

AS DECISÕES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS SOBRE O ABORTO VOLUNTÁRIO

Graziella Moliterni Benvenuti¹

Resumo: A interrupção voluntária da gravidez é um tema debatido em inúmeras cortes constitucionais no mundo ocidental. A análise da descriminalização do aborto passa pelo conflito entre a potencialidade de vida do nascituro e a liberdade da mulher. O aborto pode ser regulado através do modelo de indicações ou do modelo de prazos. Em vários países, a prática do aborto voluntário é legal, com a validação de decisões das respectivas cortes constitucionais. Neste artigo, analisa-se os argumentos jurídicos utilizados pelas cortes constitucionais dos Estados Unidos da América, Itália, Espanha, Canadá e Portugal sobre a constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão descriminalizando o aborto do feto anencéfalo (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54). Na decisão do *Habeas Corpus* 124.306 do STF, concluiu-se que a interrupção voluntária da gestação realizada no primeiro trimestre não configura crime.

Palavras: aborto voluntário; potencialidade de vida do nascituro; liberdade e autonomia da mulher.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo.

1 Introdução

A descriminalização do aborto consiste em um tema debatido inúmeras vezes nas cortes constitucionais no mundo ocidental e reflete um dos principais conflitos entre direitos e valores constitucionais: a potencialidade de vida do nascituro e a liberdade da mulher.

No Brasil, em regra, a interrupção voluntária da gestação é crime, sendo apenas permitido do caso de estupro ou risco à vida da mulher, sendo que o Supremo Tribunal Federal (STF) descriminalizou a realização do aborto de feto anencéfalo, em caso com repercussão geral (*erga omnes*).

Já em outros países a prática do aborto voluntário, em que a mulher decide se deseja ou não interromper a sua gestação, é legal, com a validação de decisões das respectivas cortes constitucionais.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar os argumentos jurídicos utilizados pelas cortes constitucionais de cinco países sobre a constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação: Estado Unidos da América, Itália, Espanha, Canadá e Portugal.

A finalidade é investigar como tais tribunais trataram desse tema e como solucionaram esse conflito entre a proteção da potencialidade da vida intrauterina e os direitos fundamentais da mulher, em especial, a privacidade, saúde e autodeterminação.

Como bem pontuado pela Ministra Rosa Weber, em seu voto no HC 124.306/RJ (STF): “Para iniciar a discussão argumentativa sobre a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação por decisão da mulher, entendo necessária a descrição do panorama legislativo e jurisdicional na perspectiva comparada, como forma de oferecimento de subsídios jurídicos, a partir da compreensão do problema por jurisdições que já enfrentaram o tema e fundamentos jurídicos em jogo”.

Escolhemos as decisões dos tribunais que consideraram legítimo a realização do aborto voluntário e que descriminalizaram a

prática do aborto, ou que levaram à aprovação de uma lei que possibilitasse tal procedimento, como no caso da Itália, ou que julgaram constitucionais as leis que regulamentaram o aborto voluntário.

Posteriormente, analisaremos as decisões do STF sobre o aborto do feto anencéfalo (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54) e a decisão do Habeas Corpus 124.306 do STF, que em um caso individual, que concluiu que a interrupção voluntária da gestação realizada no primeiro trimestre não configura crime.

Por fim, veremos quais são as perspectivas de descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil.

2 O aborto e suas possíveis regulações

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a eliminação do embrião ou feto. De acordo com o conceito médico, “*o aborto é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas, ou quando mede até 16,5 cm*” (MORAIS, 2008, p. 50)².

O aborto pode ser natural ou acidental, e nessas hipóteses não há a possibilidade de punição, de maneira que somente o aborto provocado será objeto de regulação pelo Estado, seja por meio de normas penais, com a criminalização da conduta, seja pela permissão de sua realização de acordo com determinados padrões.

Em relação aos modelos de regulação do procedimento, o modelo de indicações consiste na proibição da interrupção voluntária da gestação como regra geral, sendo possível a realização do aborto em determinadas hipóteses, previstas em lei, quando os interesses das mulheres se sobrepõem aos do feto.

² “Segundo o Ministério da Saúde, o aborto é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, com o produto da concepção pesando menos de 500 g, sendo este eliminado no processo de abortamento” (ANJOS, 2013, p. 509).

No sistema de indicações, podem ser permitidos (i) o aborto terapêutico ou necessário, para salvar a vida da mãe ou evitar graves riscos para a sua saúde; (ii) o aborto criminológico, sentimental ou ético, no caso de gravidez causada por estupro; (iii) o aborto eugênico, na hipótese de grave anomalia do feto que torne a vida extrauterina inviável; e (iv) o aborto miserável ou econômico-social, por razões de dificuldades financeiras. Nesse sistema, o legislador discricionariamente escolhe em quais hipóteses o aborto será permitido.

Em contraposição ao modelo de indicações, em que a legislação opta por proteger mais a potencialidade da vida do feto, há o modelo de prazos que oferece mais segurança jurídica às mulheres.

No sistema de prazo, a lei prevê que não é punível a realização médica do aborto por escolha da mulher dentro de um certo período da gestação, normalmente até a conclusão do primeiro trimestre de gestação³.

Normalmente, no sistema de prazo, a mulher é totalmente livre para decidir pela realização ou não do procedimento até certa data limite da gestação, sendo que ainda é possível a interrupção da gravidez em determinadas circunstâncias.

Por exemplo, a legislação portuguesa dispõe que o aborto não será punível nas primeiras dez semanas de gravidez, e após esse período é possível efetuar o aborto (i) no caso de constituir o único meio de remover risco de vida ou perigo grave e irreversível à saúde física e psíquica da mulher; (ii) para evitar risco de vida ou grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da gestante e grávida e for realizada nas primeiras doze semanas de gravidez; (iii) se o nascituro tiver doença incurável ou malformação congênita e for realizada nas primeiras vinte e quatro semanas de

³ De acordo com o Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional de Portugal: “Pode dizer-se que o ‘modelo de prazos’ é hoje largamente dominante na Europa, pois, na grande maioria dos países europeus, o regime legal prevê a impunibilidade de realização médica da interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher, dentro de certo período, sem dependência da verificação de determinadas circunstâncias, taxativamente previstas e heteronomamente controláveis”.

gravidez; (iv) se o feto for inviável a qualquer tempo de gestação; (v) no caso de estupro, até as primeiras dezesseis semanas.

E no modelo de prazo, é possível a previsão da obrigatoriedade de uma consulta médico-social, com a finalidade de aconselhamento, para que a mulher seja devidamente informada sobre as consequências da realização do aborto e eventuais direitos que teria se viesse a ter o filho. E normalmente, há um período mínimo exigido de reflexão entre a consulta e a realização do procedimento.

3 As decisões das Cortes Constitucionais

3.1 Roe x Wade – Suprema Corte Americana – 1973

O caso trata de uma mulher solteira grávida (Roe) que ajuizou uma ação de classe (*class action*) com a alegação a inconstitucionalidade da lei texana que previa que o aborto seria crime, a não ser que fosse praticado para salvar a vida da mãe.

Jane Roe (pseudônimo) alegou que a lei texana que previa a prática de aborto como crime era inconstitucional porque violava seu direito de privacidade, protegida pela Primeira, Quarta Nona e Décima quinta emendas constitucionais americanas, além da norma ser inconstitucionalmente vaga e indeterminada.

O voto da Corte (*opinion*), ao fazer uma análise histórica da proibição do aborto na legislação americana, conclui que as mulheres do século XIX tinham menos restrição em realizar um aborto que as mulheres que viviam naquele momento: “*a woman enjoyed a substantially broader right to terminate a-pregnancy than she does in most States today*”.

O voto relaciona três motivos para justificar a criminalização do aborto (i) o desencorajamento de conduta sexual ilícita; (ii) a regulação do aborto como um procedimento médico; e (iii) a proteção da vida do feto.

Quanto ao primeiro motivo, ele não deve ser levado a sério e o estado do Texas não o defendeu, e não seria papel do Estado a tutela da vida sexual das pessoas.

Em relação ao segundo, alega-se que o procedimento de aborto seria arriscado para as mulheres, especialmente na época em que não havia antissepsia. A mortalidade causada pelo aborto era alta, de maneira que a proibição do aborto pretendia proteger a saúde da mulher grávida.

No entanto, técnicas médicas mais modernas modificaram essa situação, de maneira que o aborto no primeiro trimestre de gestação é muito seguro. A mortalidade decorrente de abortos realizados de forma legal é inferior à taxa de mortalidade de nascimento de crianças.

O Estado tem o legítimo interesse de garantir às mulheres que o procedimento médico do aborto seja realizado com a maior segurança para a paciente. Assim, o Estado pode regular as condições sob as quais os abortos deverão ser realizados, inclusive em relação ao estágio da gravidez.

Quanto ao último argumento, esse é o ponto central do caso: a ideia de que o Estado deve proteger o feto desde sua concepção, independentemente da vontade da mulher.

A Corte Americana entende o direito à privacidade como fundamental, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Americana e aponta que o direito de privacidade abrange a decisão da mulher que deseja ou não interromper a sua gravidez.

O Estado não pode impor a mulher a manutenção de uma gravidez indesejada: *“The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent”*.

A Corte reconhece que em determinado momento da gestação, o Estado pode regular o direito à privacidade da mulher, na medida em que tem interesse em tutelar a saúde das pacientes, a manutenção de padrões médicos e a proteção da vida em potencial, de maneira que a privacidade nesse caso não é absoluta.

A respeito da proteção à vida do feto, a Corte afirma que a palavra “pessoa” usada na 14ª Emenda Constitucional não inclui os não nascidos⁴, considerando que a legislação e jurisprudência do Século XIX permite práticas mais livres do aborto.

Sobre a questão de quando a vida começa, se é a partir da concepção ou depois, a Corte afirma que não é seu papel especular sobre isso, considerando que a medicina, filosofia e teologia não chegaram a um consenso. E considerando a jurisprudência e a legislação, os não nascidos nunca foram reconhecidos no direito como pessoas no seu sentido completo.

Assim, a alegação do Estado de Texas, de que a vida começa na concepção, não é acolhida pela Corte. A adoção de uma teoria de vida pelo Texas não pode sobrepor o direito da mulher grávida.

O interesse legítimo do Estado de proteger a saúde da gestante e a vida em potencial do feto são distintos. Cada um tem um peso maior de acordo com a duração da gestação.

O ponto de virada corresponde ao fim do primeiro trimestre, na medida em que a mortalidade da realização de abortos até esse período da gravidez é inferior à mortalidade de nascimentos.

Dessa forma, até o primeiro trimestre de gravidez, o médico, em atendimento a sua paciente, é livre para determinar se a gravidez deve ser interrompida, sem regulação do Estado: *“Up to those points, the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision, and basic responsibility for it must rest with the physician”*.

Em relação ao interesse legítimo do Estado em regular o aborto, o ponto de virada é a viabilidade da vida do feto. E o Estado pode permitir o aborto em gravidez avançada para preservar a vida da

⁴ O Estado do Texas argumentava que a Constituição Americana previa a proteção da vida, e que nessa proteção estava incluída a vida do feto. O voto aponta uma contradição nesse argumento, na medida em que a maioria das normas sobre o tema, inclusive a legislação texana, possuem exceções à proibição do aborto, como por exemplo, a possibilidade de realizar o procedimento em caso de risco de vida da mulher.

mulher, como fazia a legislação do Texas, sem distinção do período da gravidez.

Assim, a Suprema Corte Americana decidiu declarar inconstitucional a lei penal do Texas que criminalizava a prática do aborto.

3.2 Sentença n. 27/1975 – Corte Constitucional Italiana

Neste caso, um juiz de primeiro grau de Milão submeteu a análise de constitucionalidade do art. 546 do Código Penal Italiano na parte que pune uma mulher consciente que realiza o aborto em caso de perigo à sua saúde e ao seu equilíbrio psíquico, sem a caracterização da excludente de ilicitude do estado de necessidade.

O juiz de primeiro grau ponderou que o aborto terapêutico nos casos em que há perigo de grave dano à mulher e com a finalidade médica de evitar o agravamento de uma condição de saúde preexistente permaneciam criminalizados. Entendeu o magistrado que tal hipótese violaria a proteção constitucional à maternidade, à infância e à juventude, bem como o direito fundamental de saúde individual e coletiva. A criminalização do aborto afastaria as mulheres de recorrer a um estabelecimento sanitário.

A corte pondera que o feto deve ser constitucionalmente protegido, porém essa proteção não deve ser total e absoluta, porque o interesse do feto pode colidir com outros bens protegidos constitucionalmente.

A condição da mulher gestante não pode ser tratada por norma penal de caráter genérico, com a possibilidade de aplicação da excludente de ilicitude de estado de necessidade, que exigiria a gravidade e a absoluta inevitabilidade do dano ou perigo à saúde, com respectiva atualidade. O dano à mulher pode ser previsto, mas não é necessariamente imediato.

A norma penal pressupunha uma equivalência entre o direito à vida e à saúde da gestante, que já é uma pessoa, com a proteção ao embrião que ainda não se tornou um indivíduo.

Assim, o art. 546 foi declarado parcialmente inconstitucional na parte em que não prevê que a gravidez pode ser interrompida quando a gestação implicar em dano ou perigo grave para a saúde da mulher.

Em virtude da citada decisão, o legislador italiano editou a Lei nº 194, em 1978, que regulamentou a prática do aborto no país. Segundo tal regramento, a mulher pode nos primeiros noventa dias de gravidez pedir a realização do aborto nas hipóteses “(a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal” (SARMENTO, 2005, p. 51).

Nas citadas hipóteses, a mulher deve passar por orientação de autoridades sanitárias e sociais e deve haver um prazo mínimo de sete dias entre a solicitação do procedimento e a sua realização, exceto em casos de urgência⁵.

A lei também autorizou a realização do aborto, independentemente do tempo da duração da gestação, em casos de grave risco de vida da grávida ou de relevante anomalia fetal, que gere grave perigo à saúde física e psíquica da mulher (SARMENTO, 2005, p. 51).

⁵ A constitucionalidade da Lei 194 de 1978 foi reafirmada pela Corte Constitucional Italiana na *Sentenza 35/1997* que entendeu inadmissível requerimento de referendo popular, cujo objetivo era revogar parcialmente a citada nos casos de aborto nos primeiros noventa dias da gestação. O tribunal reafirmou a fundamentação da *Sentenza 27/1975*, no sentido de que a vida e a saúde da gestante também são direitos fundamentais e devem ser sopesados com a proteção da vida intrauterina.

3.3 Sentencia 53/1985 – Tribunal Constitucional da Espanha

O caso trata de questionamento feito por 54 Deputados das Cortes Gerais acerca da constitucionalidade do projeto de lei de reforma do Código Penal Espanhol que regulamentava a prática do aborto.

Os requerentes alegavam que o projeto elimina as normas penais que servem de proteção ao direito à vida, sendo que tal direito está previsto na Constituição e se estende aos não nascidos. Argumentavam que, segundo a tradição legislativa espanhola, todos teriam direito à vida desde a concepção, de modo que o aborto sempre foi tipificado como crime, com exceção da lei catalã da Segunda República.

Alegavam que o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o art. 2º da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, e o art. 6.1 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, também preveem que o direito à vida é de todos, inclusive dos ainda não nascidos, e fazem parte do bloco de constitucionalidade espanhol.

O texto da lei aprovado em 1985 dispôs que o aborto não será punível quando praticado por um médico, com o consentimento da mulher, para evitar um grave perigo de vida ou de saúde da gestante, e no caso de estupro, até as doze primeiras semanas de gravidez.

A Corte aponta que o direito à vida previsto no art. 15 da Constituição Espanhola e o princípio da dignidade humana previsto no art. 10, também da Constituição, consistem no ponto de partida dos direitos fundamentais e são sua base lógica e ontológica para a sua existência.

O art. 15 da Constituição da Espanha dispõe que “todos têm direito à vida”, sendo que o conceito de “vida” é indeterminado, de modo que são possíveis inúmeras respostas, com perspectivas diferentes (genética, médica, religiosa etc).

O Tribunal afirma que, constitucionalmente, a noção de vida abrange as ideias de: (i) que a vida humana é um “acontecer”, um processo que começa na gestação e termina na morte; (ii) que a gestação gera um ser distinto da mãe; (iii) que o momento do nascimento exerce papel definitivo para o início da vida em sociedade.

Assim, a Constituição protege a vida intrauterina, que é uma etapa fundamental para o desenvolvimento da vida e a condição para a vida independente da mãe.

No entanto, a redação dos artigos relativos à proteção da vida nos pactos de direitos humanos internacionais não faz referência a “todos”, mas sim a “pessoas”, sendo que a Comissão Europeia de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que o dispositivo em questão se referia às pessoas já nascidas. A corte conclui que a vida do feto é um bem constitucionalmente protegido pelo citado art. 15 da Constituição.

Considerando o contexto do Estado Social, o Estado tem o dever de proteger tal bem jurídico, de modo que é legítima a proteção da vida por meio de normas penais. Mas isso não significa que a proteção deve ter caráter absoluto, porque há a possibilidade de limitações, como sucede com todos os bens e direitos constitucionalmente protegidos.

Além da proteção à vida, a Constituição também protege a dignidade da pessoa, que está intimamente ligada com a liberdade do desenvolvimento da personalidade, aos direitos de integridade física e moral, à liberdade de ideia e crenças, à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

Em resumo, a dignidade da pessoa é um valor moral inerente ao ser humano e se relaciona diretamente com a autodeterminação de sua própria vida.

Não se pode ignorar a manifestação da dignidade com a condição feminina e a concretude dos citados direitos com relação à maternidade, que o Estado deve conciliar com outros bens e direitos

fundamentais. Consequentemente, em análise à norma penal que exclui a punibilidade do aborto em determinadas hipóteses, é constitucionalmente legítimo essa técnica legislativa.

Em determinados casos, em que os direitos fundamentais das mulheres entram em conflito com a proteção da vida em potencial do nascituro, é permitido ao legislador ponderar tal conflito e excluir a punibilidade⁶. Nessa colisão de direitos fundamentais, nenhum direito pode ser absoluto.

Em relação à primeira hipótese de excludente de impunibilidade consistente no caso de grave perigo à vida da gestante e de grave perigo à sua saúde, verifica-se um conflito entre o direito à vida da mãe e a proteção à vida do feto.

Caso se protegesse a vida do nascituro incondicionalmente, estaria se protegendo mais a vida de alguém que ainda não nasceu em detrimento à vida de alguém já nascido, e se penalizaria a mulher por defender a sua vida.

Da mesma forma, na hipótese de grave perigo à saúde da mulher, física ou psíquica, também haveria uma penalização excessiva à mulher que deseja proteger seu direito à vida e a sua integridade física.

Quanto à possibilidade de realização de aborto no caso de estupro, a concepção ocorre contra a vontade da mulher, com lesão em grau máximo a sua dignidade, sua integridade física e moral, sua honra e sua intimidade. Obrigar a mulher a suportar uma gravidez em tais circunstâncias é manifestamente desproporcional.

⁶ “La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego”.

Já quanto à hipótese de realização do procedimento no caso de existência de doença grave do feto, entende-se que se trata de situação limite, em que a sanção penal imporá uma conduta que excede à que é normalmente exigível a uma família.

Na conclusão do julgamento, o tribunal espanhol considerou que a regulamentação do procedimento médico prevista no projeto de lei era muito genérica e não protegia adequadamente os bens tutelados.

Assim, declarou a inconstitucionalidade parcial do projeto de lei, não em função da descriminalização do aborto em determinadas hipóteses, mas em razão da insuficiência da regulamentação.

Em 2010, aprovou-se a Lei Ordinária nº 2, de 3 março de 2010, que dispõe sobre a saúde sexual e reprodutiva e a interrupção voluntária da gravidez, que aumentou as possibilidades de realização do aborto.

Hoje na Espanha, pode-se interromper a gravidez até as catorze semanas de gestação a pedido da mulher, desde que haja uma consulta prévia com objetivo de prestação de informações e que se aguarde o prazo de três dias entre a consulta e o procedimento⁷. Também é possível a interrupção da gestação até a 22ª semana no caso de grave risco de vida e à saúde da mulher ou quando houve risco de graves anomalias do feto; e não há prazo para a realização do procedimento na hipótese de anomalias fetais que incapacitem para a vida⁸.

⁷ “Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”

⁸ “Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la

3.4 Morgentaler, Smoling, Scott v. The Queen – Suprema Corte do Canadá – 1988

O caso trata de três médicos que fizeram uma clínica de aborto e foram acusados de conspirar para praticar abortos, em desacordo com o Código Penal Canadense. Naquele momento, uma mulher grávida só poderia realizar um aborto caso autorizado por um comitê de médicos em um hospital credenciado.

De acordo com a jurisprudência constitucional canadense, a Suprema Corte pode rever uma lei que infrinja o direito individual de vida, liberdade e segurança (*individual's right to "life, liberty and security of the person"*).

E se uma norma estatal causa estresse em alguém, em especial uma norma penal, ela constitui uma violação da segurança individual.

Forçar uma mulher a permanecer grávida contra a sua vontade pessoal é uma profunda interferência em seu corpo e, portanto, é uma violação à sua segurança individual⁹. Ademais, a demora em obter uma resposta terapêutica causada pela exigência legal aumenta a possibilidade de complicações no procedimento, além de causar dano à integridade psicológica da mulher¹⁰.

practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) *Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.*

c) *Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.*

⁹ *“Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman’s body and thus an infringement of security of the person”.*

¹⁰ *“A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established”.*

As restrições impostas na lei canadense para a realização de um aborto, quais sejam, o credenciamento do hospital, a exigência de um comitê de médicos para a aprovação do procedimento, e pelo menos quatro médicos disponíveis no hospital para realiza-lo, acabavam inviabilizando o aborto em vários hospitais.

Além disso, os hospitais não eram obrigados a se credenciar para a realização do aborto, o que restringia ainda mais o acesso ao procedimento pelas mulheres. A lei canadense falhou em garantir o acesso ao aborto de forma segura e padronizada.

A norma se revelou desproporcional porque (i) é injusta e arbitrária; (ii) a suposta proteção às mulheres é ilusória; e (iii) limita os direitos das mulheres e não protege suas vidas e saúde.

A escolha do Parlamento Canadense foi a de que a vida e saúde da mulher precede o interesse de proibir a prática do aborto, o que inclui o interesse estatal de proteção do feto. Dessa forma, as restrições desproporcionais da lei violam a segurança pessoal da mulher (*“security of the person”*), porque não garante acesso ao tratamento adequado.

A demora no acesso ao tratamento adequado resulta em um risco adicional à saúde da mulher, restringindo o seu direito à segurança individual, em desacordo com os princípios fundamentais de justiça.

A escolha da mulher de interromper a sua gravidez consiste em uma decisão de autonomia pessoal, garantida pelo seu direito à liberdade, e que deve ser respeitada pelo Estado.

É uma decisão que envolve profundas consequências psicológicas, econômicas e sociais para a mulher, de modo que não se trata apenas de uma decisão médica, mas também uma escolha que reflete o que uma mulher pensa de si mesma e sua relação dentro da sociedade.

Assim, a norma canadense viola o seu direito à liberdade, porque retira essa decisão pessoal da mulher e a entrega a um comitê de

médicos, que não irá levar em consideração as prioridades e aspirações pessoais dela.

A capacidade reprodutiva da mulher não deve ser sujeitada ao controle do Estado, mas ao seu controle.

A norma também ofende a liberdade de consciência, pois a decisão de interromper a gravidez é essencialmente uma decisão moral e deve ser respeitada pelo Estado.

A proteção do feto é um objetivo válido da lei, porém ela deve ser conciliada com a proteção da saúde e da vida da mãe e a manutenção de padrões médicos adequados.

Dessa forma, o feto deve ser protegido de acordo com suas fases de desenvolvimento, de modo que no início da gestação, a autonomia da mulher deve ser absoluta, e na gestação mais tardia, é legítimo a fixação de condições a fim de proteger o feto.

Ocorre que a norma penal em análise retirava da mulher a decisão sobre sua gravidez em qualquer fase, negando seus direitos fundamentais.

A Corte conclui que tal regra não passa no teste de proporcionalidade, de maneira que não é constitucionalmente válida.

3.5 DECISION 2001-446 DC – Conselho Constitucional da França

Senadores submeteram ao Conselho Constitucional Francês a análise da constitucionalidade de alteração na legislação que aumentou de dez para doze semanas o período da gestação em que a mulher pode voluntariamente interrompê-la, em uma situação de angústia.

Os requerentes alegaram que (i) poderia haver um aumento de aborto eugênico, pois nesse estágio da gravidez seria possível detectar um maior número de anomalias; (ii) violaria o princípio de respeito à vida humana, pois nesse estágio o embrião já atinge o *status* de feto; (iii) violaria o princípio da prudência; (iv) e que haveria uma exposição maior à riscos para as mulheres.

O Conselho entende que ao aumentar de dez para doze semanas, a lei não destruiu o sopesamento que a Constituição exige entre a proteção da dignidade humana e a liberdade da mulher, prevista na Declaração de Direitos Humanos e Civis de 1789, considerando a situação atual do conhecimento e da técnica¹¹.

O tribunal afasta a alegação de aborto eugênico, porque o Código Civil Francês qualifica eugenia como a prática tendente à organização de seleção humana, e o aborto permitido até a décima segunda semana de gestação pode ocorrer apenas em casos de angústia da mulher.

Sobre o princípio da precaução, o Conselho afirma que esse não é um princípio constitucional.

E quanto à saúde da mulher, o procedimento realizado na décima segunda semana é praticado com segurança suficiente à mulher na situação atual do conhecimento e prática médica.

Os Senadores também questionaram a constitucionalidade da alteração legal que retirou a exigência de apresentação de documento que relaciona os direitos e benefícios legais das famílias e mães e sobre a possibilidade de adoção na primeira consulta médica. Esse procedimento social apenas é sugerido para mulheres maiores, sedo que é obrigatório apenas para mulheres menores não emancipadas.

Os demandantes argumentaram que essa alteração não garante à mulher grávida a formação de uma decisão livre e esclarecida sobre interromper ou não a gestação.

¹¹ “*Considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (...)*”.

O tribunal discorda dessa alegação porque essa consulta social preliminar é proposta à mulher, sendo que as informações acerca da realização ou não do procedimento é fornecida às mulheres que aceitarem tal consulta. Conclui-se que não haveria uma violação ao princípio da liberdade.

A lei também removeu a possibilidade de que chefes de departamento de saúde pública se recusassem a realizar a prática do aborto em seus departamentos, de maneira que os Senadores afirmaram que haveria uma violação aos princípios de liberdade de consciência e de independência funcional.

Ocorre que a lei prevê que o médico não pode ser obrigado a realizar o procedimento, bem como que nenhum profissional da saúde pode ser requisitado a contribuir para a interrupção da gravidez, sendo certo que a liberdade de consciência está protegida.

Já o chefe de departamento de saúde pública não pode proibir a realização de aborto em seu departamento, porque ele tem obrigação funcional de respeitar o Código de Saúde Pública, e não pode impor sua opinião a outros médicos e profissionais da saúde. Também deve ser respeitado o princípio constitucional de igualdade dos usuários do serviço público.

Dessa forma, a Corte considerou que as alterações da lei eram válidas.

3.6 Acórdão n. 75/2010 – Tribunal Constitucional de Portugal

No caso de Portugal, um grupo de deputados apresentou um pedido de declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da lei portuguesa que estabelecia uma excludente de ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.

O artigo 142 do Código Penal Português¹² prevê que se gravidez não exceder 10 semanas, o aborto realizado por escolha da mulher não será punível. Nessa hipótese, não é preciso qualquer justificativa para a realização do procedimento, como risco da saúde da mulher. A regulação da prática do aborto pela lei penal foi alterada pela Lei nº 16/2007.

A Corte define que o cerne da questão é a identificação do alcance da inviolabilidade da vida humana quanto à proteção da vida intrauterina.

O Tribunal já havia decidido em outros casos que a vida do feto é um “bem constitucionalmente protegido”, porém não goza da mesma proteção constitucional do direito à vida, porque esse só cabe às pessoas¹³. Assim, a proteção ao feto pode ceder em caso de conflito com outros direitos fundamentais ou outros valores constitucionais.

E a Corte não revê sua posição no sentido de que “o feto é digno de proteção pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa”, mas

¹² “Artigo 142º. Interrupção da gravidez não punível

1 – — Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, exceptuando -se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas; e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.

¹³ De acordo com o Acórdão 85/85 do Tribunal Constitucional Português: “entende-se que a vida intrauterina compartilha da posição que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito – que só cabe a pessoas –, podendo portanto aquele ter que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos”.

essa potencialidade não confere ao nascituro a titularidade de direitos que possuem as pessoas já nascidas.

Em relação à interrupção voluntária da gravidez, o legislador deve ponderar entre os direitos fundamentais da mulher à liberdade, à autodeterminação, à integridade física e moral e à dignidade pessoal e a proteção da potencialidade de vida do feto, de modo a respeitar os princípios de proporcionalidade e razoabilidade¹⁴.

A Constituição impõe que a potencialidade de vida do feto deve ser protegida, mas o modo de proteção deve ser escolhido pelo legislador¹⁵, considerando todos os demais direitos envolvidos, e não necessariamente, optando pela criminalização de condutas.

O legislador optou por uma tutela progressiva de acordo com o tempo da gravidez. Quanto maior o tempo da gravidez, mais restrita se torna a possibilidade de realizar o procedimento de aborto.

Essa chamada tutela progressiva tem a finalidade de “*harmonização dos bens em colisão*” em correspondência com as mudanças biológicas que ocorrem durante o período de gestação. Ao longo da gestação, a colisão entre a proteção do feto e os direitos da mãe vão se alterando¹⁶.

¹⁴ “Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afectação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição de insuficiência (“*Untermassverbot*”) quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível”.

¹⁵ “O que se retira da Constituição é apenas o dever de proteger, não estando predefinido, nessa sede, um específico modo de protecção”.

¹⁶ “Esta tutela progressiva, utilizando como critério o tempo de gestação, represen-

De acordo com o tribunal, diante do dever constitucional de proteção à vida intrauterina, o direito da mulher não poderia ser absoluto até as dez primeiras semanas de gravidez.

Dessa forma, o legislador deveria garantir uma proteção mínima ao feto, e nesse caso, a legislação infraconstitucional prevê que o procedimento do aborto somente pode ser realizado em um estabelecimento oficial ou credenciado, com prazo entre a consulta e o procedimento de três a cinco dias, com o objetivo de proporcionar à mulher uma decisão livre e esclarecida.

A jurisprudência constitucional portuguesa entende que a sanção penal deve constituir uma última instância, quando a proteção da vida intrauterina não possa ser feita de outra maneira.

O acórdão aponta que a criminalização do aborto em todas as fases da gravidez não evitou a prática do procedimento em larga escala, inclusive em situações de risco para a saúde da mulher. Além disso, não se observa um efetivo exercício dos poderes punitivos do Estado, pois são raras as denúncias e condenações por crime de aborto.

E quando há a condenação de alguém pela prática desse crime, a reação social é “*mais de mal-estar do que de aplauso*”, o que evidencia que “*o alto significado do bem afectado e a gravidade da lesão não são acompanhados*”, de modo que tal comportamento não é visto como um crime pela sociedade.

A realidade já mostrou que a criminalização em todo o período de gestação não gera mais um ambiente favorável à continuação da gravidez.

A corte pondera que nas primeiras semanas da gestação, o feto não é sentido pela mulher como um outro ser, como “*um ente destacado de si própria*”, de maneira que a decisão de interromper ou

ta, em si mesma, uma opção básica determinada por um intuito de harmonização dos bens em colisão. Ela procura repercutir, no plano da valoração ético-jurídica, a mutabilidade dos dados biológicos que conformam a vida ainda não nascida e o significado que ela assume para os termos da peculiar relação – sem paralelo em qualquer outro conflito de bens jusfundamentais – que se estabelece entre o nascituro e a gestante”.

não a gravidez é um conflito “*no âmago de sua personalidade*”, sendo personalíssimo e refratária a qualquer solução externa.

Assim, é razoável que o Estado, ao invés de ameaçar a gestante com uma punição criminal, que dificilmente terá resultado, promova a conscientização da mulher sobre a prática do aborto no início da gravidez.

A solução do legislador de conferir à mulher a decisão sobre a interrupção ou não da gestação nas dez primeiras semanas é razoável do ponto de vista constitucional, pois respeita o direito fundamental de autodeterminação da mulher e se ajusta à dignidade da mulher.

Dessa forma, o Tribunal entendeu que a legislação não violava a Constituição Portuguesa.

3.7 Outras decisões

Trataremos de decisões de outras cortes constitucionais que entenderam constitucionais as leis que permitiram a realização do aborto voluntário.

Na Croácia, a legislação permite que o aborto seja realizado até a décima semana de gestação a pedido da mulher, e após esse prazo com indicação médica e aprovação por uma comissão médica. Alegou-se que a nova Constituição, de 1990, não havia recepcionado tal legislação, que foi promulgada em data anterior.

O Tribunal Constitucional da República da Croácia, na Decisão U-I-60/1991 et. al., julgada em 21 de fevereiro de 2017, determinou que o Parlamento editasse nova legislação de acordo com a nova Constituição.

Nessa decisão, a Corte ressaltou que não é seu papel definir qual seria o início da vida. Entendeu que a proteção constitucional dada a um ser não nascido não tem prevalência sobre o direito da mulher à vida privada. Tais bens devem ser sopesados pelo legislador, de maneira a fixar um equilíbrio justo entre tais bens constitucionalmente protegidos.

Na Eslováquia, nas primeiras doze semanas de gravidez, é possível a realização do aborto por decisão da mulher, e o seu Tribunal Constitucional recebeu uma reclamação acerca da constitucionalidade dessa norma.

A corte apontou que a Constituição desse país dispõe que apenas pessoas já nascidas são titulares de direitos, de modo que o feto goza de proteção constitucional, mas não é titular do direito à vida (Decisão PL.Ús. 12/01, julgado em 04 de dezembro de 2007). Além disso, há o direito à privacidade, à liberdade de consciência e à saúde da mulher, que deve ser equilibrado com a proteção dada ao nascituro.

Se a proteção à vida intrauterina fosse absoluta, não só o aborto voluntário deveria ser proibido, como também em outras hipóteses, o que implicaria em restrições muito desproporcionais ao direito da mulher.

Assim, a corte rejeitou a reclamação, pois considerou proporcional o prazo de doze semanas, considerando que o procedimento é realizado em quatro etapas, de maneira que a proteção à vida do feto é garantida.

Na Bélgica, por sua vez, houve o questionamento sobre a constitucionalidade da lei que descriminalizou a interrupção da gestação nos casos em que a mulher estiver em estado de angústia e solicitar o procedimento a um médico.

A Corte de Arbitragem belga, corte que exercia o controle de constitucionalidade no momento, entendeu que a norma penal era válida, pois não havia dever constitucional ou legal de tratar o nascituro da mesma forma que uma pessoa já nascida.

O tribunal também entendeu que não havia violação à igualdade e à não-discriminação entre homens e mulheres, na medida em que se a realização do aborto dependesse da opinião do homem, esse teria um poder de veto sobre o direito da mulher, e apenas essa está envolvida com a gravidez.

Já no México, o Código Penal e a Lei de Saúde do Distrito Federal foram alterados para possibilitar a realização do aborto até a

décima segunda semana de gravidez, e essa reforma legal foi submetida à análise da Suprema Corte de Justiça da Nação.

A corte entendeu que a lei era válida, pois a Constituição Mexicana e os tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis ao país não definiam o momento específico para o início da proteção da vida, além da vida não se tratar de um valor constitucional absoluto.

O tribunal aponta que não há nenhuma norma constitucional que determine que o Estado deva criminalizar o aborto, sendo certo que a sua criminalização não se mostra eficaz do ponto de vista da saúde das mulheres. E o aborto é permitido na fase embrionária e não na fase fetal da gestação, de modo que o procedimento realizado até a décima semana é seguro no atual estágio da medicina.

4 O caso brasileiro

O Brasil adota o sistema de indicações. Em regra, o aborto voluntário é crime¹⁷, mas em algumas hipóteses expressamente previstas, ele é permitido para atender necessidades ou interesses da mulher.

O Código Penal Brasileiro adotou as indicações terapêutica (“se não há outro meio de salvar a vida da gestante”) e sentimental, ou ética ou criminológica (“se a gravidez resulta de estupro”).

O aborto praticado por médico não é punível “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*”, “*se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*” (art. 128, Código Penal), e se o feto for anencéfalo.

Essa última hipótese de aborto legal foi incluída em 2012 por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, a corte consti-

¹⁷ Prevê o artigo 124 da Lei Penal: “*Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.* O aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante também é crime, punível com reclusão, de um a quatro anos (art. 126, Código Penal).

tucional brasileira¹⁸. A análise dessa decisão será tratada posteriormente.

4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF – a descriminalização do aborto de feto anencéfalo

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em 2004, sob o fundamento de que os artigos que criminalizavam o aborto violavam os preceitos da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, e o direito à saúde, todos previstos na Constituição Federal, no caso de proibição do aborto terapêutico de fetos anencéfalos. Alegou-se que tal patologia torna inviável a vida após o nascimento, e que o termo médico correto não seria aborto, mas sim antecipação terapêutica do parto, pois o primeiro procedimento pressupõe a existência de vida extrauterina em potencial.

Em agosto e setembro de 2008, foram realizadas no STF uma série de audiências públicas, com membros de entidades religiosas, médicas, do Congresso Nacional Brasileiro e da sociedade civil, com o objetivo de apresentar as suas visões sobre o tema¹⁹.

A respeito dos fatos envolvidos, o Relator do acórdão, Ministro Marco Aurélio, aponta que até o ano de 2005, os juízes e tribunais brasileiros formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção da gestação em função da anencefalia do feto, o que evidenciava a necessidade da corte suprema do país se pronunciar sobre o tema, e que o Brasil é quarto país do mundo em casos de fetos

¹⁸ STF, ADPF 54, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado Em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulg 29-04-2013 Public 30-04-2013 Rtg Vol-00226-01 Pp-00011.

¹⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>.

anencéfalos, sendo a incidência de aproximadamente um a cada mil nascimentos.

Nesse caso, o cerne da discussão jurídica é se é legítimo a lei obrigar a mulher a manter a gestação quando não há expectativa de vida para o feto, e ainda, se ela deve ser condenada criminalmente pela interrupção da gravidez nessa hipótese.

Em relação à anencefalia, trata-se de anomalia consistente na malformação do tubo neural, o que causa ausência parcial do encéfalo e do crânio, como resultado de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. O feto anencéfalo não tem atividade cortical, tal qual um paciente com morte cerebral. E a anencefalia é uma doença congênita letal, sendo certa a impossibilidade de desenvolvimento de massa encefálica posteriormente. Em outras palavras, não há potencialidade de vida.

O Ministro Relator observa que “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa”. E completa: “o fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão”, pois “a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral”. Além disso, os anencéfalos resistem por pouco tempo depois no nascimento.

Um dos argumentos em favor da proteção dos fetos anencéfalos era a possibilidade de doação de seus órgãos após o parto, que foi refutado pelo Relator porque seria vedado obrigar a manutenção da gravidez apenas para permitir a doação de órgão, em evidente violação à dignidade da mulher²⁰. E também porque, na prática, é impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo.

²⁰ “A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana”.

No caso de gravidez de feto com anencefalia, impor a mulher o dever de gestação significa obrigá-la a dar a luz um filho para enterrá-lo.

E não é possível invocar o direito à vida do feto anencéfalo porque ele não tem potencialidade de vida, de maneira que ele não será titular de tal direito fundamental. Há apenas um conflito aparente entre direitos fundamentais, pois não há contraposição aos direitos da mulher com o direito à vida nesse caso.

O aborto é um crime contra a vida, e como para o anencéfalo não há vida possível, não há crime. O feto com anencefalia não goza de proteção jurídico-penal. E a previsão do aborto como crime no Código Penal Brasileiro data de 1940, quando a medicina não tinha tecnologia para diagnosticar a anomalia em questão.

Ainda que se admitisse o feto anencéfalo como portador do direito à vida, tal direito não se sobreporia aos direitos de dignidade, de liberdade, de autodeterminação, de saúde, sexuais e reprodutivos da mulher.

Não há hierarquia entre os direitos fundamentais, sendo que o direito à vida não tem preferência em relação aos demais, considerando que na Constituição Federal é permitida a pena de morte em caso de guerra e que são causas de excludente de ilicitude o aborto ético ou humanitário.

O Relator cita a decisão da Corte Constitucional Italiana de 1975 em que se entendeu que a proteção constitucional do nascituro não tem prevalência absoluta em face dos direitos fundamentais da mulher.

Assim, eventual proteção ao feto anencéfalo seria menos intensa em relação às pessoas e aos fetos com potencialidade de vida: *“se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”*.

Considerando o direito à saúde da mulher, verifica-se que a gestação de um feto anencéfalo apresenta maiores riscos do que os observados em uma gestação comum. E sob a perspectiva da saúde psíquica, impor à mulher a gestação de um feto natimorto conduz a um *“quadro devastador”*.

Tal gestação leva a mulher a um grande sofrimento, tanto que é possível afirmar que se caracteriza como tortura o ato estatal de obrigar a mulher a prosseguir com a gravidez nessa hipótese. O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas entendeu nesse sentido no Caso K.L. contra Peru, de novembro de 2005²¹.

Diante da situação penosa de carregar um feto com anencefalia, deve ser respeitado o direito à privacidade da mulher em querer ou não realizar um aborto: “*vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez*”.

A proibição do aborto nessa hipótese viola o princípio da proporcionalidade, pois privilegia um ser que não tem expectativa de vida extrauterina em detrimento dos direitos da gestante, forçando-a a um “*sacrifício desarrazoado*”.

Assim, o tribunal julgou procedente a ADPF 54, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo é crime de acordo com os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro.

4.2 Habeas Corpus 124.306/RJ²² – a descriminalização do aborto voluntário até o primeiro trimestre

Trata-se de um dos principais precedentes do STF a respeito da descriminalização do aborto. Esse acórdão foi proferido pela Primeira Turma do Tribunal, por maioria, em um caso individual.

O caso versa sobre o crime de previsto no art. 126 do Código Penal Brasileiro (provocar aborto com o consentimento da gestante),

²¹ Disponível em: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf.

²² STF, HC 124306, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) P/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 09/08/2016, Processo Eletrônico Dje-052 Divulg 16-03-2017 Public 17-03-2017.

em concurso material (quatro vezes), pois os acusados mantinham clínica de aborto. O Relator originário do caso, Ministro Marco Aurélio, deferiu a ordem para afastar a prisão provisória, para que os acusados respondessem ao processo em liberdade.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso²³, que compunha a turma, divergiu do voto do relator, para analisar a tipicidade penal da conduta dos acusados, porque segundo seu voto, é inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetividade no primeiro trimestre.

De acordo com o Ministro, a criminalização do aborto antes do término do primeiro trimestre da gravidez viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não passar pelo teste de proporcionalidade.

A criminalização do aborto voluntário atinge diretamente a dignidade humana da mulher, e a mulher que toma essa “*decisão trágica*” não precisa que o Estado torne sua situação pior e a processe criminalmente. Da mesma forma, os profissionais da saúde envolvidos não precisam de punição criminal.

A criminalização viola a autonomia da mulher, direito fundamental derivado da liberdade individual, pois não permite o controle de seu próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas. Não é razoável que o Estado interfira na autodeterminação da mulher de gerir sua própria vida.

Também há a violação à integridade física e psíquica da mulher, na medida em que é imposto a continuação de uma gravidez indesejada com todas as consequências físicas da gestação, e todas as obrigações posteriores da criação de uma criança.

Viola-se os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que consistem no direito de a mulher decidir se e quando deseja ter filhos e no acesso à saúde relacionado a essa escolha: “*justamente porque à*

²³ O Ministro do STF Luís Roberto Barroso era o advogado dos requerentes da ADPF 54.

mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade”.

O fato de o aborto voluntário ser crime no Brasil, além de afetar diretamente a autodeterminação das mulheres, prejudica a sua saúde reprodutiva, considerando os índices de mortalidade materna relacionadas à realização do aborto clandestino²⁴.

A penalização da interrupção voluntária da gestação infringe a igualdade de gênero, pois se o homem não engravida, e a mulher suporta todo o ônus da gestação, *“somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não”.*

E considerando a situação socioeconômica do Brasil, a criminalização também gera discriminação social, pois atinge de maneira desproporcional as mulheres pobres, que não tem acesso à saúde privada e não podem utilizar o sistema público de saúde para realizar o procedimento²⁵.

Ao aplicar os três subprincípios do teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o voto-vista conclui que as normas penais não passam no teste.

Quanto à adequação, deve se verificar se a criminalização do aborto serve para proteger o direito à vida do feto. E o que se verifica,

²⁴ Estima-se que cerca de um milhão de abortos clandestinos são realizados no Brasil, por ano. De acordo com a fala de Maria de Fátima de Souza, representante do Ministério da Saúde na Audiência Pública da ADPF 442, realizada em agosto de 2018: *“Uma, em cada cinco mulheres, já fez aborto neste país. A estimativa, nossa, do Ministério da Saúde, é que nós temos, por ano, cerca de um milhão de abortos induzidos”.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>

²⁵ De acordo com a fala de de Maria de Fátima de Souza, representante do Ministério da Saúde na Audiência Pública da ADPF 442: *“A decisão de induzir um aborto, de interromper uma gestação não depende da classe social. O que depende da classe social é a gravidade e a morte. Quem mais morre por aborto no Brasil são mulheres negras, são mulheres jovens, são solteiras e tem até o ensino fundamental. Essa mortalidade por aborto inseguro, atinge mais as mulheres vulneráveis. Apesar da carga ser grande, independente da classe social, quem mais sofre é a classe mais vulnerável, são as mulheres mais pobres”.*

na realidade, é que a taxa de abortos realizados entre países onde o procedimento é legal e países onde é ilegal é quase a mesma.

A criminalização acaba interferindo na quantidade de aborto seguros realizados, gerando um grave problema de saúde pública, o que demonstra a sua ineficiência para proteger a vida do nascituro. Há apenas uma reprovação simbólica da conduta. Moralmente, o Estado não pode impor uma visão de mundo às mulheres, mas sim permitir que elas possam tomar as suas escolhas de forma livre.

Em relação ao subprincípio da necessidade, deve-se analisar se existe outro meio que proteja o bem jurídico constitucional (potencialidade da vida do feto) menos restritivo aos direitos das mulheres.

Segundo o Ministro, a política adotada em países como Alemanha, Portugal, França e Bélgica, em que a interrupção voluntária é permitida no início da gestação, geralmente até a conclusão do primeiro trimestre, com uma consulta prévia médico-social e com um período de reflexão prévio mínimo se mostra mais eficiente para a proteção da vida do feto com menos restrição aos direitos da gestante.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, observa-se que a tipificação da conduta em questão não se justifica a partir da análise de seus custos e benefícios, porque viola vários direitos fundamentais das mulheres e gera custos sociais muitos superiores aos benefícios da criminalização.

Dessa forma, o voto-vista conclui que os dispositivos do Código Penal de 1940 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 em relação a interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre.

O voto-vista foi acompanhado por mais dois ministros. Em seu voto, a Ministra Rosa Weber apontou que na jurisprudência de outros países e das Cortes de Direitos Humanos internacionais, o direito à vida do nascituro não é considerado absoluto em face dos direitos de liberdade e autodeterminação da mulher. Ponderou que

as pesquisas revelam que o número de abortos realizados em países que regulamentam a sua prática é inferior comparado ao número nos países onde a prática é ilegal, e que o aborto clandestino é causa importante de mortalidade materna. Concluiu que se verifica uma ausência de política pública estatal no Brasil.

4.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e perspectivas da descriminalização do aborto voluntário no Brasil

Em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 442²⁶, com o pedido de declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro pela Constituição da República no caso de interrupção voluntária da gestação realizada nas primeiras doze semanas.

Alegou o autor da demanda que as razões jurídicas que justificavam a criminalização do aborto em 1940, quando o Código Penal foi promulgado, não existem mais. Argumentou que a criminalização do aborto viola a dignidade da pessoa humana e afeta desproporcionalmente as mulheres mais pobres, que acabam realizando mais abortos inseguros, além de violar o direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres, à vida e à segurança, considerando o risco de realizar um aborto clandestino.

A ação foi distribuída no tribunal e a Relatora sorteada foi a Ministra Rosa Weber, que votou favorável a descriminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação no HC 124.306, conforme já narrado anteriormente.

²⁶ “Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>

Realizou-se no começo de agosto de 2018 audiência pública para discutir os aspectos interpretativos dos referidos dispositivos do Código Penal com entidades públicas e privadas interessadas e pessoas que estudam o tema²⁷.

Não se sabe quando a ADPF será pautada e julgada, mas há uma possibilidade futura da descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a décima segunda semana no Brasil pelo STF.

No campo da legislação, está em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 236, de 2012, que consiste no anteprojeto de Código Penal. A redação referente ao aborto permite a realização do procedimento em mais casos, inclusive até a décima segunda de gestação, por decisão da mulher, desde que constatado por um médico ou psicólogo que não apresenta condições de arcar com a maternidade²⁸.

Apesar do citado anteprojeto ter recebido críticas²⁹, em relação à regulamentação do aborto, representaria um grande avanço no país.

²⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupvoluntriadagravidez.pdf>

²⁸ “Artigo 128. Não há crime de aborto:

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

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

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

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

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

²⁹ “País corre risco de aprovar pior Código Penal da história, criticam especialistas”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-13/senado-analisa-pior-codigo-penal-historia-dizem-especialistas>.

Por outro lado, há tentativas de alteração da Constituição Federal para não permitir a ampliação de casos legais de interrupção da gestação.

No começo de 2019, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29 (PEC nº 29), de 2015, foi desarquivada, pelo Senador Eduardo Girão³⁰, que incluía no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, a expressão “desde a concepção” na parte sobre o direito à vida. Dessa maneira, o direito à vida seria inviolável desde a concepção³¹.

A justificação da proposta visa dificultar a realização do aborto, pois afirma que a “*omissão o texto constitucional sobre a origem da vida vem permitindo grave atentado à dignidade da pessoa humana que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação*”. Consta, ainda, que sua finalidade é “*garantir o direito à vida de milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica*”.

Segundo o Senador que desarquivou a PEC, o objetivo da proposta não é modificar a legislação atual sobre a questão, em que se permite a realização de aborto no caso de estupro, risco de vida da mulher e a anencefalia do feto, mas evitar o ativismo judicial sobre o tema: “*A ideia é evitar que o Supremo Tribunal Federal possa legislar no lugar dos senadores. O Senado é que tem a prerrogativa para se posicionar sobre o tema*”.

Como se vê, também há um movimento contra uma possível descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, o que demonstra que o debate ainda será longo no Brasil.

³⁰ “PEC que proíbe aborto pode ser emendada para incluir as exceções da lei atual”. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/15/pec-que-proibe-aborto-pode-ser-emendada-para-incluir-as-excecoes-da-lei-atual>

³¹ A nova redação do artigo 5º, *caput*, da CF/88 ficaria da seguinte forma: “*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:*”.

5 Conclusão

Ao analisar a jurisprudência de diversas cortes constitucionais, observa-se que é comum às decisões selecionadas a conclusão de que a proteção constitucional da potencialidade de vida do feto não é absoluta e que o nascituro não se equipara a uma pessoa já nascida titular de direitos.

Diante de um caso claro de colisão entre direitos fundamentais (vida do nascituro e dignidade da mulher), nenhum direito pode ser absoluto, de maneira que o Estado deve ponderar entre eles e chegar a uma solução equilibrada.

O Estado tem interesse legítimo de proteger a vida do nascituro, inclusive por normais penais, porém tal proteção não pode ser absoluta, tendo em vista que existem outros interesses e direitos em questão, em especial a dignidade humana, saúde, integridade física e moral, e a liberdade e privacidade da mulher.

É comum às decisões a afirmação de que há uma gradação do interesse do Estado em proteger a potencialidade de vida do feto a medida em que os meses de gestação vão avançando. Quanto mais tempo passa, mais forte é o interesse estatal e perde espaço a autodeterminação da mulher, tendo em vista o grau de desenvolvimento do feto.

A decisão de interromper a gravidez, em sua fase inicial (primeiro trimestre), é uma escolha moral e privada da mulher, que não pode estar sujeita ao controle do Estado. No início da gestação, a autonomia da mulher deve ser absoluta.

Ademais, a proteção a potencialidade de vida do nascituro não precisa ser feita necessariamente pelo direito penal.

A previsão de um procedimento em que a mulher deve passar por uma consulta prévia, com um período mínimo de alguns dias de reflexão entre a consulta e a realização do aborto, pode ser mais efeito do que a criminalização.

Ao analisar a jurisprudência estrangeira, conclui-se que o Brasil ainda está muito atrasado na discussão sobre a despenalização do aborto no início da gestação.

Enquanto em vários países ocidentais a questão já era pacificada, em 2012, na ADPF 54/DF, o STF permitia a realização da interrupção da gestação de feto com anencefalia, hipótese em que não há potencialidade de vida do feto.

Portanto, o caminho para a descriminalização ainda é longo no Brasil e se espera que o STF ou Congresso Nacional se inspire na experiência internacional relatada nesse trabalho.

Bibliografia

Decisões judiciais:

Acórdão n. 75/2010 – disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

ADPF 54, STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001. *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*. Conselho Constitucional da França. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446DC.htm>.

HC 124.306/RJ, STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&text=.pdf>.

Morgentaler, Smoling, Scott v. The Queen. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>.

Roe x Wade. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep410113/>.

Sentenza n. 27, 1975, Corte Constitucional. Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>

Sentencia 53/1985, Tribunal Constitucional da Espanha. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>

Doutrina:

ANJOS, Karla Ferraz dos. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos.** Saúde em debate: revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul./set. 2013.

MORAIS. Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher.** Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição.** Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, p. 43-82.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de jurisprudência Internacional. Aborto.** ed. 03, 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>