os princípios da Constituição de 1988 p. 104

Comissão de Cidadania e Reprodução. A Pauta Plural do Aborto. In: Olhar Sobre a Mídia. São Paulo. Ano V. Fevereiro de 2001. n. 14/15 p. 147

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, p 11 e ss. (Sarlet, p. 31)

COOLEY, Thomas. Princípios Gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América, traduzido e anotado por Ricardo Rodrigues e Gama, - Campinas: Russell, 2002 p. 221.

CUNHA, Alexandre dos Santos – "A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002" – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Debora e Damasceno, Ana Paula, Mulheres Mídia e Aborto in Série Anis 20, Brasília, Letras Livres, 1-8, maio, 2001.

DWORKIN, Ronald. "The Moral Reading of the Majoritarian Premise". In: Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 01-38.

EMMERICK, Rulian. Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia. Ed. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008, p.57 a 60. p.161 a 166.

FERNANDES, Maíra Costa; Nos limites da vida; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, coord. Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, p. 114

GABIATTI, José Roberto Erbolato. Características das mulheres, frequências, complicações e custos do aborto: suas variações de acordo com a comercialização do misoprostol. Dissertação - Unicamp, 1994.

GINSBURG, Tom. "Constitutional Courts in New Democracies: Understanding Variation in East Asia" 2006 disponível em http://works.bepress.com/tom_ginsburg/6

GLENDON, Mary Ann, Abortion and divorce in Western Law, 1987.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, 2006, v.1, n. 4.

GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realística dos direitos humanos.

_____. Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos, p. 129-168

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira The Oxford handbook of law and politics p. 124- 129.

KENDRIGAN, Mary Lou. Political Equality in a Democratic Society, 1984, p.65-90.

KULCZYCKI, Andrzej. Abortion Policy in Postcommunist Europe: The Conflict in Poland Population and Development Review Vol. 21, No. 3 (Sep., 1995), pp. 471-505

LACERDA, Bruno Amaro. A Dignidade Humana em Giovanni Pico Della Mirandola, Revista Legis Augustus (Revista Jurídica) Vol. 03, nº 1, p. 16-23, setembro de 2010.

LIMONGI E FIGUEIREDO, 2001, P. 19

LIPPMANN, Walter. Opinião Pública. Ed. Vozes, Petrópolis ano??

LOPES, Silvia Regina Pontes Vida humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e de Jurgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil Belo Horizonte, MG : Argumentvm, 2008.p. 186

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn **DEMOCRACIA DELIBERATIVA: SOCIEDADE CIVIL, ESFERA PÚBLICA E INSTITUCIONALIDADE** in CADERNOS DE PESQUISA – PPGSP - UFSC ISSN – 1677-7166)

MACKINNON, Catherine. "Reflections on Sex Equality Under Law". In: 100 *Yale Law Journal*, 1991, 1281- 1316

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Derechos sociales y positivismo jurídico, 1999, p. 57

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Aborto e direito penal. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994 p. 14.

MENDONÇA, Eduardo, A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. Artigo cedido pelo autor no âmbito da disciplina de Interpretação Consitucional do Mestrado em Direito Público da UERJ, 2012.

MILLER, Llana, Sara “México’s Supreme Court upholds abortion law” (<http://www.csmonitor.com/2008/0829/p25s22-woam.html>). Consulta em 10.09.2013.

MIRANDA, Jorge. Manual... vol. IV, p.181 ??

Monteiro & Adesse, 2006??

MORI, Maurizio, A moralidade do aborto. Editora UNB, p. 17 e p. 285.

ORO, Ari Pedro. “A laicidade na América latina: uma apreciação antropológica”. In Roberto Arruda Lorea (org) Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura Normativa das Normas Constitucionais – Notas sobre a Distinção entre princípios e Regras In: Os princípios da Constituição de 1988.

PIMENTEL, Silvia – Derechos reproductivos:avances y nudos/retos – Fragmentos de reflexiones. Breve estudio hecho en colaboración con Valéria Pandjjarjian para servir de base a la ponencia presentada AL III Seminario Regional de CLADEM – Derechos Reproductivos, Derechos Sexuales, Derechos Humanos... -6 de Noviembre de 2001, Lima, Peru.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2007 p.196.

_____. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: Nos limites das vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coord.). Rio de Janeiro:Ed. Lumen Iuris, 2007 p. 65

_____. Integrando a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira: desafios e perspectivas in Temas de Direitos Humanos p. 153-165.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Direito Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 31

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: Nos Limites da Vida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade da Pessoa Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 34.

RAWLS, John. Teoria da Justiça /John Rawls; tradução Álvaro de Vita – Ed. ampl. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011 p. 250.

ROCHA, Maria Isabel Baltar. Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões no parlamento, in Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto org. Maria Betânia Ávila, Ana Paula Portella e Verônica Ferreria Rio de Janeiro: Garamond, 2005

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro.

SANTOS, Beatriz Carneiro. Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy in Revista Brasileira de Ciência política n 7, abril/2012

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 1998, p.73.

_____. Algumas considerações em torno da Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. In: Revista Interesse Público n. 12: 137-191, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 88 In Ingo Wolfgang Sarlet: O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 129-173

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª edição. Editora Lumen Juris. pag. 105-106.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acessos em 28.03.2013 e 01.04.2013.

_____. Livres e Iguais. Ano?? p. 127

SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. Fortune, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. California Law Review, out.2004, n. 92, p. 1446.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. Intepretation and institutions, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28. University of Chicago Law School, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor Supremo da Democracia. Revista de Direito Administrativo p. 92.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. p. 591.

SINGH et al 1999; Grimes et al. 2006 ??

SOUZA NETO, Cláudio de Souza Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 23.

TALIB, Rosângela Aparecida. Dossiê: serviço de aborto legal em hospitais públicos brasileiros (1989-2004). São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2005 p. 20. <http://www.catolicasonline.org.br/uploads/dossi%C3%AA%20aborto%20legal%20-%20rvf.pdf>

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). The global expansion of judicial Power. New York: New York University Press, 1995, p. 117.

TRIBE, Laurence H. Abortion: the clash of absolutes, W.W. Norton & Company, 1990

TOCCI, Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale apud MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994 p. 14.

VAN LOOK & COTTINGHAM, 2002; Fawcus, 2008 ??

VÉLEZ, Ana Cristina González e Monsalve, Viviana B., Estudo de caso da Colômbia: normas sobre o aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo in Revista Internacional de Direitos Humanos v.10, n. 19, dez/2013.

VIANNA e BURGOS, 2005, p. 780

VIEIRA. Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito, p.199

Aspectos éticos do atendimento ao aborto legal no Brasil – perguntas e respostas/ Anis – Instituto de Biotética, Direitos Humanos e Gênero [Organizador]. – Brasília:LetrasLivres, 2012,

WEST, Robin. Taking Freedom seriously 104 Harvard Law Review 43 (1990): 84-5

ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/>. Acesso em: 29.06.2014 p. 62.

