A (In) Constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo de Direito Comparado

The (Un) Constitutionality of the Voluntary Termination of Pregnancy in Brazil: A Comparative Law Study

Adriane Rampazzo

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Membro da Subcomissão da Verdade da Escravidão Negra no Rio Grande do Sul instaurada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Secção RS. Bolsista do Gabinete de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO: Este trabalho discute a (in)constitucionalidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil no que diz respeito à proteção jurídica da vida humana, ao direito à saúde, principalmente em relação à saúde psíquica, e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Para tanto, busca suporte no Direito comparado para verificar o modo como Estados Unidos, França e Portugal lidaram, ou ainda lidam, com esse tema. Ademais, uma vez que no Brasil, a proibição da interrupção voluntária da gravidez não impede sua prática, levando mais de 1 milhão de mulheres, todos os anos, a fazê-lo clandestinamente, entendemos que uma interpretação da Constituição no sentido da descriminalização pode reduzir o descompasso entre a norma legal vigente e as práticas sociais, conferir status de direitos humanos ao direito da mulher de decidir sobre seu próprio corpo, além de contribuir para a construção de uma realidade social e um direito mais dignos.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; descriminalização; aborto; constitucionalidade; direito à saúde; autonomia da mulher.

KEY-WORDS: Brazil, decriminalisation, abortion, constitutionality, right to health, woman´s autonomy.

ABSTRACT: This paper discusses the (un) constitutionality of the decriminalization of the voluntary termination of pregnancy in Brazil concerning the legal protection of human life, the right to health, especially psychological health, and women's sexual and reproductive rights. To do so, it seeks support in comparative law to verify how the United States, France and Portugal have dealt, or still deal, with this issue. In addition, since in Brazil the prohibition of voluntary termination of pregnancy does not prevent its practice, leading more than 1 million women, every year, to clandestine abortion, we believe that an interpretation of the Constitution in the sense of decriminalization may reduce the discrepancy between current legal norms and social practices, granting human rights status to woman's right to decide on her own body, as well as contribute to the construction of a more dignified social reality and law.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A interrupção voluntária da gravidez no Brasil: comportamento social diante da atual criminalização; 1.1. Breves comentários sobre o desenvolvimento legislativo do tema; 2. Análise do debate constitucional da interrupção voluntária da gravidez no Brasil e no Direito Comparado; 2.1 Proteção jurídica da vida humana intrauterina; 2.2. O direito à saúde; 2.3. O direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo. Considerações finais. Referências bibliográficas

SUMMARY: Introduction - 1. The voluntary termination of pregnancy in Brazil: social behaviour considering the current criminalization law; 1.1. Brief comments on the legislative development of the topic; 2. Analysis of the constitutional debate on the voluntary termination of pregnancy in Brazil and in Comparative Law; 2.1 Legal protection of intrauterine human life; 2.2. The right to health; 2.3. A woman's right to have control over her own body. Final considerations. Bibliographical references

INTRODUÇÃO

Ao redor do globo, as discussões relacionadas com o tratamento jurídico que deve ser conferido à interrupção voluntária da gravidez[1] são marcadas

1 Neste estudo, a utilização do termo interrupção voluntária da gravidez ou da sigla IVG guia-se pela escolha semântica

por profundas, e até passionais, divergências que, longe de se limitarem aos argumentos jurídicos, morais e/ou de saúde pública, envolvem, principalmente, questões religiosas. No Brasil, não é diferente. Tendo o Código Penal criminalizado o aborto nos seus arts. 124 a 128, desde 1940 o debate legislativo do tema pouco evoluiu, concentrando-se na ampliação da criminalização, sendo que as raras propostas de redução das restrições a interrupção da gravidez apresentadas até hoje, não encontraram eco no Parlamento brasileiro.

Ainda que a interrupção da gravidez só seja legalmente permitida quando a gravidez significar risco para a vida da gestante, resultar de estupro ou nos casos de gravidez de feto anencéfalo, não é o que se observa na prática. Esse estudo parte da constatação empírica de que a criminalização do aborto obriga centenas de milhares de mulheres, sobretudo as mais humildes, a recorrer a procedimentos clandestinos e perigosos realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene[2].

O aborto é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores problemas políticos criminais da atualidade: segundo as estimativas mais comedidas, ascende a 1 milhão o número de abortos clandestinos realizados todos os anos no Brasil. As sequelas decorrentes destes procedimentos representam, hoje, a 5ª maior[3] causa de mortalidade materna no país, ceifando, todo ano, centenas de vidas de mulheres jovens, que poderiam e deveriam ser poupadas.

Ainda que a criminalização da interrupção da gravidez pretenda tutelar a vida uterina, o número de processos instaurados e de condenções proferidas pela prática do crime é ínfimo, evidenciando que a lei penal parece ter sido subvertida e que a discussão desse tema converteu-se num espaço de mero debate ético. Fará sentido, ainda assim, manter a incriminação do aborto[4]? É legítimo restringir o direito de a mulher dispor do próprio corpo punindo o aborto? E, mais do que legítimo, será mesmo obrigatório punir (pelo menos em alguns ou, até, em todos os casos) tal crime para tutelar a vida pré-natal?

A resposta a estas questões envolve, forçosamente, a consulta da Constituição para verificar se há colisão ou, ainda, se há conflito aparente entre

realizada pela legislação portuguesa e também pelo afã de diferenciar o ato de interromper voluntariamente a gravidez do fato previsto nos arts. 124 a 128 do CPB.

2 Cf REDE Feminista de Saúde. **Dossiê Aborto:** Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. p.23

3 Cf. relatório elaborado pelo governo brasileiro para o evento "Pequim + 20", que aconteceu na 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York, em março de 2015, p. 27. Disponível em < http://www.onumulheres.org.br/pequim20/#>. Acesso em 26 abr. 2016

4 Cf. PEREIRA, Rui. **O Crime de Aborto e a Reforma Penal.** A.A.F.D.L, 1995, p.79.

direitos fundamentais e analisar a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil a partir dos preceitos que garantem a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde, a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Além disso, buscaremos suporte no Direito Comparado, analisando como evoluiu o debate jurisdicional nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e em Portugal e como essas nações lidaram, ou ainda lidam, com essa questão tão importante quanto polêmica.

Assim, este estudo pretende através da ponderação de valores constitucionais, aferir a (in)constitucionalidade da criminalização do aborto nos casos em que haja risco comprovado à saúde física ou psíquica da gestante. Desde já, parece-nos que a resposta para essa questão reside na consideração do sofrimento materno envolvido na continuação da gravidez e na criação de uma criança "pesadamente onerosa na sua saúde e/ou no seu corpo"[5] e no reconhecimento de que a sociedade não tem meios de resolver ou compensar a mulher grávida das dificuldades psicológicas e sociais por que teria de passar. Neste contexto, a revisão da legislação sobre aborto, elaborada em 1940 sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, torna-se um verdadeiro imperativo constitucional.

1. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: COMPORTAMENTO SOCIAL DIANTE DA ATUAL CRIMINALIZAÇÃO

A primeira interpretação do conjunto normativo penal em foco é a de que é crime antecipar a gravidez do feto, de modo a inviabilizar a formação do respectivo ciclo biológico. Noutros termos, para a criminalização do aborto é suficiente a conduta provocada ou consentida, com intuito de impedir que um feto venha a concluir todo o ciclo da sua formação. Desde 1940, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas hipóteses de interrupção da gravidez permitidas pela legislação[6]: o aborto necessário ou terapêutico e o aborto sentimental, humanitário ou ético.

5 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Comentário ao § 37 do artigo 142º do Código Penal, in **Comentário Conimbricense do Código Penal**, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

6 Cf. CPB, art. 128, incisos I e II.

O aborto necessário ou terapêutico é justificável pelo estado de necessidade[7], em face de diagnósticos médicos que atestem inviabilidade da vida da gestante sem a interrupção da gravidez. Na escolha entre os dois bens jurídicos, a vida da gestante ou a do feto, opta-se pela certeza da vida adulta, afastando-se o que ainda é uma possibilidade, sobrevalorizando-se a vida da gestante em detrimento da do feto. Neste caso, o Código Penal não considera o ilícito do procedimento adotado, mesmo sem o consentimento da gestante, "se justificada por iminente perigo de vida" (art. 146, § 3º CPB). A segunda excludente de ilicitude relativa ao aborto é aquela em que a gravidez é resultante de estupro, chamado de aborto sentimental, humanitário ou ético. Neste caso, ainda que o feto seja perfeitamente viável, dada a violência psíquica da ocorrência e a provável complexidade da relação entre mãe e filho resultante do estupro, a legislação penal desde 1940, tutela a saúde psíquica da mulher, deixando à sua escolha a continuidade ou não da gravidez. Com efeito, é possível aferir um norte interpretativo a partir das opções do legislador, que transitaram entre o estado de necessidade, na primeira hipótese, e a inexigibilidade de conduta diversa, nesta última, sobre o que trataremos, com mais vagar, nas próximas páginas.

Em 2012, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 pelo Supremo Tribunal Federal, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo foi descriminalizada. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Prevaleceu a tese de que, nestes casos, não haveria vida a ser protegida, que a anencefalia é uma condição incompatível com a vida e que a obrigação de levar a termo uma gravidez em que, ao final, haveria um caixão e não um berço seria uma afronta à dignidade da mulher e uma forma de submetê-la à tortura[8].

Todavia, ainda que, no Brasil, o aborto só seja legalmente permitido nesses três casos, não é o que se observa na prática. Um dos pontos de partida deste estudo é a constatação empírica de que a criminalização do aborto obriga, segundo as estimativas mais comedidas, aproximadamente 1 milhão

7 Cf. Zaffaroni e Pierangeli, "o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor lesão a um bem jurídico que corria perigo de sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos precisos (...) o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita." (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. Vol. 1. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

8 Cf. STF ADPF 54 DF, Relator: Min. AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 12/04/2012. Voto Min Relator: Marco Aurélio, p. 54. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso 24 fev 2016

de mulheres oriundas, sobretudo, dos extratos sociais mais baixos, a recorrer a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene[9] e, ainda que o número de processos instaurados e de condenções proferidas pela prática do crime seja ínfimo, a interpretação da norma penal brasileira conduz a gestante que hoje opta pela interrupção da gestação à condição de autora de crime, servindo muito mais à estigmatização, do que a salvar vida de fetos.

O distanciamento entre a legislação brasileira em vigor e as práticas sociais é um fenômeno identificado por diversas pesquisas realizadas no país e relatado por profissionais da área que, diariamente, atendem mulheres que procuram o sistema público de saúde por complicações relacionadas ao aborto. O descompasso entre lei e prática cria um problema objetivo de saúde no Brasil: o aborto é realizado com grande frequência, mas sob condições de risco, e o tratamento das complicações é protelado ao máximo, por receio da punição. O atendimento tardio é menos eficaz, mais caro e menos capaz de evitar sequelas do que ocorreria caso o medo da punição não fosse uma barreira para a busca de assistência. Na prática, efetivamente, o que a legislação atual faz é dificultar o funcionamento das políticas de saúde no Brasil[10].

Das pesquisas realizadas até hoje e dos relatos coletados, depreende-se que o aborto é uma prática comum entre as mulheres, cujos saberes são compartilhados e mantidos como uma cultura reprodutiva feminina e sigilosa. Indiferentemente à lei penal, pelos mais variados motivos, as mulheres abortam: porque são muito pobres e não têm condições de arcar com uma gravidez; porque precisam trabalhar, e o mercado de trabalho rejeita mulheres grávidas[11]; porque sofrem violência doméstica e não querem expor mais um filho à violência e/ou porque a gravidez as manteria presas a um relacionamento abusivo[12]; devido à cobertura insuficiente de medidas anti-

9 Cf REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto:** Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. p.23

10 Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. "Os autores respondem", **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 7, p. 1687-1688, jul. 2012 . Disponível em <.http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000700006>. Acesso em 20 abr. 2016.

11 Nesse sentido, "o maior desafio do feminismo e dos estudos de gênero parece ser o de retomar a luta em duas frentes: o da igualdade entre os sexos no mercado de trabalho e a da proteção à trabalhadora na reprodução". Cf. BRUSCHINI, Cristina. Trabalho feminino: trajetória de um tema, perspectiva para o futuro. **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1994, (pp. 17-32), p. 29.

12 Estudos recentes mostram que mulheres que procuram por aborto têm sete vezes mais chances de ter experimentado violência doméstica. Cf. ROBERTS et al.: Risk of violence from the man involved in the pregnancy after receiving or being denied an abortion. BMC Medicine. 2014. 12:144. Disponível em <http://bmcmedicine.biomedcentral.com/arti-

concepcionais[13] – seja pela falta de acesso a anticoncepcionais, pela falta de conhecimento para o uso correto e/ou pela, não rara, falha de métodos contraceptivos corretamente utilizados; e, por fim, simplesmente porque não querem levar a gravidez adiante.

Atualmente, o aborto inseguro[14] ou clandestino é um problema da "mulher comum brasileira". Segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA)[15], publicada em 2010, e cujas conclusões, tidas como referência pela Organização Mundial da Saúde (OMS), se mantêm inalteradas, uma a cada cinco mulheres com mais de 40 anos já fez, pelo menos, um aborto na vida[16]. Dito de outra forma: 20% das brasileiras em idade de gestação admitem ter abortado em algum momento do auge de sua vida fértil. Os níveis de internação pós-aborto são elevados e colocam o aborto como um problema de saúde pública no Brasil. Cerca de metade das mulheres que fizeram aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao aborto, o que corresponde a 8% das mulheres entrevistadas.

Em 2013, pela primeira vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizou uma **estimativa de que** o número de abortos realizados no Brasil pode ultrapassar um milhão de mulheres**.** De acordo com a pesquisa, mais de **8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto** na vida. Destes, **1,1 milhão de abortos** foram provocados. Abortos estes que têm **cor e renda**: no Nordeste, uma das mais pobres regiões do Brasil, o percentual de mulheres sem instrução que fizeram aborto provocado (37% do total de abortos) é sete vezes maior que o de mulheres com ensino superior completo (5%); entre

cles/10.1186/s12916-014-0144-z>. Acesso em 20 abr. 2016.

13 Cf. pesquisas do ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, Lancet, 2012, (pp.625–632)., p. 628. Disponível <https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America--SP.pdf>. Acesso em 20 abr. 2016.

14 A Organização Mundial de Saúde define como aborto inseguro a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene.

15 A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) é um levantamento por amostragem aleatória estratificada de domicílios que abrangeu 2.002 mulheres alfabetizadas com idades entre 18 e 39 anos, em todo o Brasil urbano. Realizado em 2010, sob a coordenação da antropóloga e professora da Universidade de Brasília, Debora Diniz, o objetivo da PNA foi oferecer dados sobre aborto no Brasil, a fim de subsidiar ações de saúde pública para as mulheres em idade reprodutiva e fornecer informações necessárias para o desenho de novas sondagens do tipo e parâmetros para estimativas indiretas. Esta pesquisa conseguiu registrar o número de mulheres brasileiras que abortaram e apontou que o número de abortos realizados no país é superior ao contabilizado, não só porque uma mesma mulher pode abortar mais de uma vez, mas também porque as mulheres analfabetas e as áreas rurais do Brasil não foram cobertas pelo inquérito. Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010 . Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002.> Acesso em 20 abr. 2016.

16 Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo, 2010. Idem p. 962.

as **mulheres negras**, o índice de aborto provocado (3,5% das mulheres) é o dobro daquele verificado entre as brancas (1,7% das mulheres)[17].

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) realizou, em 2014, pouco mais de 1.600 abortos legais. Destes, cerca de 90% ocorreram em decorrência de gestação resultante de estupro, 5% por anencefalia do feto e 1% por risco de vida para a mulher. Este número, quando comparado ao número de procedimentos realizados pelo SUS relacionados, em sua maior parte, a complicações pós-aborto – que é de cerca de 190 mil por ano[18] –, evidencia uma diferença considerável e, para entendê-la é preciso ter claro que esses números são apenas uma ponta do iceberg: por um lado, dadas as dificuldades para realizar-se um aborto no Brasil, muitas mulheres que teriam direito a ele recorrem às clínicas clandestinas e, por outro, estudos realizados desde 1992 sobre estimativas de abortos revelam que o número de abortos induzidos é quatro ou cinco vezes maior do que o de internações[19].

Entretanto, na vida de todos os dias, o aborto clandestino não é necessariamente inseguro. Ele pode ser feito em clínicas clandestinas, porém com todas as condições de higiene e por médicos treinados, quando a mulher tem dinheiro para pagar. Se uma mulher de classe média ou alta engravidar e, por diferentes motivos, essa gravidez for indesejada, ela vai a uma clínica particular, paga entre 5 e 15 mil reais e interrompe a gestação com segurança. Seus dilemas são pessoais e internos, já que a decisão de abortar costuma ser difícil, mesmo quando há convicção pessoal de que é impossível levar aquela gestação adiante, mas essa mulher não precisa temer ser presa e, muito menos, morrer por um aborto mal feito. Já para as mulheres pobres, abortar significa correr o risco de ser presa ou de morrer. Como uma clínica segura custa entre 6 e 17 salários mínimos, as brasileiras pobres só podem se arriscar a métodos muito inseguros e, mesmo assim, o fazem por acreditar que o risco é menor do que levar a gestação até o fim[20].

Assim, diante deste panorama perverso, cabe-nos compreender o que legitima a criminalização se, ao longo da vida reprodutiva, um quinto das

17 Cf. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/pesquisas/pns/default.asp?o=23&i=P>. Acesso em 25 abr. 2016.

18 Cf. Relatório elaborado pelo governo brasileiro para o evento "Pequim + 20", Op. cit, 2015, p. 32.

19 Cf. MONTEIRO, Mario Francisco; GIANI; Adesse, Leila. Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005). p.47. Disponível em <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf>. Acesso em 26 abr. 2016.

20 Cf. BRUM, Eliane. Sobre aborto, deficiência e limites, 2016. **Jornal El País.** Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html>. Acesso em 15 fev 2016.

mulheres brasileiras fez aborto, muitas com apoio de outras mulheres, companheiros ou familiares e discutir medidas que reduzam o descompasso entre a norma legal vigente e as práticas sociais.

1.1. Breves comentários sobre o desenvolvimento legislativo do tema

A análise do desenvolvimento legislativo sobre a questão do aborto nos revela que, atualmente, os debates sobre o tema se concentram na ampliação da criminalização do aborto, e as poucas propostas de redução das restrições ao aborto apresentadas até hoje não encontraram eco no Parlamento brasileiro.

Desde a redemocratização do país, completada com a promulgação da Constituição de 1988, foram discutidos projetos de lei que pretendiam eliminar do Código Penal a exceção feita aos casos de gravidez resultante de estupro (PL 5364/2005); criminalizar o aborto terapêutico através da revogação de todo o art. 128 do Código Penal (PL 7235/2002); tipificar e criminalizar o aborto como crime de tortura (PL 1035/1991 e PL 2423/1989); e tipificar como crime a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável (PL 5166/2005). Destes, somente o PL 5166/2005 segue em tramitação, tendo sido desarquivado em 11/02/2015, 3 anos depois do STF ter descriminalizado a interrupção de gravidez de feto anencéfalo a partir do julgamento da ADPF 54[21].

Neste mesmo período, a maioria dos projetos que propuseram a redução às restrições atuais ao aborto foram arquivados: o PL 1174/1991[22], que dispunha sobre a autorização do aborto quando a gravidez representasse riscos de vida e saúde física ou psíquica da gestante, foi arquivado em 2008; o PL 1135/1991, que pretendia suprimir o art. 124 do Código Penal e assim descriminalizar o aborto, foi arquivado em 2012[23]; e o PL 176/1995[24], que pretendia não apenas a legalização do aborto sem restrições (exceto a idade gestacional "até 90 dias"), mas também que a rede hospitalar pública e conveniada fosse obrigada a proceder ao aborto mediante simples manifestação de vontade da

21 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=89794>). Acesso em 27 abr. 2016

22 Disponível em http (<//www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>). Acesso 27 abr. 2016

23 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>) Acesso 27 abr. 2016

24 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>)

interessada, foi arquivado em 2011. Atualmente, tramita no legislativo federal o PL 7633/2014[25] que, ao dispor sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal, prevê que as mulheres que abortaram recebam o atendimento na rede de saúde pública.

Recentemente, a discussão da regulamentação do aborto foi retomada no legislativo federal a partir de uma sugestão popular - Sugestão Legislativa nª 15 de 2014 - que contou com o apoio de mais de 20 mil assinaturas e, desde maio de 2015, a Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal vem realizando audiências públicas interativas para discutir a proposta que pretende "regular a interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo SUS – Sistema Único de Saúde"[26]. A despeito dessa importante iniciativa popular, tem-se observado que o debate tem sido engessado pela polarização que tem marcado as discussões políticas no país e, também, por argumentos religiosos que não refletem a laicidade do Estado e, tampouco, os direitos das mulheres.

Estão em curso também, desde setembro de 2015, discussões na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados sobre um projeto de lei - PL 5069/2013[27] - que torna crime o anúncio de métodos abortivos e a prestação de auxílio ao aborto, especialmente por parte de profissionais de saúde, o que impactaria diretamente o atendimento às vítimas de violência sexual. A proposta dificulta o acesso ao aborto já legalizado e o atendimento regulamentado pela Lei 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. No texto do relator, o projeto sugere que apenas seja considerada violência sexual práticas que resultem em danos físicos e psicológicos (diferente do que dispõe atualmente o Art. 2º da Lei 12.845/2013[28], que considera violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida) e que a prova deverá ser realizada por exame de corpo de delito. Neste mesmo sentido, tramita o PL 6033/13[29] que revoga a Lei 12.845/2013.

Há ainda outros projetos de lei que pretendem dificultar o acesso ao aborto legal: o PL 1545/2011[30], que prevê pena de 6 a 20 anos para médico

25 Disponívelem (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>)

26 Disponível em (<http://www12.senado.leg.br/hpsenado>) Acesso em 25 abr. 2016

27 Disponível em: (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>) Acesso em 25 abr. 2016.

28 Disponível em (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>) Acesso em 25 abr. 2016.

29 Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586008 Acesso em 25 abr. 2016.

30 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507573>) Acesso 27 abr. 2016

que realiza aborto, além da cassação do registro profissional (atualmente, a pena pode ser de 3 anos e, só em caso de morte, há pena de prisão máxima de 20 anos); o polêmico Estatuto do Nascituro[31] (PL 478/2007), que também está em discussão no Congresso, que proíbe o aborto mesmo em caso de estupro e que, assim como o PL 7443/2006[32], transforma o aborto ilegal em crime hediondo. Nessa mesma toada, tramita a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 164/2012[33], que dá nova redação ao caput do art. 5ª da Constituição Federal, estabelecendo a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

Além das discussões acerca do aborto legal, também as medidas profiláticas e de acesso a métodos contraceptivos estão em pauta: o PL 1413/2007 quer proibir a distribuição, a recomendação pelo SUS e a comercialização, pelas farmácias, da pílula do dia seguinte por considerar que anticoncepção de emergência pode ser abortiva, se tomada após uma relação sexual realizada no ápice do período fértil[34].Contudo, a "pílula do dia seguinte" atua sobre o óvulo fecundado antes da nidação e, conforme consagrado no direito comparado, nomeadamente na lei alemã, só constitui aborto a ação dirigida contra o óvulo já implantado no útero materno. Já a lei portuguesa, ainda que implicitamente, considera que o aborto é um "crime contra a vida intrauterina"[35].

A análise de toda a discussão legislativa acerca do aborto no Brasil deixa claro que o legislador brasileiro, no gozo de sua considerável margem de discricionaridade na delimitação da incriminação do aborto[36], precisa debater com seriedade este tema que é, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes problemas político-criminais da atualidade. Ademais, considerando que o número de abortos clandestinos praticados por ano no Brasil chega a 1

31 O Art. 13 deste projeto de lei dispõe que "O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando lhe, ainda, os seguintes: I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante; II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos; III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento. Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>) . Em complemento ao Estatuto, o PL 3748/2008, concede pensão à mãe que mantenha a criança nascida de gravidez decorrente de estupro, o que ficou popularmente conhecido como "bolsa-estupro". Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405056>). 27 abr. 2016.

32 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=333041>) Acesso 27 abr. 2016.

33 Disponível em (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>) Acesso 27 abr. 2016.

34 Os críticos apontam que, diante de um tema tão sensível e controverso como o aborto, este projeto de lei representa mais um entrave ao já deficiente atendimento que as vítimas de abuso sexual recebem nas unidades de saúde vez que, em não havendo uma legislação específica, a prolaxia da pílula do dia seguinte ficará ao arbítrio dos profissionais de saúde. Além disso, sabe-se que, no mais das vezes, as vítimas de violação não procuram auxílio médico e têm como único método de contracepção disponível a pílula do dia seguinte.

35 Cf. PEREIRA, Rui . Op., cit, p..81.

36 Cf. PEREIRA, Rui.Idem, p. 71-78 e 79-80.

milhão, acarretando, frequentemente, para além da morte do nascituro, graves consequências físicas e psíquicas para as mulheres e uma quantidade ínfima de processos instarurados e/ou condenações são proferidas, pode-se concluir que o "sistema penal está em crise enquanto tutor da vida pré-natal" e que a lei penal parece ter sido pervertida, convertendo-se num espaço de mero debate ético. Assim, torna-se premente a indagação: Fará sentido, ainda assim, manter a incriminação do aborto?[37]

2. ANÁLISE DO DEBATE CONSTITUCIONAL DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

A análise deste tema envolve, essencialmente, o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro lado, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – seja os que nasceram, seja os que estejam para nascer. Para tal, buscamos suporte nas experiências estrangeiras para atestar o grau de complexidade da matéria que ainda precisa ser enfrentada no Brasil[38] e averiguar se a tipificação penal da interrupção da gravidez coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde da mulher.

2.1 Proteção jurídica da vida humana intrauterina

A análise da constitucionalidade da IVG passa obrigatoriamente pela ponderação entre a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida, na medida em que nenhum dos interesses em conflito tem caráter absoluto[39]. O intérprete constitucional não pode contemplar somente a perspectiva dos direitos da mulher nem a proteção da vida do nascituro pode prevalecer incondicionalmente frente a esses direitos e, por isso, deve ponderar os bens e direitos, harmonizando-os no que for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que é

37 Cf. PEREIRA, Rui Idem, p.79.

38 Cf. ADPF 54 DF, Op. cit. Voto Voto Min. Gilmar Mendes p. 276.

39 Esse foi o entendimento do Conselho Constitucional francês em 1975 quando realizou o controle preventivo da constitucionalidade da Lei nº 75-17 que permitia à mulher grávida interromper a gravidez durante as primeiras dez semanas de gestação. Cf. decisão reproduzida em FAVOREAU, Louis; PHIPLIP, Löic. **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel.** 10e. ed., Paris: Dalloz, 1999, (pp. 317-318). p. 17.

possível admitir a prevalência de um deles[40]. Esse tema em particular, foi um dos mais debatidos em todas as Cortes que já realizaram o controle constitucional da descriminalização da IVG.

Na Alemanha, no julgamento, conhecido como "Aborto I"[41], a Corte entendeu que a proteção à vida não deveria fazer distinção entre o ser humano "pronto" e o nascituro e rechaçou a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento. Reconheceu que, ainda que a relação feto-gestante fosse bastante peculiar, o nascituro é um ser em desenvolvimento, independente, dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, o que deveria iniciar-se a partir do 14º dia de gestação (momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno)[42].

Sobre o mesmo tema o Tribunal Constitucional Português, no exercício de controle preventivo de constitucionalidade da Lei n. 06/84 que passou a permitir o aborto nos casos de risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual e que foi impugnada em razão de suposta violação ao direito à vida do nascituro, entendeu que a Constituição tutela o direito à vida do feto, mas não com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas, e que a questão da autorização legal do aborto depende de ponderação entre este direito à vida do nascituro com outros direitos fundamentais da mãe[43]. Em 1985, a problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser aflorada, em sede de fiscalização sucessiva, pelo Tribunal Constitucional. No Acórdão nº 85/85 o entendimento majoritário foi no sentido de que só pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – uma vez que não há direitos fundamentais sem sujeito – o que não vale diretamente para a vida intrauterina e para os

40 Cf. ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx.> Acesso em 18 maio de 2016

41 Em 1974, uma reforma do Código Penal alemão havia descriminalizado o aborto praticado por médico, consentido pela gestante, nas 12 primeiras semanas de gestação mas, contra esta lei, foi ajuizada uma ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, julgada em 1975, que acabou por criminalizar a IVG, exceto nos casos de risco à saúde da mãe e em casos de patologias fetais. Cf. PEREIRA, Rui, Op. Cit. p.85

42 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p.19

43 "A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde ... o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto 'não nascido', não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir... (...) E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido." Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 25/84, de 4 de Abril. Diário da República - 2.ª série, nº 80, de 04.04.1984.

nascituros[44] e inovou ao fazer uma distinção didática entre garantia da vida humana (que abarca a vida pré-natal) e direito à vida propriamente dito (de que serão apenas titulares as pessoas já nascidas)[45].

Para ampliar a discussão, recorremos à metáfora da "Tábua de Carneades"[46-47] em que os autores questionam como deveriam agir dois náufragos que estivessem em mar alto sobre uma tábua com capacidade para suportar apenas um náufrago: poderia um deles–empurrar o outro, condenando-o à morte para salvar a sua própria vida? Entende-se que a conduta do náufrago é ilícita, é contrária ao direito e desvaliosa ou danosa socialmente, mas não é censurável porque não se pode exigir do naufrágo um comportamento que, para ser conforme ao direito, deveria ser heroico.

Para transpor esta situação para o domínio do aborto, precisamos considerar que a mulher grávida, em relação ao nascituro, não é apenas um náufrago concorrente mas, outrossim, a própria tábua[48]. Para melhor adaptar o exemplo da tábua, é preciso pensar num náufrago que é obrigado a boiar à tona da água para o outro (que não sabe nadar) se colocar em cima dele. Não podemos afirmar que o náufrago tenha o dever de sacrificar a sua liberdade de movimentação e o seu já reduzido bem-estar físico, servindo de boia ao seu companheiro. Mesmo se o "náufrago-boia" fosse o pai do outro náufrago, não subsiste o dever de salvamento quando a sua efetivação provoque a morte ou uma ofensa corporal grave a ele.

Ainda, para completar a analogia, precisamos considerar que o feto, embora um ser vivo, não é um ser cuja gestação esteja concluída: ao contrário do filho do náufrago, não é, ainda, "sujeito de uma vida". Na verdade, o valor da vida uterina só se pode afirmar por ela ser vida autônoma em devir. Se, por absurdo, o feto não nascesse e se tornasse um ser humano independente, nem sequer faria sentido discutir a relevância penal do aborto. É por isso que se aceita que o aborto seja menos gravemente punível do que o homicídio, que não seja decretada a sua punibilidade a título de negligência e que seja penalmente irrelevante qualquer atentado contra a vida pré-uterina.

44 Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 85/85, de 25 de Junho. Diário da República - 2.ª série, nº 143, de 25.06.1985.

45 Cf. ALMEIDA COSTA, António Manuel de. **Aborto e Direito Penal,** Ed. Coimbra, 1984, p.81)

46 Cf. Stratenwerth, p. 138; Jescheck, p. 433 APUD PERREIRA, Rui. Op cit. p.98

47 Nesta mesma linha de que a questão da vida do embrião ou feto é irrelevante para o reconhecimento do direito da mulher ao aborto, Judith Jarvis Thompson formulou a tese mais conhecida: a metáfora do "violinista e do bom samaritano". Ver THOMPSON, Judith Jarvis. "A Defense on Abortion". In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law.** Oxford: Oxford University Press, 1977, (pp. 112-128)

48 Cf. PERREIRA, Rui.Idem, p.99

Do mesmo modo, poder-se-á aceitar, numa situação de conflito com outros bens jurídicos (distintos já da vida ou da integridade física da mãe), o sacrifício do nascituro-perspectiva que permite aceitar a justificação do crime de aborto em algumas hipóteses de conflito com a vida ou a saúde da mãe (indicação terapêutica); no caso de conflito com a própria liberdade da mãe, quando a gravidez for resultado de violação (indicação ética) e até no caso de conflito com a subsistência da mãe e da família, se esta não for socialmente assegurada (indicação social)[49].

Podemos iniciar a discussão sobre a constitucionalidade da descriminalização da IVG no Brasil, tendo presente que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como os demais aqui estudados, protege a vida humana intrauterina. Para além da garantia do direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, a Constituição protege igualmente a própria vida humana, o que abrange também a vida pré-natal, mesmo que ainda não investida numa pessoa. Todavia, este regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas[50], donde decorre que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação e tem intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido, uma vez que a tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extra-uterina[51]. Desta forma, tem-se, no tempo de gestação, fator determinante para a averiguação do nível de proteção constitucional que deve ser atribuído à vida pré-natal, em cada uma das suas fases.

De todo modo, é preciso reconhecer que a ideia de que proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente no ordenamento brasileiro, e isto pode ser observado quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto – 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal), com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código).[52] A percepção geral de que a vida vale muito mais depois

49 Cf. PALMA, Maria Fernanda. A justificação por legítima defesa, Vol. 1, AADFL, Ed. Rev. 2015, p 243 e 568-569

50 Cf. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 2ª ed., vol I. , Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

51 Cf. CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y la Bioetica ante los Limites de la Vida Humana.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

52 Rui Pereira sustenta (pp. 95 e 101) que a identiddade de valor da vida pré e pós-natal "pode fundamentar-se na metafísica e na religião, mas não é imposta pelo direito". Pelo contrário, a discrepância entre o aborto e o homicídio, a

do nascimento pode ainda ser observada nos casos de aborto espontâneo: mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto, por mais que se trate de um fato extremamente doloroso, para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido[53]. Essa noção, ainda que fortemente arraigada no sentimento social, também repousa sobre fundamentos científicos. Nos tempos atuais, já não se tem dúvidas acerca da absoluta impossibilidade de que o feto apresente capacidade mínima para a racionalidade, pelo menos até a formação do córtex cerebral (antes da décima segunda semana, não está formada a estrutura cerebral, só a partir da vigésima semana se desenvolvem as funções cerebrais superiores e, apenas a partir da vigésima terceira semana, poderá existir um ser autônomo viável[54]).

Por todas estas razões, afirma-se que o nascituro, como vida humana e como projeto de pessoa, merece a proteção do ordenamento jurídico e da Constituição, mas não o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa[55]. Não obstante, não é o feto ainda pessoa. É pessoa *in fieri,* pessoa potencial, mas ainda não é pessoa, da mesma forma que uma semente pode ser qualificada como árvore em potencial, mas nunca como árvore[56]. Assim, uma vez que a proteção constitucional brasileira à vida intrauterina é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas[57], podendo ceder, mediante uma ponderação de direitos fundamentais e de interesses constitucionalmente protegidos

impunibilidade do aborto negligente e a irrelevância penal de todo o atentado contra a vida pré-uterina apontam para uma diversidade valorativa.

53 SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**, 2005. p.30 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br.>.Acesso em 18 maio de 2016.

54 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.80-81.

55 Neste ponto, cumpre esclarecer que vida humana e pessoa humana não são a mesma coisa. Indiscutivelmente, o embrião pertence à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humano. Por outro lado, embora habite o corpo da mãe, ele, obviamente, não se confunde com as vísceras maternas, ao contrário do que afirmavam os antigos romanos. Possui o embrião identidade própria, caracterizada pelo fato de que constitui um novo sistema em relação à mãe, e é dotado de um código genético que já contém as instruções para o seu desenvolvimento biológico. Trata-se, portanto, de autêntica vida humana. Por outra banda, o Código Civil brasileiro é expresso ao estabelecer, logo no seu art. 2º, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Neste sentido, tem o nascituro apenas uma personalidade potencial, que só vem a concretizar-se após o parto com vida, surgindo a personalidade jurídica só com o nascimento. Cf. MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto**. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: Ed. UNB, 1997, pp. 43-62.

56 Da mesma forma, a Ministra do STF Carmen Lúcia Antunes averbou que "há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana (...) O embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente (...)Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.". Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 22

57 O Tribunal Constitucional Espanhol no Acórdão53/1985também adotou, como premissa, a ideia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento. Para a Corte espanhola, muito embora a vida do embrião ou feto seja um bem constitucionalmente protegido, não há um direito fundamental a essa vida.

como saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade conscientes[58].

Neste mesmo sentido, pode-se afirmar que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, sendo certo que tal fator deve ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto. Além disso, não se pode olvidar que o estabelecimento de um prazo para a realização do aborto visa proteger a expectativa de vida como pessoa formada, que é tanto maior quanto mais a gravidez se aproxima do seu termo e, reflexamente, também se destina a tutelar a grávida, pois os riscos para a sua vida e saúde são tanto maiores quanto mais tarde for realizado.[59]

Em Portugal, esse tema foi amplamente debatido pelo Tribunal Constitucional durante o controle preventivo de constitucionalidade do referendo de 1998[60]. A Corte manifestou-se favoravelmente à despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial, reiterou o entendimento de que a vida intrauterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas, admitiu a ponderação entre esta vida e direitos fundamentais das mulheres e considerou que o tempo de gestação é critério adequado para a solução desta colisão de interesses constitucionais afirmando que "a 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"[61]. Entendeu ainda que nem o regime de proteção da vida intrauterina tem que ser "o mesmo que o direito à vida,

58 Cf. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. 1985.

59 Nestes termos, SILVA DIAS, Augusto Silva Dias. Apontamentos de Direito Penal II, 1996-97 aponta que os acórdãos do Tribunal Constitucional 85/85 e 288/98 assumiram o tempo de gestação do feto como critério de ponderação de interesses. O acórdão 288/98 define que a vida intra-uterina é "quase sempre prevalecente nas últimas semanas de gestação, enquanto que nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher.

60 Em Portugal, foram realizados 2 referendos sobre a interrupção da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas: em 1998, com 68% de abstenção, o NÃO venceu. Em 2007, 59% dos votos válidos foram pelo SIM, 40% pelo não e, novamente, houve abstenção de 56% do total de inscritos. A despeito de se tratar de consulta popular não vinculativa, nos dois casos a orientação popular foi acatada pelo Legislativo que fez com que a IVG só fosse descriminalizada após a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade do Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 617/2006 que impôs um sistema de aconselhamento, como ocorre na Alemanha, que não havia sido previsto pelo referendo.

61 O arresto acrescentou ainda que a harmonização entre a proteção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, passa pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção da gravidez cabe à própria mulher .Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 288/98. de 18 de abril. Diário da República 91/98 SÉRIE I-A 1º SUPLEMENTO.

enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros interesses constitucionalmente protegidos[62]"; nem a proteção da vida intrauterina deve "ser identificada em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formaçao do zigoto até ao nascimento". Daí que, nas primeiras dez semanas de gestação, passou a admitir a interrupção da gravidez por livre decisão da mulher, como meio – na discricionaridade do legislador – de assegurar a "concordância prática" entre o bem e o valor constitucional objetivo "vida intrauterina" e os direitos da mulher ao livre desenvolvimento da sua personalidade e à maternidade consciente.

2.2 O direito à saúde

No Brasil, a atual criminalização da IVG atinge duplamente o direito à saúde das mulheres: primeiramente, se tem a lesão aos direitos das gestantes, quando são obrigadas a levar a termo gestações que representam risco ou impliquem efetiva lesão à sua saúde física ou psíquica; em segundo, a lesão coletiva ao direito de saúde das brasileiras em idade fértil que leva centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeter-se a procedimentos clandestinos/inseguros[63].

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não nos parece razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde, sem que a ela seja facultado o direito de salvaguardar sua higidez física e psíquica através da interrupção da gestação Além disso, há que se ampliar o que se entende por saúde[64] - conjugando-a em saúde física e psicológica - no esteio do que nos ensinam as experiências estrangeiras, especialmente a francesa, que considera como dano à saúde psicológica[65] a angústia experimentada pelas mulheres que são obrigadas a levar adiante gestações indesejadas.

Na França, onde o debate constitucional diferencia-se dos demais países aqui estudados por ter se dado a partir de uma iniciativa do legislador e não do Judiciário, a Lei nº 75-17 passou a contemplar, para além de uma indicação terapêutica ampla, uma indicação por motivos pessoais

62 Cf. PINTO, Frederico Costa. Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal, Jornada sobre a revisão do Código Penal, AADFL, 1998, pp. 66 e ss

63 Cf. SARMENTO, Daniel. p. 37

64 Nesse sentido, já há no Brasil doutrina considerando que a criminalização do aborto se reduz a um tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física, mental e emocional, garantidos pela Constituição em seu art. 196, e que a gestante que provoca o autoaborto ou autoriza terceiro a realizá-lo está amparada pela inexigibilidade de conduta diversa. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 169.

65 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.81-82.

para autorizar a interrupção da gravidez. Devido a um estado de angústia (*detresse*) que a própria mulher grávida ajuíza, a IVG é permitida durante as primeiras dez semanas de gestação[66] ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou à sua saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de "doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico". Em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588 que ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa, para as mulheres adultas, a consulta prévia exigida até então em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação. O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na Decisão n. 2001-446, que a ampliação do período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez de 10 para 12 semanas quando a gestante se encontre numa situação de angústia não rompe o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre a salvaguarda da proteção da pessoa humana contra toda forma de degradação e da liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[67].

Nos Estados Unidos, a decisão do caso *Roe v. Wade 410 US 113 (1973)*[68] considerou que obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação indesejada pode provocar danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis mesmo no período inicial da gestação: danos psicológicos; comprometimento da saúde física e mental causados pelo cuidado com o filho; imposição a uma vida ou futuro infeliz à mulher que não desejava a maternidade ou à prole adicional; e também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada, além do problema de trazer uma criança para uma família psicologicamente - ou por qualquer outra razão - inapta para criá-la. A Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam, necessariamente, seguir ao legislarem sobre aborto. Assim, a livre e voluntária decisão da mulher e de seu médico pelo aborto é ampla no estágio inicial da gestação (primeiro trimestre), mas progressivamente condicionada nos demais estágios (trimestres), a fim de que os estados possam controlar a adequação entre os meios procedimentais de sua realização e os riscos à saúde e à vida da mulher. No segundo trimestre, o aborto continuaria

66 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.81-82.

67 Tradução livre do trecho da decisão que está disponível na íntegra em <http://www.conseilconstitutionnel.fr.>

68 Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina[69] –, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para a preservação da vida ou da saúde da mãe[70]. Além disso, ao tratar da preservação da vida e da saúde da mãe, a decisão incluiu a ponderação do número de filhos e da situação econômica da família como fatores decisivos para a autorização do aborto[71].

Nesse mesmo sentido, o Código Penal Português, em seu artigo 142, nº 1, autorizou o aborto quando este for o único meio de prevenir o surgimento de um perigo para a vida ou grave e duradoura lesão de saúde física ou psíquica da grávida[72]. Na Inglaterra, a Lei do Aborto, de 1967, contemplou uma indicação médico-social, ao admitir o aborto para evitar o risco de que a ofensa à saúde física ou mental da mulher grávida ou de alguma das crianças da família fosse maior do que as resultantes da interrupção da gravidez[73]. A necessidade de admitir a interrupção voluntária da gravidez em casos de risco devidamente constatado à saúde da gestante é reconhecida mesmo pelas cortes que optaram pela criminalização como regra geral como foi o caso da Corte Constitucional italiana, que declarou a inconstitucionalidade da norma incriminadora do aborto inserida no Código Penal, exatamente porque esta não previra a hipótese de interrupção da gravidez em decorrência de risco à saúde materna.

A legislação alemã traz como principal característica a prevenção do aborto por meio de mecanismos não repressivos, com a criação de medidas de caráter educativo, de planejamento familiar e benefícios assistenciais, com a finalidade de eliminar as causas materiais que pudessem fazer com que as mulheres deixassem de procurar a interrupção da gravidez[74]. A partir

69 Em decisões posteriores, como Planned Parenthood v. Casey, proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º trimestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extra-uterina. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 817-822.

70 Cf. DWORKIN, Ronald. Op., cit, p.73

71 Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76, p. 216, p.224-226.

72 Cf. FIGUEIREDO DIAS, Op., cit. Comentario $$ 26-30 ao artigo 142 e o $ 27 ao 142.

73 Cf. Nicolas Terrey, "England", Abortion and Protection of Human Fetus, op. cit, p. 75 e ss. APUD Rui Pereira, pag. 85

74 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p.14.

da decisão do Aborto II[75] a IVG passou a ser permitida nas 12 primeiras semanas de gravidez desde que, antes disso, a gestante fosse submetida a um serviço de aconselhamento, que tentaria demovê-la da ideia e, após aguardar um período de três dias, decidir pela interrupção da gravidez ou não. Nos Estados Unidos, a partir da decisão do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 US 833*, de 1992, os médicos passaram a ser obrigados a dar informações sobre os riscos do aborto e, somente 24 horas após a prestação dessas informações, a intervenção abortiva passou a ser prestada; no caso de a mulher grávida ser menor, passou a ser indispensável a autorização de seu pai ou de sua mãe[76]. Nesse mesmo sentido, na Espanha a descriminalização da IVG só foi declarada constitucional[77] quando o projeto passou a exigir um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de aborto terapêutico ou eugênico.

Em análise comparativa, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, tal como recomendado pelas Plataformas das Conferências do Cairo e de Beijing[78] não haverá como escapar da equânime solução de se concluir que, para a proteção ao direito constitucional à saúde da mulher, a legislação brasileira não só deve descriminalizar como também autorizar a realização dos procedimentos de interrupção voluntária da gravidez na fase inicial da gestação pelo sistema público de saúde, como o fazem a maioria dos países que já se debruçaram sobre esse tema. Na França, desde 1982, uma lei prevê a obrigação da Seguridade Social de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez[79].

75 Cf. PEREIRA, Rui, Op. cit. p. 86.

76 Cf. PEREIRA, Rui, Idem. 84.

77 Na Espanha, em 1985, foi aprovado um projeto de lei que alterou o Código Penal e passou a permitir o aborto em casos de risco grave para a vida ou a saúde física ou psíquica da gestante em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de malformação fetal, nas primeiras 22 semanas. Ao ser consultada, a Corte Constitucional, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, decidiu que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Cf. ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx.> Acesso em 18 maio de 2016

78 Para além disso, o Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres, comprometendo-se a eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, a assegurar a assistência à saúde das mulheres; assim como subscreveu Convenções Internacionais como a Convenção de Belém do Pará, que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos à tortura ou a sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde. Cf. 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz). Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>. Acesso em 06 out 2016.

79 Cf. RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques.** Tome 2. 6e. ed., Paris: PUF, 1997, p. 112-113.

2.3 O direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo

A gravidez e a maternidade têm intensa conexão com a ideia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento pode ser encontrado na própria ideia de dignidade humana da mulher, bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade, pela modificação radical que podem provocar no rumo da existência de uma mulher, sendo a escolha de ter ou não um filho uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher[80]. Se, por um lado, esta decisão pode conferir um novo significado à vida, por outro, pode sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais, pois, mesmo com todas as mudanças do mundo contemporâneo, ainda é sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos[81].

Em todos os ordenamentos jurídicos aqui estudados, a discussão da constitucionalidade da IVG se deu sob o prisma da dignidade humana, da privacidade, da autonomia e do respeito à autodeterminação de cada mulher ou homem, no senntido de que pudessem decidir sobre suas próprias vidas e se comportar de acordo com suas decisões, sem interferências do Estado ou de terceiros[82]. Nos Estados Unidos, a doutrina de garantia da privacidade (*privacy doctrine*) e o crescente movimento feminista foram determinantes para pressionar a flexibilização das legislações dos estados[83], que culminou no julgamento do célebre caso norte-americano *Roe v. Wade 410 US 113 (1973)*. Tendo como fundamento principal o direito à privacidade como liberdade individual fundamental, protegida pela Décima Quarta Emenda à Constituição (cláusula do devido processo), a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional, em 1973, qualquer lei que proibisse a livre e voluntária decisão da mulher, assistida por seu médico, em interromper a gravidez[84]. Nesta decisão, entendeu-se que o direito de privacidade é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não

80 Esta preocupação com os direitos reprodutivos é recente, tendo se consolidado sobretudo a partir das Conferências do Cairo de 1994 e de Beijing de 1995, como o resultado da luta do movimento feminista. Neste sentido, é eloquente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma o direito humano de "decidir livre e responsavelmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles", bem como o de "adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências". Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf.> Acesso 06 out 2016

81 Cf. PIOVESAN, Flávia. "Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos". In: BUGLIONE, Samantha (Org.). **Reprodução e Sexualidade:** Uma Questão de Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 61-79, p. 7

82 Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. Cit. 1989, pp. 199-265

83 HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions.** Oxford University Press, 1999, p. 262-265

84 Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sua gravidez e que negar essa escolha seria uma manifesta restrição imposta pelo Estado aos direitos das mulheres[85].

Quando se considera cada pessoa humana como um agente moral dotado de razão, capaz de traçar seus planos de vida e escolher o que é bom ou ruim para si, e que, *a priori*, deve ter liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade[86], faz-se necessário questionar se o Estado e a sociedade não estariam se intrometendo no direito à integridade corporal da mulher quando tomam decisões sobre seu corpo e obrigam-na a levar adiante uma gestação contra sua vontade, o que, por si só, pode comprometer sua saúde psíquica.

Além disso, não nos parece aceitável o silêncio do legislador penal brasileiro sobre a autonomia reprodutiva da mulher na legislação do aborto, pois desde o século passado a legislação sobre o aborto baseia suas regras e sanções no universo masculino, fundamentando a existência de uma dupla moral em que a condição das mulheres nunca entrou nas agendas políticas por não serem consideradas relevantes. Na verdade, boa parte da resistência à descriminalização da IVG se deve ao fato de as propostas pretenderem colocar os direitos reprodutivos, de saúde e o próprio corpo da mulher à frente do direito à vida do feto e do direito de pai à prole[87].

Nesse mesmo sentido, importa dizer que, ainda que a vida do feto dependente da mãe dentro do útero seja o bem jurídico protegido pela proibição do aborto[88] e que a criminalização do aborto objetive proteger o feto contra a gestante, faz-se necessário lembrar que o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses e que estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro, não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Ficando evidente que, para o Direito Penal, a vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto mesmo porque os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos e também porque não há

85 Ainda, há que se considerar que, se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, não se pode conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra sua vontade? Dworkin chama de "escravização parcial" ou "privação de liberdade" a obrigação que é imposta às mulheres pela sociedade e pela legislação, forçando-as a carregar fetos indesejados, retirando-lhes o controle de seus próprios corpos para que cumpram objetivos que lhe são estranhos . Esta espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, a que as mulheres são submetidas, retira-lhes o mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. Cf. **Dworkin Freedom's Law:** the Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996 , p. 98.

86 Cf. NINO, Carlos Santiago, Op. Cit. 1989.

87 Cf. DUARTE, Alicia Elena Pérez y Noroña. El Aborto – una lectura de derecho comparado", **Ciências**, México, n. 27, julho 92, 56-57

88 Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. 5, 4. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 267-317

como estabelecer, *a priori*, qual valor que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural[89].

Desta forma, nos casos de gravidez decorrente de estupro, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho, dando-se primazia ao direito da gestante e aos impactos psicológicos de tal situação. Sendo assim, faz-se necessário observar que, no caso do aborto ético ou sentimental, o legislador brasileiro não deixou de levar em consideração a mulher[90], protegendo-a da obrigação de carregar, em seu ventre, o fruto da concepção indesejada, resultado de prática violenta, à qual ela foi constrangida, e também evitar que, caso o nascimento ocorra, seja ela obrigada a conviver com um filho que vai lhe fazer se lembrar, por toda a vida, da violação que sofreu[91].

Assim, ainda que o estupro seja, para a sociedade em geral e para o Direito em especial – já que é uma das excludentes de punibilidade do aborto –, uma ação humana da maior violência contra a autonomia de vontade da mulher, uma aberração, uma hediondez, há que se reconhecer que este não é a única causa de gestações indesejadas no Brasil. Sem grande esforço hermenêutico, percebe-se que, quando o legislador coloca o estupro como causa de justificação para o aborto, que faz tornar-se lícita a conduta que normalmente seria considerada ilícita, o faz fundado justamente no interesse em preservar a dignidade da mulher, vítima da violência sexual. Contudo, há que se conseguir separar da permissão para o aborto sentimental o instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher e reconhecer que a liberdade e a autonomia da mulher são anteriores à concepção, seja ela fruto de uma relação consensual ou da ignomínia a que as vítimas de estupro são brutalizadas e que a autorização para a interrução voluntária da gravidez não pode estar condicionada a um ato masculino, muito menos ao mais perverso dos atos.

No Brasil, há que se transcender ao machismo que impera em nossa sociedade e, naturalmente, reverbera nas casas legislativas, que hoje se preocupam em proteger a mulher apenas quando o abalo psíquico originou-se num estupro e retira totalmente a autonomia e a liberdade sexual e reprodutiva da

89 Cf. RAWLS, John. **O liberalismo Político.** Trad. Dinah da Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 281 a 291

90 Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2. Parte Especial, 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

91 Cf. ADPF 54 DF, Op. cit. Voto Min. Gilmar Mendes.

mulher, fazendo parecer que a decisão de engravidar repousa sobre a vontade do homem, seja ela violentamente imposta ou consensual, e que às mulheres cabe apenas assentir e manter seus corpos à disposição da vontade masculina[92].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, a análise da constitucionalidade da IVG no Brasil fez-se por meio da ponderação do princípio da vida, que se aplica ao feto, e dos princípios da dignidade, liberdade e saúde, que se aplicam à gestante. Para isso, também consideramos que a proporcionalidade, em sentido estrito, diz basicamente que, quanto maior o grau de não realização de um princípio ou de um dano a esse princípio, maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio[93] para que aquele possa ser afastado em benefício da realização deste. Desta forma, podíamos entender que a criminalização da interrupção da gravidez é um meio adequado para proteger a vida do nascituro e, através do ordenamento jurídico, proteger o feto. Por outro lado, podíamos entender que não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da mulher do que a interrupção da gestação e descriminalizá-la.

Assim, ainda que se conceba o direito à vida do feto, em juízo de ponderação, entendemos que tal direito deve ceder em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, caput, da Carta da República.

Soma-se a esse argumento o fato de que o meio utilizado atualmente para a proteger a vida do feto, mediante essa postura interventiva do Estado, fere, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde física e psicológica, seja na esfera da dignidade humana. Se há dúvida sobre o valor da vida uterina, sobram certezas de que a imposição da gestação contra a vontade da mulher assemelha-se à tortura física e psicológica, nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E aqui não se trata de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (art. 5º, III, da Constituição) que assegura que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

92 Não por outro motivo, o ministro Ayres Brito, no julgamento da ADPF54, afirmou que, se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez seria lícita desde sempre.

93 Cf. ALEXY, Robert. **On constitutional rights to protection.** Legisprudence, vol. III, n. 1, 2009, p. 7.

Ademais, há que recordar que o Direito Penal moderno se apresenta como última *ratio*, devendo ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por esta ineficiência gerar custos sociais e econômicos, o que reforça os argumentos favoráveis à descriminalização do aborto. A propósito, e em reforço destes argumentos, os princípios informadores do Direito Penal mínimo, como o princípio da idoneidade, que estabelece que a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social; o princípio da subsidiariedade, que estabelece que se deve mostrar que não há outras alternativas para a regulação da conduta indesejada; e o princípio da racionalidade, que estabelece que se deve comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização, ratificam os argumentos já apresentados[94].

Conforme demonstra a experiência dos países onde a IVG foi descrimalizada, as medidas mais eficazes contra o aborto são investimentos em planejamento familiar e educação sexual; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma "escolha de Sofia" entre a maternidade ou o emprego e, por fim, o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas[95]. Por isso, parece-nos que ao Estado compete apenas se incumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à mulher, antes e depois da decisão, seja ela qual for[96], uma vez que só a ela cabe sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, refletir sobre suas próprias concepções e assim, no exercício do direito à privacidade, sem temor de reprimenda, deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez[97].

Por fim, importa dizer ainda que o Brasil deve seguir o exemplo de países como os Estados Unidos, Portugal, França, Alemanha e alguns países da Europa de Leste que consideram que a mulher grávida é um ser autônomo, titular do direito de dispor do seu próprio corpo sendo o respeito por esse direito (em condições de igualdade com o direito homólogo atribuído ao homem) incompatível com um dever de suportar a gravidez. Dever-se-á também considerar que o valor da vida pré-natal não é idêntico em todas as fases da gravidez,

94 Cf. KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. In: PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos.** Vol. IV: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 405-427

95 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 41

96 Cf. BIRCHAL, Telma Birchal e FARIAS, Lincoln: Aborto de fetos anencéfalos, in **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral.** Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

97 Voto Min. Marco Aurélio p. 66 ADPF 54 516/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/04/2013 (<www.stf.jus.br>).

como anteriormente referido, e adotar o modelo de prazos, descriminalizando a IVG nas 12 primeiras semanas de gestação. Descriminalização que pode ser assegurada atribuindo-se ao Código Penal uma interpretação coerente com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade.

Ainda, urge ressaltar a importância de que Estado imponha condições protetivas para que o procedimento seja realizado de acordo com regras seguras. Nesse sentido, deve-se garantir a ampla divulgação de informações sobre o aborto, o aconselhamento da gestante por médicos, o acompanhamento psicológico, laudos de especialistas que comprovem a necessidade de determinado aborto e mesmo a criação de medidas sociais de auxílio à futura mãe, no caso de esta optar por levar a gestação adiante[98].

Além do mais, reconhecer que não há inconstitucionalidade na interrupção voluntária da gravidez no Brasil, mais do que respeitar a autonomia das mulheres, é interromper esse martírio que hoje obriga mulheres a levar adiante gestações contra sua vontade, o que corresponde a tortura, a tratamento cruel ou, o que pode ser ainda pior, lançá-las ao perigo de morte dos abortos inseguros. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. **Legisprudence**, vol. III, n. 1, 2009

ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, Lancet, 2012, (pp.625-632). Disponível <https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-SP.pdf>. Acesso em 20 abr. 2016.

ALMEIDA COSTA, António Manuel de. **Aborto e Direito Penal**, Ed. Coimbra, 1984, p.81

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Inteiro Teor. Brasília, 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 24 fev 2016.

BIRCHAL, Telma Birchal; FARIAS, Lincoln. Aborto de fetos anencéfalos. **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral.** Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

98 BRAGE CAMAZANO, Joaquin. Más reformas en Justicia. Publicado em: **El Heraldo del Henares**, edição de 1.4.2012. Disponível em: http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2001

BRUM, Eliane. Sobre aborto, deficiência e limites, 2016. **Jornal El País.** Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html>. Acesso em 15 fev 2016.

BRUSCHINI, Cristina. Trabalho feminino: trajetória de um tema, perspectiva para o futuro. **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1994, (pp. 17-32), p. 29.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y la Bioetica ante los Limites de la Vida Humana.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 2. ed., vol I. , Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010 . Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002.> Acesso em 20 abr. 2016.

_____. "Os autores respondem", **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 7, p. 1687-1688, jul. 2012 . Disponível em <.http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000700006>. Acesso em 20 abr. 2016.

DUARTE, Alicia Elena Pérez y Noroña. El Aborto – una lectura de derecho comparado", **Ciências**, México, n. 27, julho 92, 56-57

DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Domínio da Vida.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Freedom's Law:** the Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996

_____. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

_____. **The Philosophy of Law.** Oxford: Oxford University Press, 1977.

ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx.> Acesso em 18 maio de 2016

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso 381 US 479. Disponível em < https://www.supremecourt.gov/ > Acesso em 07 maio 2016.

_____. Suprema Corte. Caso 405 US 438 Disponível em: < https://www.supremecourt.gov > .Acesso em 07 maio 2016.

FAVOREAU, Louis; PHIPLIP, Löic. **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel.** 10e. ed., Paris: Dalloz, 1999, (pp. 317-318). p. 17.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Comentário ao § 37 do artigo 142 do Código Penal, in **Comentário Conimbricense do Código Penal**, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions.** Oxford University Press, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 5, 4. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/pesquisas/pns/default.asp?o=23&i=P>. Acesso em 25 abr. 2016.

MONTEIRO, Mario Francisco; GIANI; Adesse, Leila. **Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões** (1992-2005). Disponível em <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf>. Acesso em 26 abr. 2016.

MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto**. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: Ed. UNB, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

PALMA, M. F., A justificação por legítima defesa, Vol. 1, AADFL, Ed. Rev. 2015.

PEREIRA, Rui. O Crime de Aborto e a Reforma Penal. A.A.F.D.L, 1995. Lisboa.

PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos.** Vol. IV: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Frederico Costa. Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal, Jornada sobre a revisão do Código Penal, AADFL, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2. Parte Especial, 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 25/84, de 4 de Abril. Diário da República - 2.ª série, nº 80, de 04.04.1984.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 85/85, de 25 de Junho. Diário da República - 2.ª série, nº 143, de 25.06.1985.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 288/98. de 18 de abril. Diário da República 91/98 SÉRIE I-A 1º SUPLEMENTO.

RAWLS, John. **O liberalismo Político.** Trad. Dinah da Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 281 a 291.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques.** Tome 2. 6e. ed., Paris: PUF, 1997, p. 112-113.

ROBERTS et al.: Risk of violence from the man involved in the pregnancy after receiving or being denied an abortion. **BMC Medicine**. 2014. 12:144. Disponível em <http://bmcmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0144-z>. Acesso em 20 abr. 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004,

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**, 2005. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br.>.Acesso em 18 maio de 2016.

SILVA DIAS, Augusto. "Têm os deveres de cooperação do art. 7º e ss. do DL nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais?", in: Palma, M. F., Silva Dias, A., Sousa Mendes, P. (orgs.), **Direito Penal Económico e Financeiro:** *Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, (pp. 433-451) p. 440.

_____. Apontamentos de Direito Penal II, 1996-97.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. Vol. 1. 11 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.