

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO DA UNINTER**

LARISSA RIBEIRO TOMAZONI

**O DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA E A COMPARAÇÃO DE IDEIAS
CONSTITUCIONAIS**

CURITIBA

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO DA UNINTER**

LARISSA RIBEIRO TOMAZONI

**O DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA E A COMPARAÇÃO DE IDEIAS
CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, na Linha de Pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Prof^a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2019

T655d Tomazoni, Larissa Ribeiro
O direito ao aborto na América Latina e a comparação
de ideias constitucionais / Larissa Ribeiro Tomazoni. -
Curitiba, 2019.
182 f. : il. (algumas color.)

Orientador: Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Direito Comparado. 2. Aborto – América Latina. 3. Direito
Constitucional – Jurisdição. 4. Direitos sexuais. 5. Direitos
reprodutivos. 6. Dignidade Humana. 7. Direitos humanos.
8. Direitos das mulheres. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA RIBEIRO TOMAZONI

O DIREITO AO ABORTO NA AMÉRICA LATINA E A COMPARAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Curitiba, 21 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Profª Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Orientadora

Profª Dra. Taysa Schiocchet

Co-orientadora

Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta

Você não sente, não vê, mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo, que uma nova mudança em breve vai acontecer. O que há algum tempo era novo, jovem, hoje é antigo. E precisamos todos rejuvenescer. No presente a mente, o corpo é diferente o passado é uma roupa que não nos serve mais.

(Velha Roupa Colorida, Belchior)

Sempre e para sempre, para Leonardo Tomazoni. Porque não importa o tamanho das coisas que eu conquiste na minha vida, você é a melhor delas.

Para a minha anja torta, Sandra Mara de Freitas Boeing.

Para os meus amigos discentes e docentes da turma de 2017 do PPGD/UNINTER. Vocês mudaram o meu mundo e a minha concepção do Direito. Há muito de cada um de vocês nessas páginas. E agora, há muito de cada um de vocês também em mim.

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar a jurisdição constitucional dos países da América Latina que já se pronunciaram sobre a legalização e/ou descriminalização do aborto. O objetivo do trabalho é realizar um estudo comparado entre a *ratio decidendi* das decisões das Cortes Constitucionais do México, Colômbia, Bolívia e Brasil, com a finalidade de verificar quais direitos fundamentais das mulheres foram protegidos pelas Cortes e de que maneira, bem como verificar qual é a aproximação dos precedentes estrangeiros analisados com os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos casos de aborto. A pesquisa buscou desvelar quais direitos fundamentais foram usados como fundamento nas decisões das Cortes Constitucionais do México, Colômbia, Bolívia e Brasil sobre o direito ao aborto. A hipótese inicial da pesquisa consistia na defesa de que para os casos envolvendo direitos sexuais e reprodutivos, especialmente o direito ao aborto, quando da utilização do direito comparado, o Brasil deveria, preferencialmente, escolher os precedentes da América Latina, diante das similitudes culturais, sociais, econômicas e históricas entre o Brasil e os demais países do continente, deixando em segundo plano os precedentes da Europa e da América do Norte. Entretanto, como em todas as decisões analisadas das Cortes latino-americanas prevaleceram duas razões de decidir: o direito à vida e a limitação ao poder de punir do Estado e não o direito à autonomia e liberdade das mulheres, percebeu-se que a jurisprudência brasileira seria mais protetiva aos direitos das mulheres, o que não justificaria, portanto, a migração de ideias constitucionais com as Cortes da Bolívia, Colômbia e México. Como a hipótese geral da pesquisa não se confirmou, a dissertação propôs que o Supremo Tribunal Federal deve dar preferência a seus próprios precedentes, nos termos do “romance em cadeia” proposto por Ronald Dworkin, ao invés da utilização do Direito Comparado.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional, Aborto, Direito Comparado, América Latina.

ABSTRACT: The research aims to analyze the constitutional jurisdiction of Latin American countries that have already pronounced on the legalization and / or decriminalization of abortion. The objective of this work is to carry out a comparative study between the ratio decidendi of the decisions of Constitutional Courts of Mexico, Colombia, Bolivia and Brazil, in order to verify which fundamental rights of women are protected by the Courts and that way. As well as, check what is the approach of foreign precedents examined with the precedents of the Supreme Court in cases of abortion. The problem is: which fundamental rights were used as bedding in the decisions of constitutional courts of Mexico, Colombia, Bolivia and Brazil on the right to abortion? The General hypothesis of this research consists in the following statement: for cases involving sexual and reproductive rights, especially the right to abortion, when the use of comparative law, Brazil should preferably choose the precedents of Latin America, given the cultural, social, economic similarities and between Brazil and the other countries of the continent, leaving in the background the precedents of Europe and North America. In all analyzed decisions prevailed two reasons to decide: the right to life and the limitation on the power to punish the State and not the right to autonomy and freedom of women. Although the right to freedom, equality and women's autonomy, the core of the discussion on the right to abortion in Latin America cuts is the right to life. On the other hand, it is concluded that compared with the courts considered, brazilian legislation and the case law is more protective of women's rights, which does not therefore justify the migration of constitutional ideas with the courts of Bolivia, Colombia and Mexico. The General hypothesis of this research, not confirmed, on the basis of this conclusion what you propose is that the Supreme Court should give preference to its own case-law, in accordance with the " chain novel" proposed by Ronald Dworkin, instead of comparative law, but When solving use it should invoke the case Roe vs. Wade.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, Abortion, Comparative Law, Latin America

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de gravidezes indesejadas por 1.000 mulheres entre 15 e 44 anos (2010-2014).....	18
Tabela 2 - Taxa de aborto por região do mundo.	19
Tabela 3 - Aborto por questões de saúde mental, saúde física, proteção à saúde da mulher e proteção à vida da mulher nos países da América Latina.....	20
Tabela 4 - Aborto nos casos de estupro, incesto e deficiência intelectual ou cognitiva das mulheres nos países da América Latina.	21
Tabela 5 - Aborto nos casos de comprometimento fetal nos países da América Latina.	22
Tabela 6 - Posição em relação ao direito ao aborto nos discursos pronunciados na Câmara dos Deputados brasileira (1991-2014).....	36
Tabela 7 - Posição em relação ao direito ao aborto nos discursos pronunciados na Câmara dos Deputados brasileira (1991-2014), por sexo da ou do parlamentar (%).	38
Tabela 8 - Quadro comparativo com os países das Américas - Participação feminina nas Câmaras Baixas.....	39
Tabela 9 - Uso de Cortes Estrangeiras pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.	150
Tabela 10 - Precedentes estrangeiros nas decisões sobre o aborto no Brasil.	150

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ANÁLISE DA QUESTÃO DO ABORTO	15
2.1	América Latina	15
2.2	Brasil	27
2.3	Aborto e os direitos reprodutivos no direito internacional dos direitos humanos	48
3	DIÁLOGO ENTRE CORTES	59
3.1	Método em Direito Constitucional Comparado	60
3.2	Análise da <i>ratio decidendi</i> dos precedentes estrangeiros sobre o aborto	70
3.2.1	Vida.....	78
3.2.2	Saúde	84
3.2.3	Dignidade Humana e Autonomia.....	86
3.2.4	Direitos das Mulheres e Igualdade	89
3.2.5	Direitos Sexuais e Reprodutivos	94
3.2.6	Utilização de precedentes estrangeiros pelas Cortes Latino Americanas....	98
3.2.7	Restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado	105
4	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	114
4.1	O aborto no Supremo Tribunal Federal	114
4.1.1	Vida.....	118
4.1.2	Saúde	123
4.1.3	Dignidade Humana, Liberdade e Igualdade	126
4.1.4	Direitos Sexuais e Reprodutivos	131
4.1.5	Restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado	134
4.2	Direito Comparado no Supremo Tribunal Federal	138
4.3	Novas ações na Suprema Corte	151
4.3.1	Zika Vírus.....	153
4.3.2	Planejamento Familiar	158
4.3.3	Aborto Legal.....	161
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
	REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO

As estatísticas da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) mostram que 22% das mulheres entre 35 a 39 anos já abortaram pelo menos uma vez; a escolaridade de 23% das que abortam é apenas até a 4^o série do ensino fundamental, e 48% delas utilizaram remédios abortivos.¹ Esse problema, que além de ser uma questão social, é também um problema de saúde pública, não está na agenda do Congresso Nacional, tendo em vista a posição majoritariamente conservadora dos senadores e deputados, além do custo político da defesa da descriminalização do aborto que é muito alta para os parlamentares.

Em diversos países democráticos, por conta da omissão legislativa, as Cortes Constitucionais são provocadas a enfrentar o tema, que está envolto por questões de saúde, política criminal, desigualdade de gênero e também questões morais. Trata-se, portanto, de um problema social que se projeta em um problema com viés acadêmico, que será o objeto de investigação dessa pesquisa.

Apesar do avanço em termos históricos, políticos e sociais, nem os Parlamentos e nem a Ciência (Política ou o Direito Constitucional) latino americanas se deram conta de que o tecido social também é composto por mulheres, que apresentam necessidades e demandas bastante específicas,² como o direito ao aborto, por exemplo. Os movimentos feministas, percebendo a importância de se criar e manter uma interlocução com o Estado, passam a interferir na construção de políticas e na elaboração dos textos constitucionais, com vistas a pleitear direitos para as mulheres e ampliar a cidadania feminina. Assim, em que pese a cegueira de gênero presente nas práticas e reflexões políticas, a América Latina e o Brasil em particular, passam a testemunhar a presença e a pressão política das mulheres nas Assembleias Constituintes, nos Parlamentos e nas Cortes em defesa de seus direitos, o que gera impactos importantes nos processos decisórios e jurisprudenciais, que culminam com a constitucionalização dos direitos das mulheres.³

O constitucionalismo que vem se construindo na América Latina tem por

¹ DINIZ, D; MEDEIROS, M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.15, p.959-966, 2010.p.964.

² SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. **As mulheres e o novo Constitucionalismo**: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em: 10 nov. 2016.

³Idem.

base a crescente participação popular nos processos políticos e a inclusão social por meio dos direitos fundamentais. Dentre os diversos grupos e movimentos sociais, que contribuíram para a inserção de novos direitos nos textos constitucionais dos países do continente, destacam-se os movimentos feministas e de mulheres que, pós ditaduras, passaram a pleitear pela constitucionalização de suas demandas e direitos e por uma narrativa não androcêntrica dos processos constitucionais.⁴

É recente a mudança no direito constitucional e na sua agenda de prioridades, que agora abarca não somente as “grandes questões” como a separação de poderes e o controle de constitucionalidade, mas passou a abarcar outros temas sensíveis que merecem igual respeito e atenção,⁵ a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos.

O acesso das mulheres ao aborto sob certas circunstâncias está ganhando reconhecimento como um direito humano, na medida em que este direito se expressa como o direito de ser protegida de abortos perigosos, o que se entende como um aspecto do direito das mulheres à saúde e à vida.⁶ No direito interno, nos últimos anos, houve reformas que liberalizaram, ainda que em distintos graus e na maioria dos casos de maneira limitada, as regulações sobre aborto na Colômbia, México, Brasil e Uruguai. No Brasil, em 2004, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 54 que conduziu à legalização do aborto em casos de anencefalia em 2012.

Na Colômbia, em maio de 2006, a Corte, por meio da sentença C-355, concluiu que a norma que penalizava o aborto em qualquer circunstância impunha às mulheres uma carga desproporcional, que implicava um desconhecimento de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e em tratados internacionais sobre direitos humanos.⁷ Referida ação de inconstitucionalidade levou à liberalização da lei penal sobre o aborto em casos de violação, risco de vida ou saúde da mulher e malformações fetais severas. Ao incorporar uma perspectiva de gênero, a Corte dá sentido aos direitos humanos em geral e, particularmente, ao direito da mulher

⁴Idem.

⁵IBARRA, L. F. B. Género y Constitucionalismo: una mirada feminista al derecho constitucional colombiano. *Ciência Política*, v. 9, n. 18, p. 83-107, 2014.p.86-87.

⁶ SIEGEL, Reva. La dignidad y el debate del aborto. Disponível: < www.law.yale.edu > Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷ VÉLEZ, A. C.G.; MONSALVE, V. B. Estudo de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.1, n.1, 2004. p.199.

grávida à sua dignidade humana.⁸ Em 2007, a Assembleia Legislativa da Cidade do México aprovou uma reforma que refletiu a demanda e o enquadramento desenvolvido por organizações feministas e que buscava em certa medida legalizar o aborto, a referida lei foi levada à Suprema Corte de Justiça da Nação em 2008, na qual teve a sua constitucionalidade contestada.⁹

As Cortes domésticas, ao consultarem a jurisprudência ou normas estrangeiras ou internacionais, podem, algumas vezes, inegavelmente, aprender com uma determinada Corte ou sistema jurídico ou mesmo com algumas Cortes ou sistemas jurídicos diversos, nas quais já se resolveram casos semelhantes. Não se baseia no caráter utilitário dessas consultas, mas em um princípio inerente às práticas de julgar, trata-se da máxima segundo a qual deve-se julgar casos iguais da mesma forma” (*treatlike cases alike*).¹⁰ Inclusive, recomenda-se que as Cortes Constitucionais ou Supremas, assim procedam, ao analisarem casos controversos de direitos fundamentais, senão como última palavra, ao menos como um ponto de partida.¹¹

A finalidade deste trabalho é realizar um estudo comparado entre as decisões das Cortes Constitucionais do México, Colômbia, Bolívia e Brasil. A análise se dará sobre a *ratio decidendi* dessas decisões, verificando quais direitos fundamentais das mulheres foram protegidos pelas Cortes e de que maneira. Em outras palavras, o problema de pesquisa é: quais direitos fundamentais foram usados como fundamento nas decisões das cortes constitucionais do México, Colômbia, Bolívia e Brasil sobre o direito ao aborto?

A hipótese consiste na seguinte afirmação: para os casos envolvendo direitos sexuais e reprodutivos, especialmente o direito ao aborto, quando da utilização do direito comparado, o Brasil deve, preferencialmente, escolher os precedentes da América Latina, diante das similitudes culturais, sociais, econômicas e históricas entre o Brasil e os demais países do continente, deixando em segundo plano os precedentes da Europa e América do Norte.

A pesquisa se resume em cinco hipóteses específicas as quais se buscará

⁸ Idem.

⁹ RUIBAL, A. M. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n.14, p.111-138, 2014. p.112.

¹⁰ FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. Revista Publicum Rio de Janeiro, n.2, p. 45-73, 2016.p.62.

¹¹ Idem.

comprovar: i) As Cortes constitucionais da América Latina têm se mostrado abertas à descriminalização e/ou legalização do direito ao aborto e resguardado os direitos fundamentais das mulheres; ii) Há, nos países analisados, similitudes econômicas, sociais, políticas e jurídicas que fundamentam a descriminalização do aborto e justificam a comparação; iii) O direito constitucional é utilizado como uma ferramenta para o desenvolvimento da agenda de gênero, em especial o direito ao aborto, na América Latina, pois há no ordenamento jurídico dos países analisados instrumentos que possibilitam o acesso à justiça e a jurisdição constitucional.

O objetivo do trabalho é demonstrar o problema do aborto na América Latina e Brasil, voltando a atenção para os dados de mortalidade e métodos utilizados para realização do abortamento inseguro, bem como as garantias positivadas no direito internacional dos direitos humanos, no que diz respeito aos direitos reprodutivos das mulheres. Busca apresentar a possibilidade do uso do direito comparado para a resolução dos casos concernentes ao aborto no Supremo Tribunal Federal. A partir do uso de uma metodologia para a aplicação do direito constitucional comparado é possível utilizar a migração de ideias constitucionais, especialmente em temas que versem sobre direitos fundamentais. O direito comparado e a sua consequente metodologia justificam o uso dos precedentes estrangeiros, especificamente da Sentença C-355/2006 da Corte Constitucional da Colômbia, da Ação de Inconstitucionalidade 146/2007 da Suprema Corte de Justiça do México, da sentença 0206/2014 do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e no âmbito interno, analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos casos constitucionais que tratam do direito ao aborto, como por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e o *Habeas corpus* 124.306/RJ¹² e demonstrar, tanto nos precedentes estrangeiros quanto nos precedentes nacionais, quais direitos fundamentais foram utilizados como fundamento nas decisões. E por fim, verificar qual é a aproximação dos precedentes estrangeiros analisados com os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos casos de aborto.

A consulta à jurisprudência estrangeira, no caso, à jurisprudência Latino Americana, tendo em vista principalmente a desigualdade econômica presente no continente, traz a possibilidade de se refletir sobre o Direito a partir da nossa

¹² Os parâmetros de análise são: vida, saúde, dignidade humana, liberdade, direitos das mulheres, igualdade, restrições constitucionais ao poder punitivo do estado, direitos sexuais e reprodutivos e laicidade.

racionalidade jurídica e realidade social e cultural, para então pensar em soluções para os problemas a partir de uma perspectiva local. O Direito é interpretação, e a análise comparada de decisões de outros países converte-se em um guia para a prestação jurisdicional para o caso brasileiro. O recurso judicial ao direito estrangeiro e internacional é uma prática valiosa para o preenchimento de lacunas e resolução de ambiguidades, para a modernização do sistema jurídico doméstico, especialmente nos países onde há morosidade legislativa. Sustenta-se, ainda, que essa prática reduz os riscos de decisões erradas, especialmente em temas polêmicos e controversos, como o direito ao aborto. O que contribui para a coerência do sistema jurídico e proteção dos direitos fundamentais, tratando com igual consideração os casos semelhantes (*treatlike cases alike*).

Diante disso, os tribunais podem se beneficiar da consulta voluntária de experiências estrangeiras, inclusive quando elas forem únicas. A invocação judicial voluntária pode ajudar os juízes e tribunais que a realizam a aprender com outras jurisdições.¹³

A escolha dos países deu-se pelo critério dos casos protótipos teorizado por Ran Hirschl. Foram selecionadas as Cortes Constitucionais Supremas dos países da América Latina que enfrentaram, nas últimas décadas, o tema do aborto em maior ou menor extensão. A literatura feminista sobre o aborto indica como *leading cases*, os precedentes aqui estudados. A referida literatura foi o norte para o mapeamento das decisões nos sistemas das Cortes. Após a pesquisa no site de cada Corte Constitucional, resultaram as sentenças do México, Colômbia e Bolívia. Neste trabalho a análise se dará sobre o Poder Judiciário, portanto, não será objeto de comparação a legislação dos países da América Latina.

O Supremo Tribunal Federal aplica majoritariamente decisões das Cortes Constitucionais dos EUA e Alemanha, o que nem sempre guarda correlação com a realidade jurídica e social brasileira, daí a necessidade de analisar as Cortes Latinoamericanas.

¹³ FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa..., p.62.

2 ANÁLISE DA QUESTÃO DO ABORTO

O objetivo deste capítulo é demonstrar o problema do aborto na América Latina. Para tanto, serão apresentados dados da prática do aborto no Brasil e do continente. A partir de dos dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde no site *Global Abortion Policies Database* buscar-se-á demonstrar qual é o perfil das leis penais do continente Latino-Americano no que diz respeito a possibilidades e limitações para a realização da interrupção voluntária da gestação.

Em paralelo, serão destacadas as garantias positivadas no direito internacional dos direitos humanos no que diz respeito aos direitos reprodutivos das mulheres, das quais o Brasil é signatário. As leis restritivas e a falta de comprometimento do Poder Legislativo com o tema, levaram os movimentos sociais, especialmente o movimento feminista, a judicializar a demanda pelo direito ao aborto em diversos países da América Latina, descriminalizando ou despenalizando total ou parcialmente essa prática.

2.1 AMÉRICA LATINA

O primeiro antropólogo a estudar de forma sistemática a prática do aborto foi George Devereux na década de 1950, que afirmou o caráter provavelmente universal dessa prática, que é geralmente, objeto de reprovação. As reações vão da desaprovação chocada à violenta indignação. Não se trata de uma reação exclusivamente masculina, pois, muitas vezes, as mulheres também manifestam o mesmo “horror” à evocação desse ato.¹⁴

¹⁴ Nos estudos que Pierre Bourdieu consagrou à sociedade cabila, ela é correlacionada à oposição entre os homens e as mulheres, entre a sociedade masculina e a sociedade feminina; enquanto os homens detêm o poder oficial sobre o que é explicitamente coletivo e público, sobretudo sobre as representações do parentesco, domínio que Bourdieu salienta revestir um caráter eminentemente político nas sociedades tradicionais, as mulheres exercem um poder que, mesmo sendo real (principalmente, diz esse autor, em matéria de casamento), permanece oculto e “deixa aos homens as aparências”. Deve-se ressaltar, todavia, que essa distinção entre o oficial e o oficioso é particularmente pertinente em relação ao nosso objeto. Dentre as práticas relacionadas ao pólo feminino, o aborto é sem dúvida uma das mais afastadas do espaço público, realizadas ao abrigo dos olhos e unicamente entre mulheres. Isso explica principalmente por que a informação sobre ele é tão lacunar e tão difícil de verificar. (...) Retomando a distinção, destacada por Pierre Bourdieu, entre um poder masculino oficial e um poder feminino oficioso, pode-se ademais considerar que o aborto constitui o paradigma do poder propriamente feminino (em oposição ao poder sobre o parentesco e suas representações), particularmente nas sociedades tradicionais, onde as homologias entre o espaço político e o espaço doméstico conferem um caráter de grande importância a todas as práticas que dizem respeito à geração. Mas esse poder permanece, por si só, ilegítimo e oculto, quer seja instaurado sem o conhecimento dos homens e para lhes causar um dano (para se vingar de uma infidelidade do pai, suprimindo sua descendência), ou, ao contrário – os dois exemplos figuram nas nomenclaturas de “motivos” constituídas por Devereux –, com sua cumplicidade e em seu interesse,

Aborto, na definição jurídica, é a interrupção da gestação provocada pela gestante ou realizada por terceiro que resulte na morte do concepto. O abortamento é o procedimento técnico de interrupção da gestação antes de 20 a 22 semanas ou com peso fetal inferior a 500g. É precoce quando ocorre até 12 semanas e tardio entre 13 a 22 semanas de gestação. Aborto, nessa definição, é o produto do abortamento.¹⁵ Há uma abundância de fontes sobre o aborto, mas “para cada estudo baseado em evidências de pesquisas empíricas, há cinco sem evidências”.¹⁶ Os estudos com evidências são quase todos relativos à saúde pública. Os resultados confiáveis das pesquisas comprovam que a ilegalidade do aborto pouco coíbe a prática e traz consequências negativas para as mulheres, perpetua a desigualdade social e impõe riscos às mulheres pobres, que não tem acesso aos recursos médicos para o abortamento seguro.¹⁷

A cada ano são realizados 22 milhões de abortamentos inseguros em todo mundo, sendo que 98% ocorrem em países em desenvolvimento, a taxa de abortamentos inseguros aumentou de 20 milhões em 2003 para 22 milhões em 2008. O abortamento se realizado em ambiente apropriado, e com técnica adequada por profissionais de saúde, tem riscos muito pequenos se comparado com outros procedimentos médicos, é comum utilizar-se a expressão “aborto inseguro” ou “abortamento inseguro” para referir-se a esse tipo de prática.¹⁸ “Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), um abortamento inseguro é um procedimento para finalizar uma gravidez não desejada, realizado por indivíduos sem as habilidades necessárias e/ou em ambiente abaixo dos padrões médicos exigidos”.¹⁹ Estima-se que a cada ano 208 milhões de mulheres ficam grávidas, 41%

principalmente sexual (para que não tenham de se curvar aos interditos que concernem às relações sexuais durante a gravidez e a amamentação). Quando se diz que o aborto, mesmo sendo oficialmente condenado, é oficiosamente tolerado, também se faz referência a um processo desse tipo. Ele é tolerado não somente porque ocorre dentro de um contexto, o universo do feminino, impenetrável a partir do espaço público, não somente porque os esforços necessários para saber o que está acontecendo não são feitos, mas também porque, mesmo sabendo disso muito bem, de certo modo, pode-se agir como se o que se sabe não fosse pertinente ou se pode, por assim dizer, fechar os olhos e agir como se não se soubesse. BOLTANSKI, L. As dimensões antropológicas do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.7, p. 205-245, Jan./Abr, 2012.p.213.

¹⁵ VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. UNFPA: Brasília, 2009.p.144-145.

¹⁶ BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.p.13

¹⁷ *Ibidem*, p.13-14.

¹⁸ VENTURA, Miriam. *Op. cit.*,p.145.

¹⁹ “Aproximadamente 47 000 mortes relacionadas com a gravidez são provocadas por complicações derivadas de um abortamento inseguro. Estima-se também que 5 milhões de mulheres passam a sofrer de disfunções físicas e/ou mentais como resultado das complicações decorrentes de um abortamento inseguro. Os impressionantes avanços no uso de anticoncepcionais acarretaram uma redução na quantidade de gravidezes não desejadas, porém, não eliminaram a necessidade de se ter

(ou 85 milhões) dessas gestações não são desejadas.²⁰

As consequências de um abortamento inseguro sobre a saúde dependem do local onde é realizado, da capacidade do profissional que o realiza, do método empregado e da idade gestacional da gravidez. Os procedimentos do abortamento inseguro podem implicar na inserção de objetos, substâncias químicas, preparados caseiros ou ainda mediante a aplicação de forças externas, “em alguns contextos, os profissionais tradicionais espancam fortemente a socos a parte inferior do abdômen da mulher para interromper a gravidez, o que pode causar a ruptura do útero e a morte da mulher”.²¹

Uma em cada quatro mulheres submetidas ao abortamento inseguro irá desenvolver sequelas temporais ou permanentes que necessitarão de acompanhamento médico. Aproximadamente 20 % a 30 % dos abortamentos inseguros provocam infecções do trato reprodutivo, e entre 20 % e 40 % acabam com uma infecção do trato genital superior. Nem todas as mulheres que recorrem ao abortamento inseguro não procuram atendimento médico posterior em um hospital “pela dificuldade de reconhecer possíveis complicações, por carecer dos meios

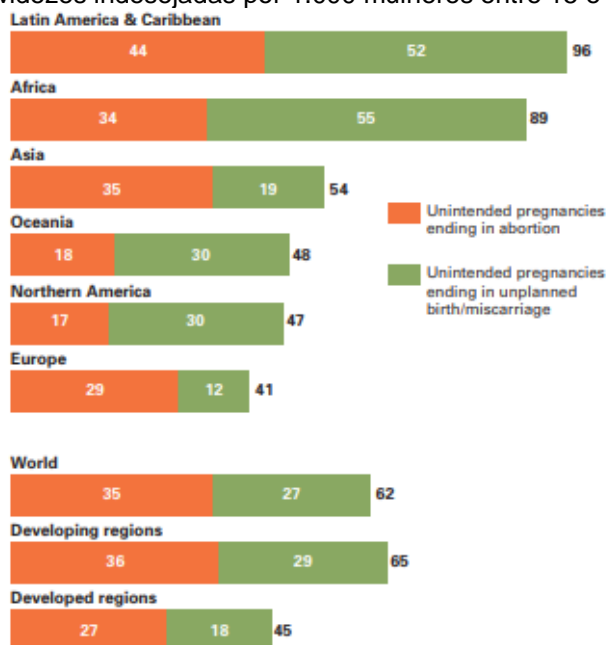
acesso a um abortamento seguro. Prevê-se que umas 33 milhões de usuárias de anticoncepcionais, isto é, usando métodos anticoncepcionais, fiquem anualmente grávidas acidentalmente. Algumas destas gravidezes acidentais são finalizadas mediante abortamentos induzidos, e as restantes irão gerar bebês não planejados.” A proporção de abortamentos inseguros aumentou de 44 % em 1995 e 47 % em 2003 para 49 % em 2008, e quase todos “ocorrem nos países em desenvolvimento, onde as taxas de mortalidade materna são altas e o acesso a um abortamento em condições seguras é limitado”. Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro**: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. OMS: 2013,p.17-19.

²⁰ Ibidem, p.19. “Nesse sentido, as recomendações no âmbito dos direitos humanos e da saúde são no sentido de que a prevenção e o cuidado da gravidez indesejada devem merecer alta prioridade por parte dos profissionais e dos sistemas de saúde, e que devem ser adotadas medidas que: a. tornem os métodos contraceptivos amplamente conhecidos, disponíveis e acessíveis às mulheres adultas, adolescentes e jovens; b. forneçam o acesso à informação confiável e à orientação solidária, sobre os riscos dos procedimentos inadequados para a realização do aborto, e as possibilidades legais e os locais para realizá-lo; c. garantam a educação para o exercício da sexualidade para meninos e meninas, estimulando o respeito entre os parceiros e parceiras, e a prática sexual segura e responsável. Nos países que a educação sexual vem sendo aplicada, verifica-se que o início da prática sexual é postergado e/ou que seu exercício se dá de forma mais segura; Além das medidas preventivas, outras devem ser adotadas para a atenção às mulheres em situação de gravidez indesejada, dentre elas: a. a reforma da lei penal, sempre que possível, no sentido de excluir medidas punitivas impostas à prática do aborto, quando consentido pela mulher e praticado por instituição e/ou profissional de saúde com qualificação para a intervenção; b. a garantia à assistência às mulheres quando das complicações decorrentes do aborto, mesmo nas situações que a lei proíbe sua realização, que preserve a confidencialidade, respeite a autonomia da mulher, e forneça orientação adequada e oportuna sobre os métodos contraceptivos regulares e de emergência, para a prevenção da repetição do aborto e das consequências danosas à sua saúde.” In: VENTURA, Miriam. Op. cit.,p.146-147.

²¹“As consequências de usar certos medicamentos, como o misoprostol (um análogo da prostaglandina), em doses incorretas para induzir o abortamento são mistas, embora exista certa evidência de que inclusive uma dose incorreta pode produzir igualmente uma redução na quantidade de complicações graves e mortes maternas”. Organização Mundial da Saúde. Op. cit.,p.19.

econômicos necessários ou por temer o abuso, o maltrato ou uma represália legal”.²²

Tabela 1 - Número de gravidezes indesejadas por 1.000 mulheres entre 15 e 44 anos (2010-2014)



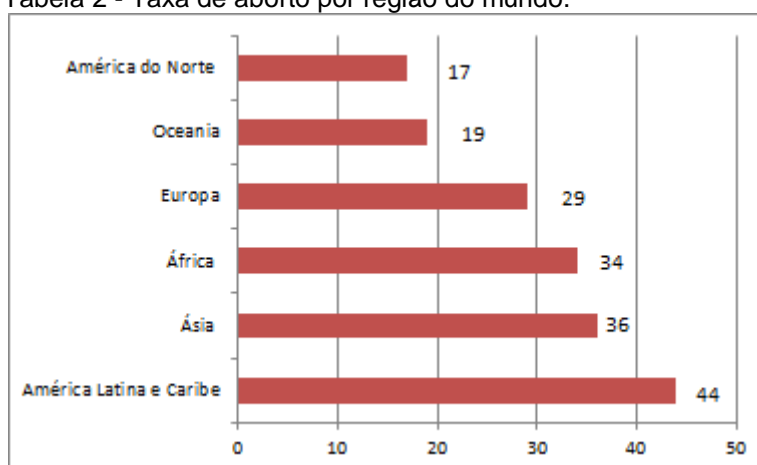
Fonte: GuttmacherInstitute.

A pesquisa realizada pelo *GuttmacherInstitute* demonstra, na tabela acima, que as taxas estimadas de gravidez indesejada são mais altas na América Latina e Caribe e na África. Uma gravidez é considerada não intencional se a mulher relatou não querer engravidar no momento (gravidez mal-intencionada) ou não querendo a gravidez em momento algum (gravidez indesejada). Na América Latina 44 de 1000 gravidezes indesejadas terminam em aborto e 62 de 1000 gravidezes indesejadas terminam em nascimento não planejado ou aborto espontâneo.

A maior taxa mundial encontra-se na América Latina, com 44 abortos para cada 1000 mulheres, e a menor na América do Norte, com 17 abortos para cada 1000 mulheres, conforme demonstra a tabela 2 realizada com dados do *Guttmacher Institute*.

²² Ibidem, p.20.

Tabela 2 - Taxa de aborto por região do mundo.



Fonte: GuttmacherInstitute.

Ocorrem aproximadamente um milhão de abortos por ano no Brasil e somente 15% podem ser atribuídos a causas espontâneas, resultando, nos últimos cinco anos, em 1,2 milhão de internações por complicações de abortos ilegais, índice registrado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).²³ Estima-se que em 2003 foram realizados 3,9 milhões de abortos inseguros na América Latina e Caribe,²⁴ no continente há aproximadamente 182 milhões de gestações por ano das quais 36% não são planejadas, quatro milhões de abortos e 21% de mortes maternas.²⁵

²³ SANDI, S. F.; BRAZ, M. As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública. Revista Bioética, Brasília, v.18, n. 1, p. 131-153, 2010. p.134-135.

²⁴ FREITAS, Angela. **Aborto**: guia para profissionais de comunicação. Recife: Grupo Curumim, 2011.p.26.

²⁵ MORAIS, L. R. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher. Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008.p.56.

Tabela 3 - Aborto por questões de saúde mental, saúde física, proteção à saúde da mulher e proteção à vida da mulher nos países da América Latina.

PAÍSES	SAÚDE MENTAL OU FÍSICA	SAÚDE FÍSICA	VIDA
Argentina	sim	sim	Sim
Bolívia	sim	sim	Sim
Brasil	não	não	Sim
Chile	não	não	Sim
Colômbia	sim	sim	Sim
Costa Rica	não	sim	Sim
Cuba			Sim
República Dominicana	não	não	Não
Equador	sim	sim	Sim
El Salvador	não	não	não
Guatemala	não	não	Sim
Haiti	não	não	não
Honduras	não	não	
Cidade do México	sim	sim	
Nicarágua	não	não	Não
Panamá	não	não	Sim
Paraguai	não	não	Sim
Peru	não	sim	Sim
Uruguai	sim	sim	Sim
Venezuela	não	não	sim

Fonte: Global Abortion Policies Database.

A tabela 3 demonstra a possibilidade e/ou impedimento para a realização do aborto, em casos de risco à saúde mental ou física, bem como nos casos de proteção à saúde e à vida da mulher nos países da América Latina. Apenas Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, Cidade do México e Uruguai permitem a realização do aborto nos três casos. A República Dominicana, El Salvador, Haiti e Nicarágua proíbem a prática nos três casos. Nos casos de Cuba e Honduras não há especificação²⁶ para os casos de saúde física e mental e risco à vida e à saúde. Dos vinte países analisados²⁷, quinze permitem o aborto para salvar a vida da

²⁶ Segundo a fonte da OMS: Não especificado - Quando não há referência explícita a uma questão coberta no questionário no (s) documento (s) relevante (s), isto é anotado e nenhuma interpretação foi feita. Fonte: Global Abortion Policies Database - <http://srhr.org/abortion>.

²⁷ Foram escolhidos os vinte países que integram a América Latina. Os dados apresentados são provenientes do Global Abortion Policies Database da Organização Mundial da Saúde e foram

gestante. Todos os países com exceção da Argentina, República Dominicana e Haiti penalizam os casos de aborto não consensual ou causado por negligência.

Tabela 4 - Aborto nos casos de estupro, incesto e deficiência intelectual ou cognitiva das mulheres nos países da América Latina.

PAÍSES	ESTUPRO	INCESTO	DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU COGNITIVA DAS MULHERES
Argentina	sim	não	não
Bolívia	sim	sim	
Brasil	sim	não	não
Chile	sim	não	não
Colômbia	sim	sim	não
Costa Rica	não	não	não
Cuba	sim		
República Dominicana	não	não	não
Equador	sim	não	não
El Salvador	não	não	não
Guatemala	não	não	não
Haiti	não	não	não
Honduras			não
Cidade do México	sim		
Nicarágua	não	não	não
Panamá	sim	não	não
Paraguai	não	não	não
Peru	não	não	não
Uruguai	sim	não	não
Venezuela	não	não	não

Fonte: Global Abortion Policies Database.

O aborto, em caso de violência sexual ou incesto, não é permitido na Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela. Apenas Bolívia e Chile permitem o aborto em caso de incesto, conforme demonstra a Tabela 4. Nenhum dos países analisados permitem o aborto em casos de deficiência intelectual ou cognitiva das mulheres. Para os casos de aborto decorrente de estupro na Bolívia e no Panamá é necessária autorização judicial, por outro lado na Argentina, Bolívia, Colômbia e Uruguai exige-se relatório policial; não há especificação para os demais países. No Brasil, a vítima de estupro não precisa

apresentar o boletim de ocorrência para realizar o aborto legal.²⁸

Tabela 5 - Aborto nos casos de comprometimento fetal nos países da América Latina.

PAÍSES	COMPROMETIMENTO FETAL
Argentina	não
Bolívia	sim
Brasil	
Chile	não
Colômbia	sim
Costa Rica	não
Cuba	sim
República Dominicana	não
Equador	não
El Salvador	não
Guatemala	não
Haiti	não
Honduras	
Cidade do México	sim
Nicarágua	não
Panamá	sim
Paraguai	não
Peru	não
Uruguai	sim
Venezuela	não

Fonte: Global Abortion Policies Database.

Conforme demonstra a tabela 5, para os casos de aborto por comprometimento fetal, apenas Bolívia, Colômbia, Cuba, Cidade do México, Panamá e Uruguai autorizam o procedimento, nos outros quatorze países analisados a prática é proibida. Sobre os requisitos adicionais para acessar o aborto seguro, Argentina, Chile, Colômbia, Cuba, Guatemala, Cidade do México, Panamá,

²⁸ “Com o advento da Lei nº 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório pelo SUS a pessoas em situação de violência sexual, restou determinado que os hospitais devem oferecer às vítimas atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, além de encaminhar aos serviços de referência a gestante que manifeste o desejo de interromper a gravidez decorrente do estupro, sem que haja necessidade de lavratura de boletim de ocorrência, reiterando assim os direitos das mulheres a ter um atendimento de qualidade e humanizado. Essa lei trouxe um grande avanço ao considerar como violência sexual “qualquer forma de atividade sexual não consentida” para fins de atendimento e tratamento.” In: Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Violência Sexual e o direito à interrupção da gravidez nos casos previstos em lei**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br> > Acesso em: 30 abr. 2018.

Peru e Uruguai exigem a autorização de profissionais de saúde para a realização do procedimento. No Brasil, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 autorizou a antecipação terapêutica do parto para os casos de anencefalia. Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5581, que trata da possibilidade de antecipação do parto para as mulheres infectadas pelo zika vírus. Na América Latina o limite gestacional para os casos permitidos varia entre 20 e 22 semanas. A Bolívia fixa a limitação temporal em 22 semanas em todos os casos permitidos, bem como Cuba para os casos de risco à saúde e Venezuela para o caso de risco à vida da mulher. O Peru é o único país que fixa menos de 22 semanas para os casos de risco à saúde. O aborto por razões econômicas e sociais só é permitido em Cuba, Equador e Uruguai.

No Uruguai a interrupção voluntária da gestação pode ser realizada desde 2012 com o advento da Lei 18.987. O aborto é legalizado em todos os casos até a 12º semana de gestação, em caso de estupro até a 14º semana e a qualquer momento em caso de má formação fetal ou risco para a vida da gestante. Apesar de a lei consistir em um avanço para os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres uruguaias, a versão aprovada pelo Parlamento enfrentou e enfrenta inúmeras críticas por parte de organizações e coletivos feministas. A modificação no projeto foi necessária para que ela fosse aprovada, essas alterações são alvo da maior parte das críticas, pois, impõe diversas restrições de acesso aos serviços de aborto. Na lei, prevalece uma racionalidade de saúde pública, e esta não pode ser interpretada como um reconhecimento completo dos direitos das mulheres, pois, guarda em si uma abordagem protecionista.²⁹

Outro ponto criticado é a retórica a favor dos valores da maternidade e da vida, explícita já no parágrafo introdutório, o que aparenta colocar estes princípios como superiores ao da livre escolha da mulher. Além disso, mesmo em caso de estupro, a mulher só pode abortar até a 14º semana de gestação, a partir desse momento a gestação prossegue criminosa:

Uma das questões mais importantes levantadas pelas feministas é de que o aborto continua sendo um crime, previsto no Código Penal, no país. Ou seja, a não ser que a mulher passe por todas as etapas e obedeça a todos os prazos estabelecidos em lei, ela ainda pode ser processada pelo crime de aborto. Inclusive, três mulheres uruguaias foram processadas e duas

²⁹ DA SILVA, L. E. **Eu aborto, tu abortas: todos calamos? O caso da despenalização do aborto no Uruguai.** 2017. Monografia(Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.p.77-78.

delas foram presas, em 2015, por este crime.³⁰

A crítica é que a lei estaria tratando a mulher como se não fosse capaz de tomar a decisão sozinha, fazendo-a passar por um grupo de profissionais de diferentes formações e, somente após discutir o seu caso é que a mulher consegue ou não, realizar a interrupção voluntária da gestação. Além da possibilidade dos profissionais, tentarem influenciar a decisão final da mulher, essa etapa constitui mais um obstáculo, pois se a mulher, por algum motivo, não conseguir agendar as consultas a tempo, pode ultrapassar o prazo das 12 semanas e perder a oportunidade de realizar um aborto legal.³¹

Por todas essas dificuldades, acredita-se que o número de abortos clandestinos e ilegais realizados no país ainda é muito alto. “O Estado uruguaio manteve o controle sobre suas cidadãs, ao não legalizar o aborto, mas sim estabelecer condições estritas nas quais o aborto pode ser realizado”.³²

Em 2018 a Argentina recebeu atenção mundial diante da possibilidade da descriminalização do aborto pelo Parlamento. O projeto de legalização do aborto até a 14ª semana havia sido aprovado na Câmara dos Deputados em junho, mas foi rejeitado no Senado argentino por 38 votos a 31 em agosto. A interrupção da gestação continua a ser punida com até quatro anos de prisão, apesar dos altos índices de abortamentos no país.³³

A principal oposição ao avanço dos direitos reprodutivos, em especial o

³⁰ Ibidem, p.78.

³¹ “Semelhantes procedimentos e regras podem ser encontrados em outros países, mesmo nos considerados mais liberais. Bélgica, Alemanha, Islândia e Itália são alguns exemplos em que um ou mais médicos avaliam o caso da mulher, entregando-a uma permissão escrita para realização do aborto e/ou orientam-na acerca dos riscos e alternativas ao aborto e ela, após alguns dias, é convidada a reavaliar ou reiterar sua decisão”. Idem.

³² “A questão de médicos terem a possibilidade de alegar “objeção de consciência” para que não tenham de realizar o procedimento também se constitui em ponto polêmico, posto que em alguns departamentos uruguaios, sendo o maior exemplo o de Salto, onde todos os médicos da região alegaram objeção de consciência, há grande dificuldade de acesso ao procedimento por este motivo. Nestes casos, as mulheres, muitas vezes, têm de se deslocar para outras cidades ou mesmo estados para realizar o aborto legal, buscando não ultrapassar o prazo das 12 semanas. Portanto, a possibilidade de médicos realizarem a objeção de consciência colabora para que prossiga existindo desigualdade no acesso ao serviço, mesmo em situação de legalidade. No total, aproximadamente 30% dos ginecologistas uruguaios declararam objeção de consciência e em algumas províncias, como no exemplo de Salto, o número chega a ultrapassar os 80%”. (...) “O modo como o Estado trata a objeção de consciência também permite entrever um claro corte de classe: as mulheres com uma situação financeira mais favorável podem conseguir, com maior facilidade, viajar para outra cidade e conseguir cumprir os prazos e condicionalidades estabelecidos em lei, enquanto as mulheres menos favorecidas prosseguem tendo mais dificuldade em realizar um aborto seguro”. Ibidem, p.79.

³³ CENTENERA, Mar; MOLINA, Federico Rivas. **Senado da Argentina diz ‘não’ à legalização do aborto e país fica com lei de 1921**. Disponível em: < <https://brasil.elpais.com> > Acesso em: 07 set. 2018.

direito ao aborto, na América Latina se encontra no chamado ativismo conservador. O aborto, como última instância da capacidade das mulheres para tomar decisões sobre sua vida reprodutiva, representa no continente “a fronteira do direito de decidir”, dada a influência da Igreja Católica e das igrejas evangélicas nos sistemas políticos latino americanos.³⁴

A mobilização conservadora na América Latina é liderada pela Igreja Católica e por outras organizações, que na sociedade civil procuram implementar a agenda do Vaticano sobre temas de sexualidade e reprodução. A Igreja Católica tem promovido reformas legais e constitucionais que buscam incorporar uma proteção absoluta ao direito à vida desde a concepção, tentando, inclusive, influenciar em processos constituintes para incluir essa cláusula nas constituições nacionais. Exemplo disso foi o *lobby* realizado pela Igreja durante a Constituinte de 1988 no Brasil, bem como na Colômbia em 1991 e na Argentina em 1994, com o objetivo de introduzir a ideia da proteção da vida desde a concepção no texto Constitucional, nesses casos, a mobilização dos movimentos feministas conseguiu impedir o avanço religioso sobre os textos constitucionais.³⁵

O catolicismo conservador na América Latina tem formulado seus discursos e propostas através da linguagem dos direitos e política pública, baseado não mais no direito natural, mas em tratados de direitos humanos, bioética e argumentos científicos. No caso da legalização e acesso ao aborto na América Latina, a Igreja, para reforçar a base contrária ao aborto, tem apelado aos tratados internacionais de direitos humanos, em especial à Convenção dos Direitos da Criança e à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Uma das principais estratégias, na retórica conservadora, tem sido substituir o discurso religioso sobre a alma do óvulo, pelo argumento de que o zigoto contém o genoma humano completo, único e repetível, sendo, portanto, humano. Contudo, não reconhece o argumento de que a identidade genética não implica a existência de uma pessoa.³⁶

³⁴ RUIBAL, A. M. Op. cit., p.111-112.

³⁵ Ibidem, p.116.

³⁶ Ibidem, p.118. “Até recentemente, o feto não era reconhecido como um ser dotado de identidade específica e valendo por si mesmo, como revelam sobretudo a pobreza de sua representação, o caráter limitado do corpus jurídico concernente ao tema ou a quase ausência de rituais acompanhando, em caso de aborto espontâneo – ou, como acabamos de ver, provocado – sua partida do mundo dos vivos para o dos mortos. De fato, descartando os bonequinhos e imagens destinados à instrução dos médicos e das parteiras, que se multiplicam sobretudo a partir da segunda metade do século XVIII, o feto é estranhamente pouco presente tanto na representação visual

O conservadorismo religioso também pode atuar sobre o sistema político por meio de sua capacidade de influência como poder de fato e não como participante de um debate aberto entre as distintas forças políticas e cidadãos. Há também outros modos de incidir sobre o Estado, em determinadas circunstâncias as instituições estatais são ocupadas por atores fundamentalistas que detêm posições formais dentro do governo e que podem atuar como ativistas institucionais conservadores. Na última década “têm se produzido reformas que têm liberalizado, ainda que em distintos graus e na maioria dos casos de maneira limitada, as regulações sobre aborto.”³⁷

Na América Latina encontram-se os marcos regulatórios do aborto mais restritivos do mundo. Dos vinte países analisados, nove não permitem a prática do aborto em nenhuma circunstância, é o caso da Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela.³⁸

(raridade de imagens religiosas, representando Cristo no seio da Virgem, enquanto feto) quanto na poesia, na literatura, no mito, no discurso em geral. Do mesmo modo, apesar das especificações do direito romano destinadas a resolver problemas difíceis em matéria de herança, o feto pouco aparece no direito e na religião, é quase ausente da polis, da política e, geralmente, das construções simbólicas que se sobrepõem à ordem social e a constituem enquanto tal. Quando deixa o útero antes do termo e não sobrevive, não recebe nome nem passa por um ritual funerário. Ora, ser objeto de ritos funerários é um indício muito importante do pertencimento à sociedade dos seres humanos (os pré-historiadores veem na presença desse tipo de rituais um critério ao qual eles atribuem um papel determinante no processo de humanização). Mal se pode dizer que o feto “morre”, pois tudo se passa como se fosse necessário ter nascido, e nascido vivo, para poder morrer. Essa ausência é ainda mais surpreendente na história da filosofia ocidental que, excetuando os textos gregos sobre a natureza como physis e seus desenvolvimentos na filosofia natural, pouco levou em consideração esse estado dos seres humanos. Isso vale, em particular, para a filosofia clássica, que se voltou constantemente para o horizonte da mortalidade para construir uma ontologia, inclusive política, da humanidade e que, com raríssimas exceções, ignorou não somente o feto mas também, de modo mais geral, a própria natalidade.” In: BOLTANSKI, L. Op. cit.,p.218.

³⁷ Ibidem, p.112.

³⁸ Fonte: Global Abortion Policies Database. O custo geral médio do gasto incorrido pelo governo foi estimado (segundo o valor do dólar em 2006) em USD 130 na América Latina para cada aborto seguro realizado. Entretanto, os custos econômicos indiretos decorrentes do abortamento inseguro sobre o sistema de saúde de um país vão além dos custos diretos por oferecer cuidados médicos pós procedimento. A provisão de abortamento seguro e legal é consideravelmente menos onerosa do que o tratamento das complicações decorrentes de abortamento inseguro. Na Cidade do México Calculou-se que o abortamento inseguro custou ao sistema sanitário da Cidade do México USD 2,6 milhões em 2005, antes da legalização do aborto. Se existisse livre acesso a um abortamento seguro, o sistema poderia poupar potencialmente USD 1,7 milhões a cada ano e destinar esse dinheiro para cobrir outras necessidades urgentes e oferecer serviços de qualidade para evitar as gravidezes não desejadas com contraceptivos eficazes e o abortamento seguro fosse acessível. In: Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro**...,p.26-79.

2.2 BRASIL

O aborto divide-se em várias espécies: natural, acidental, criminoso, legal ou permitido. O aborto natural não é crime, pois, ocorre quando há uma interrupção espontânea da gravidez. O acidental, também não é crime, e pode decorrer de traumatismos, quedas etc. O aborto criminoso é aquele vedado pelo ordenamento jurídico e está disciplinado nos artigos 124 e seguintes do Código Penal. Há também o econômico social praticado por motivos de dificuldades financeiras e/ou prole numerosa. O aborto legal pode ser terapêutico ou necessário, utilizado para salvar a vida da gestante ou impedir riscos à sua saúde; ou eugenésico ou eugênico, realizado para interromper a gravidez em caso de vida extrauterina inviável.³⁹

O aborto humanitário é aquele autorizado para os casos decorrentes de estupro.⁴⁰ A gravidez resultante de estupro penaliza duas vezes a mulher, que além de ter o corpo violentado de forma física (com resultados psíquicos por vezes irreversíveis), corre o risco de não receber atendimento digno a que tem direito por lei, por parte dos hospitais, das autoridades policiais, da sociedade e do Poder Judiciário,⁴¹ o aborto legal:

É um fato atípico e para ser realizado, depende unicamente do consentimento válido da mulher. Mesmo sendo expressamente permitido, o acesso é dificultado em razão da alta incidência da escusa dos profissionais

³⁹ MORAIS, Lorena Ribeiro de. Op. cit., p.50. “Na linguagem jurídica a prática do aborto é um fato típico, isto é, “um comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.” Este fato típico – o aborto -, no Código Penal Brasileiro está previsto no art. 128, e define como crime a prática do aborto, pela própria mulher (auto-aborto) ou realizado por terceiro com o consentimento da mulher, crime contra a vida, exceto: a. quando a gravidez resultar de estupro (aborto sentimental) e b. quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico). (...) Como já referido o aborto não constitui crime se não há outro meio de salvar a vida da gestante. O art. 128, I do Código Penal brasileiro, expressamente, estabelece: Art. 128: Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; O sentido de necessidade que justifica a definição legal de aborto necessário é a do art. 24 também do Código Penal, que considera “em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. In: VENTURA, Miriam. Op. cit., p.144-166.

⁴⁰ O estupro, criminologicamente falando, inclui-se naqueles delitos das cifras negras, ou seja, aqueles dos quais as autoridades não tomam conhecimento pela hediondez da conduta, o medo de retaliação, somada à desonra humilhante e ao pudor da vítima. À mulher, receosa de ser ainda mais humilhada e afrontada em sua honra, não resta outra alternativa senão guardar o dolorido silêncio. Muitas vítimas, já cansadas e desesperadas por terem vivido tal infortúnio, ante a notória morosidade do Judiciário e a ineficácia do sistema de saúde estatal, preferem o caminho da ilegalidade e da insegurança, e acabam por praticar o aborto recorrendo a clínicas particulares clandestinas. (...) aborto legal é semi-clandestino no Brasil. A população é mal informada e os serviços são invisíveis. As mulheres são constrangidas a peregrinar de hospital em hospital, muitas vezes, de um estado a outro, para conseguir algo que lhes é assegurado por lei. Frise-se que ao percorrerem esta verdadeira via crucis estão grávidas do estupro e correm risco de vida”. Ibidem, p.52.

⁴¹ Ibidem, p.50.

da saúde em realizarem os procedimentos abortivos em razão da objeção de consciência. Neste caso, mostra-se fundamental a elaboração de diretrizes para o seu uso. Configura-se um desacordo moral razoável, ou seja, ocorre a ausência de consenso sobre opiniões racionalmente defensáveis. De um lado, o direito do profissional da saúde em se negar a praticar determinado tipo de tratamento e, de outro, a autonomia de vontade da gestante amparada pelo direito à saúde e pelo princípio da dignidade humana. “Ademais, não há infraestrutura adequada para o procedimento e os profissionais de saúde exigem da mulher autorização judicial, termo de boletim de ocorrência ou avaliação por uma Junta Médica (...)A não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo”.⁴²

Nos anos 1990, o aborto induzido se manteve entre a terceira e a quarta causas de mortalidade materna em várias capitais brasileiras, a estimativa oficial é de 76/100.000. Em algumas cidades, como Recife e Salvador, o aborto ocupou o primeiro e o segundo lugar no grupo das causas isoladas de morte materna em meados dos anos 1990.⁴³ “O aborto é a quinta causa mais frequente de internação;

⁴² Ibidem, p.51.O profissional que se omite nesta circunstância pode ser punido pelo crime de omissão de socorro (art. 135 Código Penal Brasileiro) ou mesmo por delito mais grave como a lesão corporal ou mesmo o homicídio, se comprovada que sua omissão foi decisiva para o agravamento do estado de saúde da mulher. É importante enfatizar que o profissional de saúde tem a obrigação legal do cuidado e proteção e se devia e podia agir para evitar o resultado (§ 2.º do art. 13, Código Penal Brasileiro) responde criminalmente por isto, ou seja, se podia evitar objetivamente a morte da mulher e não o fez, respondem por homicídio; se podia evitar a perda de um órgão, p.ex. o útero, responde por lesão corporal. In: VENTURA, Miriam. Op.cit.,p.170.

⁴³ “Os estudos não mostram como se aborta nas clínicas privadas, com leigas ou parteiras. Não se sabe como as mulheres têm acesso aos instrumentos abortivos, em particular de quem compram ou recebem o misoprostol ou os chás; não se sabe quais os recursos abortivos e as práticas adotados pelas mulheres rurais e indígenas; não se sabe qual o impacto da raça na magnitude, na morbidade e na experiência do aborto induzido; não se sabe como as desigualdades regionais são refletidas na morbidade do aborto induzido ilegalmente; não se sabe como indicadores de desigualdade social (classe social, geração, raça, deficiência) atuam na decisão de uma mulher por induzir um aborto; não se sabe como mulheres em situação de violência sexual doméstica decidem pelo aborto; não se sabe como a epidemia do HIV/aids se relaciona com a prática do aborto. Sabe-se pouco sobre o universo simbólico das mulheres que abortam, sobre o processo de tomada de decisão e sobre o impacto em sua trajetória reprodutiva ou em seu bem-estar. Os estudos sobre assistência à saúde e mulheres em situação de abortamento induzido são raros, e há poucas pesquisas sobre os serviços de aborto legal. Os estudos não mostram quais os riscos do aborto induzido em condições ilegais para a saúde mental das mulheres. Não se sabe a magnitude das seqüelas e complicações do aborto inseguro. Não há estudos sobre o universo rural, nem sobre as práticas e os riscos envolvidos nos métodos abortivos. Não se conhecem os riscos do aborto em clínicas privadas. Sabe-se pouco sobre os riscos de seqüelas para o feto envolvidos no uso do misoprostol para aborto induzido. Os estudos de morbidade near miss indicam que o aborto induzido se mantém como uma causa importante de morbidade materna, o que necessita ser monitorado por novas pesquisas. Os estudos não mostram como as mulheres abortam com misoprostol em casa; como elas têm acesso ao medicamento; e em quais doses e com quais intervalos o utilizam. Não há estudos por região sobre o uso do misoprostol e a morbidade associada ao aborto induzido. Não se conhece a eficácia abortiva do misoprostol combinada com outros métodos abortivos tradicionais, em especial chás e ervas. Não há estudos sobre a qualidade da assistência oferecida às mulheres em situação de abortamento. São raros os estudos prospectivos para avaliar o desenvolvimento do feto de mulheres que utilizaram o misoprostol sozinho ou combinado com outros métodos e não abortaram. Não há pesquisas sobre o impacto ético nas mulheres do diagnóstico de má-formação fetal pelo uso indevido do misoprostol como método abortivo. BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil...**,p.21-22

o segundo procedimento obstétrico mais realizado; são 250 mil internações no SUS para tratamento de complicações”.⁴⁴

A prática do aborto não foi punida no Brasil até o Código Criminal do Império de 1830, que trouxe a primeira legislação específica sobre o tema.⁴⁵ O Código Penal de 1890 manteve a punição, mas estabeleceu atenuantes nos casos em que a gravidez decorresse de estupro, pois, nesses casos o recurso ao aborto visava a “ocultar a desonra própria”.⁴⁶ Também adotou a noção de aborto legal e necessário quando não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante.⁴⁷ Em 1940, quando foi promulgado o Código Penal vigente, o diagnóstico intrauterino precoce era limitado, hoje, “a lei está defasada diante das possibilidades tecnológicas e acredita-se que, no caso das malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina, o mesmo espírito que em 1940 autorizou os abortos para os casos de estupro e risco de morte, atenderia as mulheres em mais este permissivo”.⁴⁸

A partir da década de 1970, com o crescimento do movimento feminista no Brasil, o aborto tornou-se um tema cada vez mais público, após a transição democrática, na década de 1980, saúde, aborto e violência sexual apareceram como pautas prioritárias da agenda feminista no país. A primeira iniciativa de reforma legal aconteceu em 1983, quando um projeto de lei pela legalização do aborto foi apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e rejeitado.⁴⁹

⁴⁴ MORAIS, Lorena Ribeiro de. Op. cit., p.56.

⁴⁵ Ver Artigo 199. BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 30 abr. 2018.

⁴⁶ Ver: capítulo iv do aborto Artigo. 300 e seguintes. BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 30 abr. 2018.

⁴⁷ FREITAS, Angela. Op. cit., p.9. “É importante lembrar que a história do Brasil está marcada pelas relações entre a Igreja Católica e a coroa portuguesa. Quando Portugal começou sua expansão colonizadora, o país ocupava lugar de destaque na Europa e colaborava com a resistência à Reforma Protestante que ameaçava o domínio católico no continente europeu. Essa aliança influenciou o processo de colonização no Brasil, que experimentou importante ocupação pelas quatro ordens religiosas mais importantes então: os jesuítas, os franciscanos, os carmelitas, e os beneditinos.”

⁴⁸ Ibidem, p.17.

⁴⁹ “O aborto como questão de direito individual remete a um dos fundamentos do feminismo contemporâneo: o princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo; direito baseado nas idéias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista “nosso corpo nos pertence”, que se difundiu internacionalmente a partir dos países centrais e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao aborto. A apropriação do corpo também significava para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade. No caso brasileiro, essa influência foi clara no início do feminismo contemporâneo (1970/85) e, posteriormente, será ressignificada na adoção do conceito de direitos reprodutivos, a partir de meados dos anos 1980. (...) E situava-se na linhagem do feminismo internacional do início dos anos 1970, com uma posição favorável à liberação do aborto. Tal posição se confronta, antes de tudo, com a permanência da proibição legal inscrita no Código Penal brasileiro de 1940, no qual o aborto é considerado crime,

Na redemocratização, a reconstitucionalização aparecia como uma via democrática de luta contra o autoritarismo, e recebia forte apoio social. A partir disso se instaurou um intenso debate sobre que tipo de constituinte se desejaria estabelecer. Contudo, ter uma nova constituição não garantiria a democracia. Para que isso ocorresse era necessário que a nova Constituição expressasse os anseios e demandas do povo brasileiro e não apenas das elites e setores que tinham uma participação maior na política.⁵⁰

Era necessário que a sociedade brasileira participasse desse processo e, a partir de 1985, diversos setores da sociedade começaram a se mobilizar elegendo como prioridade a elaboração de propostas e sugestões para a Constituinte.⁵¹ Com o fim da ditadura militar, as mulheres ampliaram sua luta para ocupar espaços políticos na esfera do Executivo e, nesse cenário, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que exerceu um importante papel mobilizador dos movimentos de mulheres em relação à Assembleia Nacional Constituinte (durante a preparação em 1986, e no processo constituinte, em 1987 e 1988).⁵²

Destaca-se a “Carta das Mulheres aos Constituintes”,⁵³ contendo princípios e reivindicações. Não há referência direta à questão do aborto, que teria sido substituída por: “será garantido à mulher o direito de conhecer e decidir sobre o seu próprio corpo”. A ausência da demanda explícita do direito ao aborto nessa carta foi “um recuo tático diante do avanço conservador” que ameaçava modificar a legislação, que já garantia o aborto previsto por lei. O argumento dos direitos sociais (saúde/classe social) foi útil para sensibilizar os setores da esquerda que não consideravam prioritária a luta pelo aborto. Essas questões aparecem de forma conjunta (além do direito ao próprio corpo) nas argumentações das feministas

salvo em risco de vida da mulher e em gravidez decorrente de estupro. É crime raramente punido, tanto para as mulheres que o realizam como para as parteiras, ou para os médicos que o executam, mesmo com a ocorrência de morte da gestante. Entretanto, não podemos desconsiderar a força simbólica dessa interdição penal sobre o imaginário social e subjetivo de quem o pratica, já que há notificações policiais, processos penais, enfim, todo um aparato criminal disponível em torno do aborto, mesmo que ele não resulte em condenação”. SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v.16, n.2, p.675-680, 2008. p.675-677.

⁵⁰ MEDEIROS, Laís de Almeida. “**A mulher, que sempre falou pelos cotovelos, agora fala pela Constituinte**” A imprensa feminista e a Constituinte. 2014. Monografia (Licenciatura em História) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Multidisciplinar, Nova Iguaçu. p.41.

⁵¹ *Ibidem*, p.42.

⁵² ROCHA, M. I. B. A discussão política sobre aborto no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006.p.372.

⁵³ Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. Disponível em: < <http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 06 out. 2018.

brasileiras e orientam suas táticas até o hoje.⁵⁴

A discussão sobre a questão do aborto entrou na Constituinte pelas mãos da Igreja Católica, para proibi-lo em todas as circunstâncias, e recebeu apoio de parlamentares evangélicos. O tema gerou um intenso debate em diversos momentos daquele processo, mas acabou não sendo contemplado na nova Constituição, devido à sua característica controversa.⁵⁵

A Constituinte de 1987-1988 foi um dos momentos em que se deu maior importância para o debate sobre o aborto, seja pelas disputas políticas, ideológicas ou de crença.⁵⁶ “A perspectiva de defender a vida desde a concepção esteve muito presente nos debates da Constituinte, tendo sido este um dos aspectos que polarizou as disputas em torno da temática do aborto”.⁵⁷

Os historiadores Diogo Hartmann e Mateus Gamba Torres analisaram as atas da Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher e constataram que nas primeiras “atas dessa comissão já aparecem posicionamentos veementes, por parte de alguns parlamentares, em sua maioria se colocando contrários ao aborto e pedindo sua criminalização”.⁵⁸ Nas análises realizadas poucos se declararam favoráveis ao aborto, porém, houve também quem o fizesse. Foi o caso do Constituinte José Genoíno, que faz uma fala em defesa do aborto:

⁵⁴ SCAVONE, Lucila. Op. cit.,p.676.

⁵⁵No âmbito da sociedade civil, essa fase foi fortemente marcada pela preparação da Constituinte e, sobretudo, pelo seu próprio processo. Os dois principais atores políticos e sociais envolvidos na discussão da questão do aborto – o movimento feminista e a Igreja Católica – não somente se prepararam, como também atuaram, direta ou indiretamente, em todas as etapas da Constituinte sobre este e outros assuntos de suas agendas políticas”.ROCHA, M. I. B. Op. cit., p.372“A guerra contra o aborto na constituinte é comandada por dois grandes poderes: a bancada dos deputados evangélicos – a quarta no congresso – e a Igreja Católica, responsável por um dos mais poderosos lobbies constitucional. A xenofobia dos parlamentares evangélicos contra o aborto chegou a tal ponto do deputado Sotero Cunha atribuir a culpa pela violência sexual de que é vítima, afirmando: “Se a mulher não quiser, o homem não conseguirá estuprá-la”. Para ajudar os evangélicos, a deputada Rita Camata (PMDB/ES) propôs a emenda de que “a vida será protegida desde a concepção” que, se aprovada em Plenário, veta qualquer endosso ao aborto nas leis ordinárias”. In: MEDEIROS, Laís de Almeida. Op. cit.,p.49.

⁵⁶ “A Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher foi um dos espaços onde esse debate ocorreu. É claro que este não foi o único tema debatido pela comissão, mas com certeza foi um dos mais polêmicos e controversos. Os posicionamentos foram os mais diversos, havia quem não concordasse com o aborto em nenhum caso e que queriam criminaliza-lo, tinham aqueles que o aceitavam apenas nos casos já previstos em lei, havia quem era favorável ao aborto plenamente, mas estes eram minoria, e os que não acreditavam que era na Constituição que ele deveria aparecer.” HARTMANN, Diogo Mateus Zini; TORRES, Mateus Gamba. **A Descriminalização do Aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88)**: uma análise dos discursos dos Constituintes. Disponível em: < <http://www.encontro2014.sc.anpuh.org>> Acesso em: 30 abr. 2018.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

“É necessário, portanto, abrir um pouco a mente para essa questão. Não se trata, aqui, como alguns companheiros Constituinte disseram de estarmos chegando ao fim daquilo que, para eles, é essencial defender no texto constitucional. Não! Trata-se, apenas e simplesmente de uma visão democrática. Mesmo com relação a um tema tão polêmico em relação ao aborto! A legalização do aborto não significa ser favorável necessariamente, à sua prática. A legalização do aborto coloca o problema como de foro íntimo para as pessoas que, por uma determinada concepção, por uma determinada situação concreta, optem – principalmente a mulher – pela interrupção da gravidez em determinado ponto. Isso não significa que as pessoas vão necessariamente praticá-lo ou que as pessoas que são contra o façam. Isto é um direito garantido a todas as pessoas para que espontaneamente o usem”. Nesta fala fica expresso o posicionamento do Constituinte, que em outro momento falou que iria propor uma emenda pela legalização do aborto. Mas mais do que seu posicionamento o que é interessante nesta fala são os argumentos utilizados, muitos dos quais são bandeiras de movimentos pró-aborto, que nada mais são do que a cobrança para que os direitos individuais da mulher sejam, na prática, direitos seus”.⁵⁹ De outra banda Abigail Feitosa, em discurso pronunciado em 22 de fevereiro de 1988 defende que: “O aborto não coloca a mulher mais liberada. Aqui discuto e discordo do nobre Constituinte José Genoíno: primeiro, porque foi um acordo de toda a bancada das mulheres, que esse assunto não viria a ser constitucional. O Constituinte José Genoíno não tem mais direito de defender os interesses das mulheres do que a bancada das mulheres. (Palmas.) (...) proposta que se faz é de não discutir este assunto aqui na Constituinte, que ele seja remetido para a legislação, a fim de que, depois, toda a sociedade tenha condição de se posicionar”.⁶⁰

Os discursos que se opunham ao aborto eram heterogêneos. Por vezes o aborto surge como forma de controle populacional, que ora aparecia em argumentos contrários ao aborto, ora em outros que defendiam que caso não houvesse planejamento familiar, iríamos ter que recorrer ao aborto para controlar os índices de natalidade devido ao rápido aumento demográfico.⁶¹

Falar sobre aborto naquele momento, não era algo que fosse discutido tão abertamente, havia uma hesitação, mesmo por aqueles que eram favoráveis à descriminalização; o que acabou por moldar os discursos, fez com que não se falasse tudo o que poderia ser falado sobre o tema. Nem todos os constituintes se opuseram a levar o tema adiante, mas quando o tema se colocava, havia aqueles que defendiam que se tratava de um debate complexo que deveria ser discutido posteriormente.⁶² Sobre isso o Relator José Paulo Bisol coloca o seguinte:

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ BRASIL. **Mulher constituinte:** discursos destacados. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 20 out. 2017.

⁶¹ HARTMANN, Diogo Mateus Zini; TORRES, Mateus Gamba. Op. cit.

⁶² Idem.

“Vou entrar, na devida oportunidade, com um emenda para que a questão da interrupção voluntária da vida intra-uterina seja decidida por consulta plebiscitária. Além desta indagação na consulta plebiscitária, nós sugerimos, nessa emenda, que se faça uma consulta plebiscitária assim: primeiro, se quer a penalização da interrupção voluntária da vida intra-uterina; segundo, se quer desde a concepção; terceiro, se quer a partir dos três meses – que são as hipóteses discutidas ai. (...)Sou contra o aborto. Mas sou contra a penalização do aborto. Porque ela [a penalização] é má. E isso qualquer juiz de Direito pode testemunhar. Só conseguimos punir as mulheres pobres. Não conseguimos punir as mulheres da nossa classe ou da classe rica. Não conseguimos, não há estrutura para isso. E não há consuetudo, o que é muito mais importante! Falam tanto em costumes, aí! E o que É costume? Precisamos ser coerentes. O que é costume? Não há o costume do aborto na sociedade brasileira? Ele não está institucionalizado nas classes média e rica? Ah, e em nome de Deus e da moral nós vamos punir os pobres! Quando me derem a convicção de que a Justiça tem condições de punir todas as mulheres que fizerem aborto, eu admitirei a discussão da sua penalização. Antes, não! É uma posição”.⁶³

Acreditava-se que o aborto não era um tema para ser tratado na Assembleia Nacional Constituinte.⁶⁴ Uma das questões era a dificuldade em debater sobre o aborto, visto que havia grande cobertura midiática na Constituinte e que a sociedade pouco se debruçava sobre esse tema, inclusive o via com “maus olhos”.⁶⁵

Em discurso pronunciado em 14 de setembro de 1988, a deputada Eunice Michiles (primeira mulher senadora) lembrou que a nova Carta Constitucional assegura o planejamento familiar, e que a inserção deste artigo é o coroamento de uma luta de longos anos.⁶⁶ Entendeu que tal dispositivo é uma grande conquista social, mas lembra que:

O número de abortos praticados no Brasil dá a dimensão do que significa a ausência de um programa de planejamento familiar, pois nenhuma mulher aborta porque gosta ou ache elegante, mas pela falta de um eficiente planejamento familiar. O pior do aborto é seu alto custo em vidas, além do custo financeiro. Calcula-se que a metade do sangue consumido em todas as transfusões é usado em abortos malsucedidos, e que metade dos leitos obstétricos são ocupados por pacientes que provocaram o aborto. (...) **Minha preocupação, Sr. Presidente, Srs. Deputados, é que este artigo, de objetivos tão justos, venha a se tornar letra morta, apenas um adorno para a nossa Constituição, e que os programas que estão em**

⁶³ Idem.

⁶⁴ Sobre o tema ver: PIMENTEL, S. Aborto: um direito da mulher. Lua Nova, São Paulo, v.2 n.2, 1985.

⁶⁵ HARTMANN, Diogo Mateus Zini; TORRES, Mateus Gamba. Op. cit.

⁶⁶ “Entendemos, Sr. Presidente, Srs. Deputados, ser este dispositivo uma grande conquista social, quando atribui ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para que os casais possam exercer o direito de livremente determinar o número de filhos que desejam ter; contudo, não é demais lembrar que já em 1970, na conferência de Bucareste, o Brasil assinava importante documento em que se comprometia a universalizar as informações e os meios para que todos os casais pudessem praticar uma paternidade consciente e responsável, e reconhecia naquele documento que “esse não deveria ser um privilégio das famílias abastadas”. Mas a verdade é que nada, ou muito pouco foi feito neste sentido desde então”. BRASIL. **Mulher constituinte...**

andamento no Ministério da Saúde, pela sua timidez, não alcancem exatamente a mulher que precisa, a mais pobre, a mais desvalida, que terá de continuar gerando os filhos que não deseja e que engrossarão cada vez mais a legião de marginalizados deste País.⁶⁷ (grifo meu)

As mudanças constitucionais exigiam leis que garantissem direitos igualitários em todos os âmbitos da vida pública e privada, traduzidas em uma nova Constituição. Mulheres dos mais diversos setores se uniram e fizeram forte *lobby* pela aprovação da igualdade constitucional entre homens e mulheres. “Consagraram-se a maioria das demandas igualitárias com algumas exceções – por exemplo os direitos reprodutivos, o aborto etc. – graças à força de segmentos religiosos conservadores.”⁶⁸

A força de seguimentos e ideias religiosas e conservadoras até os dias de hoje exercem influência nos debates sobre o aborto.⁶⁹ As últimas três décadas foram marcadas pela crescente participação dos segmentos evangélicos pentecostais na política partidária e nas disputas eleitorais. A difusão das igrejas pentecostais nos setores médios e pobres da população brasileira veio acompanhada com a inserção política de lideranças que pudessem defender os interesses das igrejas nas casas legislativas e junto ao Poder Executivo nas esferas municipais, estaduais e federal.⁷⁰ A liderança na temática contra o aborto não se restringe apenas aos parlamentares evangélicos, mas foi a partir da década de 1990 que passaram a atuar sistematicamente ao lado da Igreja Católica, cujos representantes no parlamento se tornaram importantes participantes no debate. A luta contra o aborto e a defesa da família tornaram-se estratégias para a construção de carreiras políticas e de imagem pública como deputados. A maior presença e organização dos parlamentares evangélicos é um fato relevante, contudo, a liderança do movimento contra o direito

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ BLAY, Eva Alterman; AVELAR, Lúcia. (org.). **50 anos de feminismo**: Argentina, Brasil e Chile. São Paulo: Edusp, 2017.p.88.

⁶⁹ Nesse sentido ver: DINIZ, Debora. **Um candidato que ignore a questão do aborto não pode ser levado a sério**. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com>> Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷⁰ O termo ativismo conservador, “permite enfatizar o propósito central, que é o de influenciar as políticas públicas e as legislações. São setores que não só defendem uma cosmovisão específica sobre a sexualidade e a família que se encontraria ameaçada pelo feminismo e pela diversidade sexual, como também se mobilizam ativamente para fazer com que o direito e as políticas públicas sigam essa cosmovisão”. Os católicos representavam 89,2% em 1980, passaram a ser 83,3% da população em 1991 e 73,3% em 2000. Nesse mesmo período, os evangélicos que representavam 6,6% dos brasileiros em 1980 passaram para 9,0% em 1991 e 15,4% em 2000”. MACHADO, M. D. C. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n.7, p. 25-54, 2012.p.26-27.

ao aborto ainda é exercido pela Igreja Católica.⁷¹

Os pesquisadores Luis Felipe Miguel, Rayani Mariano e Flávia Biroli analisaram todos os discursos pronunciados sobre o tema na Câmara dos Deputados entre 1991 e 2014, totalizando 915 discursos, é interessante é que:

Os oradores são, quase todos, homens, o que reflete a baixa presença feminina no parlamento brasileiro. No período sob análise, na Câmara dos Deputados, a proporção de representantes mulheres oscilou em torno dos 8%. Não é surpresa, portanto, que mesmo com maior presença de mulheres, dado o interesse específico da temática, o debate seja dominado pelos homens: eles são os oradores de 86,4% dos discursos da amostra. O quadro fica pior quando se constata que a questão do aborto é o foco central de 61,7% dos discursos deles, mas apenas 49,2% dos discursos delas. Isto é, quando as mulheres intervêm na discussão, o aborto costuma ser apenas um tema, entre outros, que elas abordam no mesmo pronunciamento.⁷²

Os parlamentares que mais falam sobre o tema são homens e contrários ao direito ao aborto. O parlamentar Luis Bassuna, líder espírita, é o que mais falou sobre aborto, com 65 discursos, é um dos autores da proposta do Estatuto do Nascituro. Em seguida Severino Cavalcanti, com 40 discursos, Costa Ferreira e Lael Varella contam com mais de 30 discursos contrários ao direito ao aborto.⁷³ O primeiro deputado favorável à legalização do aborto, José Genoíno, do PT, aparece na sétima posição, com 25 discursos e a primeira mulher, Marta Suplicy, do PT, aparece em nono lugar, com 19 discursos. Ao todo, 269 deputados se pronunciaram alguma vez sobre o tema nos anos sob análise.⁷⁴

A tabela 6 sumariza a posição dos discursos, desde aqueles que mencionam o aborto de forma ampla (citando como causa de mortalidade materna), até aqueles que trazem os argumentos chamados “pró vida”, bem como os que mencionam

⁷¹ MIGUEL, L. F.; BIROLI, F.; MARIANO, R. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, Campinas, v. 23, n.1, 2017.p.236.No intervalo entre 2011 e 2014 os parlamentares que mais falaram do aborto são do PSC (Partido Social Cristão), que concentra parlamentares ligados as igrejas evangélicas. Foram 16 discursos do PSC, 14 discursos do PV (Partido Verde), todos contrários ao direito ao aborto e 9 do PDT (Partido Democrático Trabalhista), quase todos contrários ao aborto.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ “O ranking dos que mais falaram mostra, porém, que a oposição ao aborto é uma prioridade maior, para alguns parlamentares, do que sua legalização o é para os que a defendem. (...) Ainda que a progressão não seja contínua, é perceptível uma tendência geral de ampliação da maioria de discursos contrários ao direito ao aborto. Assim, o maior percentual de discursos favoráveis à ampliação do direito ao aborto aparece no primeiro ano estudado, 1991, alcançando 39,4% do total de pronunciamentos (13, num universo de 33 discursos). O fato de que essa parcela nunca tenha ultrapassado o patamar dos 30% nos anos seguintes, chegando a nenhum discurso no ano de 2011, cinco discursos em 2012 (9% dos proferidos naquele ano) e novamente nenhum em 2013 e em 2014, indica que os constrangimentos se intensificaram”. *Ibidem*, p.241-242.

novas medidas punitivas e de controle incluem a ampliação de penas, monitoramento de medicamentos abortivos e o cadastro de grávidas.⁷⁵

Tabela 6 - Posição em relação ao direito ao aborto nos discursos pronunciados na Câmara dos Deputados brasileira (1991-2014).

Posição	Discursos	%
A favor da ampliação do aborto legal	144	15,7
A favor da manutenção da lei brasileira	129	14,1
A favor da restrição do aborto legal	148	16,2
Contra o aborto (de forma genérica)	326	35,6
Por novas medidas punitivas e/ou de controle	132	14,4
Pela educação sexual e/ou planejamento familiar	124	13,6
Não se posiciona	75	8,2

Fonte: O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro.

As categorias “a favor da restrição”, “contra o aborto” e “por novas medidas”, foram agrupadas como medidas contrárias ao direito ao aborto, tais posições aparecem em 566 discursos dos 915 analisados, correspondem, portanto, a 61,8% do total. Há na Câmara uma tendência à ampliação da preponderância das posições contrárias ao aborto e a redução dos discursos favoráveis à ampliação, é possível que a ampliação da presença do discurso contra o direito ao aborto indique que os parlamentares favoráveis aos direitos das mulheres estão acudados no debate. O argumento da “saúde pública” esteve presente em 61,8% dos discursos favoráveis à ampliação do aborto legal sendo o argumento principal em 40,3% dos discursos, enquanto os discursos que recorreram à “liberdade individual” e/ou ao “controle da mulher sobre seu corpo” aparecem em 50% dos discursos, mas como argumento principal em apenas 22,9% deles. O fato de haver mulheres no parlamento, não garante, contudo, posições favoráveis aos direitos sexuais e reprodutivos.⁷⁶

⁷⁵ “O grupo de discursos sem posição é composto, via de regra, por pronunciamentos no qual o aborto foi citado apenas em passant, em meio, por exemplo, a uma listagem de causas de mortalidade de mulheres. Discursos “contra o aborto (de forma genérica)” são aqueles que ecoam os argumentos chamados “pró-vida”, mas não apontam especificamente mudanças que deveriam ser introduzidas na legislação para impedir a prática. A categoria “por novas medidas punitivas e/ou de controle” inclui a defesa de propostas como o cadastro de grávidas, o monitoramento ou mesmo banimento de medicamentos com efeito abortivo (como o misoprostol) ou a ampliação das penas aplicadas a mulheres que interrompem voluntariamente a gestação. Por fim, os discursos em favor da educação sexual escapam, muitas vezes, do enfrentamento da questão, preferindo indicar caminhos através dos quais o aborto pretensamente se tornaria desnecessário. Às vezes, esse enquadramento estava combinado com outros, assim como a defesa de medidas punitivas com frequência se associava a uma posição contra o aborto ou favorável à restrição dos casos permitidos por lei. Por isso, cada discurso pôde ser incluído em mais de uma categoria”. Ibidem, p.241-242.

⁷⁶ “Há deputadas que foram ativas na oposição ao aborto, como a deputada Ângela Guadagnin (PT-SP), e também deputados homens sensíveis à necessidade de ampliar o aborto legal, como os já citados José Genoíno e Dr. Pinotti. Ainda assim, é relevante assinalar que quase metade dos discursos pronunciados por mulheres apresentam posição favorável à ampliação do direito ao aborto no Brasil, quer admitindo novas exceções à lei proibitiva, quer descriminalizando de vez a prática. No

Os argumentos contrários ao direito ao aborto tiveram como argumento principal o direito à vida, fundado em dogmas religiosos e morais.⁷⁷ O eixo do argumento religioso está na sobreposição entre a ideia de que a vida existe a partir da concepção e a ideia de que a vida é dom de Deus e só por ele poderia ser retirado.⁷⁸ Dos discursos proferidos, 30,8% mencionaram o direito à vida, 11,5% mencionaram dogmas religiosos e 4,7% trouxeram argumentos de ordem moral. Outros argumentos também foram mencionados: saúde pública (10,3%), jurídicos (6,0%), opinião pública (4,7%), liberdade individual (3,8%), estratégia imperialista (2,1%), usurpação de poderes do legislativo (1,7%), injustiça social (1,3%), laicidade do Estado (0,8%), controle sobre o próprio corpo (0,4%), macroeconômicos (0,3%),

caso dos homens, apenas pouco mais de um décimo dos discursos adota tal posição. Por outro lado, mais de dois terços dos discursos deles apresentam posições contrárias ao direito ao aborto, mas, no caso das falas de mulheres, são pouco menos de um quarto". Ibidem, p.243-244.

⁷⁷ "Já os argumentos contrários ao direito ao aborto tiveram, como categoria principal, conforme esperado, a noção de um direito à vida que seria inviolável e teria primazia absoluta sobre outros direitos. Mas é um argumento que se define mobilizando outros argumentos – daí a configuração constante dos discursos pela presença simultânea de mais de um argumento. Afinal, é necessário determinar que vida é essa e onde estão fundadas a inviolabilidade e a primazia desse direito. Estão fundadas: (1) nos dogmas religiosos; (2) em argumentos morais que, ainda que muitas vezes ecoem uma moralidade de fundo místico, evitam utilizar conceitos como "alma" ou a intervenção de algum ser sobrenatural; (3) na opinião pública, pela ideia de que o aborto não deve ser permitido porque surveys mostram uma maioria da população brasileira contrária à concessão do direito; e (4) em argumentos jurídicos, em geral, decorrentes de uma definição de "vida" iniciada na concepção, daí afirmando a extensão da proteção constitucional à vida também aos não nascidos, assim definidos como "pessoas". Há ainda a presença marginal, mas não irrelevante, de discursos que se posicionam contra o aborto por vê-lo como parte de uma estratégia imperialista de contenção da população dos países do Sul". Ibidem, p.248-249.

⁷⁸ "Em 65,6% dos discursos contrários ao aborto proferidos entre 1992 e 2002 os oradores recorreram à religião, esse percentual baixou para 30% entre 2003 e 2014. Essa queda parece indicar que a defesa da laicidade do Estado encontra ressonância entre parlamentares e que mesmo a bancada religiosa entendeu que deve trazer argumentos que vão além da questão religiosa." "A ideia da defesa da vida também está presente nos argumentos jurídicos, mobilizados em 25,6% dos discursos contrários ao direito ao aborto, que recorrem ao art. 5º da Constituição, e, principalmente, aos argumentos "científicos", mobilizados em 14,1% desses pronunciamentos, nos quais os parlamentares utilizam a ciência para dar legitimidade e retirar o caráter religioso da afirmação de que a vida começa na concepção". "Em alguns, fica patente a recusa à validade de posições e discursos não religiosos: A vida é um dom de Deus, dado por Deus, e nenhum homem, nem mulher, nem médico, nem parlamentar pode chegar aqui e defender o aborto. É uma vergonha, uma ignomínia (João de Deus Antunes, PDS-RS, 26 mar. 1991). Homem de formação religiosa que sou, não posso de forma alguma compactuar com um ato que atenta contra a vida, valor supremo concedido por Deus (Costa Ferreira, PP-MA, 1º set. 1994). Ferem a Constituição, desonram a família e afrontam Deus (Philemon Rodrigues, PTB-MG, 19 ago. 1997). A verdade é que Deus se incomoda com a vida. Ele é o Senhor da Vida (pastor Pedro Ribeiro, PMDB-CE, 10 jul. 2008). No Brasil, tenta-se de todas as maneiras encontrar subterfúgios para autorizar o aborto, formalizando interesses escusos em nome de uma falsa liberdade. São teses que tentam justificar o injustificável, pois a Lei de Deus é só uma, e vale para todos. Deus ama a todos, mas abomina o pecado" (pastor Marco Feliciano, PSC-SP, 9 out. 2012). Todo sopro de vida é, na verdade, a expressão da vontade de Deus e a realização de seu plano superior destinado a cada pessoa. Interromper essa ligação é um crime não só com o próximo, mas também consigo mesmo. Por isso, somos absolutamente contra o aborto seja qual for a sua circunstância (Gladson Cameli, PP-AC, 28 maio 2014)". Ibidem, p.248.

outros (1,7%), sem nenhum argumento (17,9%).⁷⁹ Nos argumentos dos discursos favoráveis ao aborto destacam-se os referentes à saúde pública, liberdade individual, direito ao próprio corpo, questões de desigualdade social, argumentos jurídicos, laicidade do Estado e até mesmo argumentos de natureza macroeconômica, ligando o aborto legal à redução dos custos da rede de saúde.⁸⁰

Nos argumentos científicos, voltados à ideia de que a vida se inicia desde a concepção, estão mais presentes nos discursos contrários ao direito ao aborto (14,1%), do que nos favoráveis (4,2%), “os números deixam claro que o polo contrário ao aborto tem no apelo à religião um elemento central de sua estratégia argumentativa”.⁸¹

Tabela 7 - Posição em relação ao direito ao aborto nos discursos pronunciados na Câmara dos Deputados brasileira (1991-2014), por sexo da ou do parlamentar (%).

Posição	Homens	Mulheres
A favor da ampliação do aborto legal	10,9	46,8
A favor da manutenção da lei brasileira	14,4	12,1
Posições contrárias ao direito ao aborto	67,8	23,3
Pela educação sexual e/ou planejamento familiar	12,9	17,7
Não se posiciona	7,1	15,3
	n = 791	n = 124

Fonte: O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro.

Nos discursos pronunciados, majoritariamente são as mulheres que se posicionam a favor da ampliação do aborto legal, pela educação sexual e planejamento familiar, os homens são maioria nos discursos que apresentam

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibidem, p.247.

⁸¹ “A noção de que a vida inicia-se na concepção é utilizada a todo momento, de forma implícita ou explícita, trata-se de um elemento fundamental”. (...) “Esse argumento que parece óbvio esconde dois problemas sérios e interligados: primeiro, nem tudo que está vivo é humano e tem direito à vida (um tecido do corpo certamente está vivo, mas não tem direito a vida por si mesmo). Segundo, o que gera o direito à vida é o estatuto de indivíduo que não decorre automaticamente do fato de estar vivo.” “Em geral, a lei determina que tal estatuto é concedido no momento do nascimento, mas a discussão filosófica sobre a questão é intensa, podendo colocar a fronteira antes – por exemplo, no surgimento da consciência, o predicado de sentir dor ou prazer, que nos fetos humanos ocorreria por volta do quarto ou quinto mês de gestação – ou depois, com a autoconsciência ou a capacidade de entender a si mesmo como um ser dotado de continuidade, o que corresponderia a uma criança com alguns anos de vida.” “Justamente porque a mera afirmação do direito à vida e a definição de que a vida começa na concepção não liquidam a questão, os grupos antiabortistas avançaram para a defesa da aprovação de uma norma legal que garantisse aos não nascidos o mesmo conjunto de direitos garantidos aos nascidos. Isso levou, em 2005, à proposição do chamado Estatuto do Nascituro, cujo objetivo era transferir, na letra da lei, o momento do início da vigência dos direitos individuais – do nascimento para a concepção. O propósito era, evidentemente, impedir qualquer avanço na direção da legalização do aborto, que seria então oficialmente equiparado ao assassinato. De fato, mesmo um dos casos permitidos pela lei brasileira, o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, seria bloqueado, caso a concepção fundante do Estatuto do Nascituro fosse aceita, em um dos principais exemplos de como as investidas presentes no Congresso procuram definir retrocessos em relação às normas vigentes. O outro caso previsto na lei, o de risco de vida para a gestante, seria tolerado no máximo como uma forma de “legítima defesa”. Ibidem, p.248.

posições contrárias ao direito ao aborto e pela manutenção da lei restritiva brasileira, conforme demonstra a Tabela 8.

O gênero é uma variável relevante, pois demonstra também que a sub-representação feminina acaba por restringir o debate sobre os direitos das mulheres.⁸² Para agravar a situação, o Brasil é um dos países da América Latina com menor representação de mulheres na Câmara de Deputados, conforme demonstra a tabela abaixo:

Tabela 8 - Quadro comparativo com os países das Américas - Participação feminina nas Câmaras Baixas⁸³

Mundo	AL	País	Câmara Ano Eleição	%	Total de Vagas	Eleitas
2	1	Bolívia	2014	53,1	130	69
4	2	Cuba	2013	48,9	612	299
9	3	Equador	2013	41,6	137	57
16	4	Nicarágua	2011	39,1	92	36
19	5	México	2012	37,4	500	187
24	6	Argentina	2013	36,6	257	94
28	7	Costa Rica	2014	33,3	57	19
48	8	El Salvador	2012	27,4	84	23
58	9	Honduras	2013	25,8	128	33
73	10	Peru	2011	22,3	130	29
82	11	Rep. Dominicana	2010	20,8	183	38
91	12	Colômbia	2014	19,9	166	33
95	13	Panamá	2014	19,3	57	11
105	14	Venezuela	2010	17	165	28
116	15	Chile	2013	15,8	120	19
118	16	Paraguai	2013	15	80	12
129	17	Guatemala	2011	13,3	158	21
132	18	Uruguai	2014	13,1	99	13
158	19	Brasil	2014	9	513	51
175	20	Haiti	2010	4,2	95	4

Fonte: + Mulheres na Política. Disponível em: <www12.senado.leg.br>.

É baixa a participação parlamentar feminina em comparação com outros países. O Brasil fica a frente apenas do Haiti, os outros três países que serão analisados no presente trabalho estão melhores colocados do que o Brasil, a Bolívia, inclusive, é o país da América Latina com maior representação feminina no parlamento, seguida do México e da Colômbia.

Em virtude da ilegalidade, é difícil mensurar de forma fidedigna as taxas da incidência do aborto induzido e os fatores psicossociais a ele relacionados, pois a maioria dos estudos foi realizado na rede pública de saúde, as quais registram somente os casos em que ocorrem complicações, geralmente em mulheres economicamente desfavorecidas, dessa forma, qualquer número sempre será

⁸² Ibidem, p.245.

⁸³ Como nem todos os Parlamentos se dividem em duas câmaras (alta e baixa), o ranking considera, conforme o país, ou a câmara única ou apenas a câmara baixa. No Brasil, a câmara baixa é a Câmara dos Deputados.

subestimado.⁸⁴

A incidência de complicações decorrentes do aborto no Brasil figura entre as principais causas de mortalidade materna, principalmente nos últimos 15 anos. As consequências da realização do aborto para a saúde da mulher podem ser caracterizadas como físicas ou psíquicas e as maiores taxas de morbimortalidade, por complicações pós-aborto, ocorrem mais frequentemente nas mulheres das classes com menor poder socioeconômico, demonstrando que se submetem a métodos mais inseguros e precários por não conseguirem arcar com os custos da clínica clandestina, possuem mais dificuldades de acesso aos cuidados adequados ao tratamento de complicações.⁸⁵

As mulheres que já realizaram aborto clandestino são predominantemente, mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito anos de estudo, trabalhadoras, católicas, com pelo menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos, as quais abortaram com misoprostol. Apenas entre 9,5% e 29,2% das mulheres que abortam não tinham filhos, esse dado leva muitos estudos a inferir que o aborto é um instrumento de planejamento reprodutivo importante para as mulheres com filhos quando os métodos contraceptivos falham ou não são utilizados adequadamente. Mais de 70% das mulheres que decidem abortar vivem uma relação considerada estável ou segura.⁸⁶ “A evidência de que a restrição legal promove a desigualdade de condições em que o aborto é realizado se dá mediante

⁸⁴ SANDI, S. F.; BRAZ, M. As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública. *Revista Bioética*, Brasília, v.18, n. 1, p. 131-153, 2010.p.134-135.

⁸⁵ *Ibidem*, p.135-138. Sobre os relatos de mulheres brasileiras que abortaram ver: LOPES, Bárbara; MARTINS, Jéssika; MORENO, Tica. (orgs.). **Somos todas clandestinas**: relatos sobre aborto, autonomia e política. São Paulo: SOF, 2016.

⁸⁶ “Educação e trabalho são temas tangenciais aos estudos, em particular aos que se baseiam em dados documentais, como prontuários ou registros de bases de dados nacionais. Poucos estudos de base populacional e realizados com técnicas mistas (documentos e entrevistas) recuperaram esses temas. Conduzidos com pequenos grupos de mulheres, são os estudos qualitativos que analisam o significado da educação e do trabalho para as trajetórias reprodutivas. As pesquisas indicam que a maioria das mulheres participando do mercado de trabalho, uma mudança significativa caso se considere que os estudos do final dos anos 1980 registram mais da metade das mulheres com experiência de aborto induzido fora do mercado de trabalho. Não há surpresas na descrição do universo de trabalho das mulheres que realizam aborto: trabalhos femininos (emprego doméstico), comércio, ofícios informais (cabeleireira e manicure), além de estudantes, com renda familiar de até três salários mínimos. O perfil educacional das mulheres variou no percurso de 20 anos: houve um acréscimo no número de anos na escola e uma significativa diminuição da quantidade de mulheres analfabetas. Estudos com cortes populacionais da década de 1980 e repetidos nos anos 1990 mostram uma redução de até 50% no número de mulheres sem escolaridade com experiência de aborto induzido. No entanto, esse é um tema com pouca possibilidade de síntese, pois a classificação de escolaridade é bastante diversificada. Algumas pesquisas agrupam mulheres analfabetas e mulheres que cursaram o ensino fundamental, outras segmentam os grupos por anos de estudo declarados. Ainda assim, há concentração nos registros: mais da metade das mulheres com experiência de aborto induzido tem até oito anos de estudo”. BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil**....p.19-20.

análise das diferenças sociais entre as mulheres que realizam o procedimento em clínicas clandestinas e as internadas por complicações nas unidades públicas.”⁸⁷ De acordo com o local de ocorrência, o perfil das mulheres que aborta é:

Em clínicas clandestinas: a. estudaram o secundário e o pós-secundário, não estavam mais estudando, não eram casadas, tinham entre 20 e 29 anos, sem ou com poucos filhos (máximo de dois), 12% já haviam feito aborto antes, a maioria dos abortos foi realizada entre seis e doze semanas de gravidez, não usavam métodos contraceptivos, a maioria dos parceiros apoiaram ou não ficaram sabendo ; - Em unidades públicas: b. idades entre 20 e 29 anos, casadas, estudaram por até oito anos, já têm filhos e são católicas.⁸⁸

As mulheres entre 20 e 29 anos, portanto, devem ser o alvo principal dos programas voltados para a saúde sexual feminina, os quais devem ter por objetivos, não só esclarecê-las acerca dos métodos contraceptivos e garantir-lhes o acesso aos mesmos, mas também introduzi-las a reflexões sobre os papéis sociais da mulher, considerando-se que a gestação indesejada e a violência de gênero são duas importantes causas diretamente relacionadas ao aborto.⁸⁹

Alguns fatores influenciam a prática do aborto, a gestação indesejada é o principal fator relacionado à ocorrência de indução de abortos⁹⁰, um segundo fator é a violência de gênero e, particularmente, a violência doméstica e sexual (estupro doméstico/marital), que não é facilmente identificável como tal, sequer pelas próprias vítimas. Outro fator influente na decisão pelo aborto é o acesso aos métodos contraceptivos.⁹¹

Sobre os danos à saúde da mulher, decorrente do aborto inseguro, têm-se os

⁸⁷ SANDI, S. F.; BRAZ, M. Op. cit., p.135.

⁸⁸ Ibidem, p.135-136.

⁸⁹ Ibidem, p.136.

⁹⁰ A penalização do aborto “não respeita direitos fundamentais das mulheres, como o direito à saúde, à autonomia e à maternidade livre e voluntária. Esses tópicos foram debatidos na 4ª Conferência Mundial da Mulher, realizada em Beijing, na China, em 1995. Reconhecidos como parte integral dos direitos humanos e do empowerment feminino, as recomendações desse documento internacional estão voltadas a conscientizar a mulher sobre si mesma e o contexto onde vive, para que livremente possa exercer sua autonomia, ancorada pelo princípio de justiça e pelos direitos humanos, para a promoção do desenvolvimento sustentável e igualitário em todas as nações.” Ibidem, p.138.

⁹¹ “Nas anamneses clínicas, as histórias das mulheres frente à gravidez indesejada são particularmente contextualizadas, o que torna a generalização inadequada e não auxilia a tomada de decisão. Entretanto, observa-se que alguns conflitos enfrentados, apesar de pessoais, possuem pontos em comum e independem de fatores socioeconômicos, como por exemplo: a. O conflito moral (fazer ou não um aborto?), que evidencia a tensão existente entre a sacralidade da vida [humana] e a qualidade da [sua própria] vida; b. Os motivos que norteiam a decisão a favor ou contra. Um dos principais implicados favoravelmente é a falta de apoio do parceiro ou da família. Aqui se percebe algumas coerções sobre a autonomia dessas mulheres, que podem colaborar para a limitação do uso desse princípio primafacie na análise da temática; c. Quando decide não progredir com a gravidez: como fazê-lo? É ilegal. Como resolver esse problema? Essa situação demonstra contraposição entre o princípio da justiça, associado à liberdade nas escolhas sexuais e reprodutivas, e a norma legal proibitiva ou restritiva”. Ibidem, p.140.

danos físicos e psicoemocionais. Os danos físicos, como perfurações uterinas, hemorragias e infecções que podem causar sequelas ou a morte:

Acontecem em virtude do procedimento não ser realizado por profissionais de saúde em condições adequadas. Em paralelo, a legalização do aborto promove redução no percentual de complicações, principalmente por viabilizar a realização mais precoce do procedimento, além de permitir que seja realizado no sistema de saúde, sob padrões técnicos específicos. Assim, está se tornando prática comum a migração de mulheres de países com leis restritivas ao aborto para aqueles onde o procedimento é permitido por lei. Como os problemas psicoemocionais podem se apresentar antes ou após o procedimento, as mulheres que optam pelo aborto necessitam de suporte psicológico para lidar com a perda. Estudo brasileiro abordando casos de aborto por má-formação fetal verificou que os sentimentos negativos podem ocorrer desde o momento em que decidem pelo aborto e meses após ainda podem persistir lembranças do que foi vivenciado. Mas a maioria das mulheres entrevistadas afirma que teria a mesma atitude em situação idêntica. Entretanto apenas aproximadamente metade delas aconselhariam o aborto à outra que estivesse com o mesmo problema. Portanto, percebe-se que a mulher entende a decisão pelo aborto como privada e individual. Não existem estudos, no Brasil, que analisem a taxa de arrependimento e os fatores psicoemocionais de mulheres que interrompem gestações de fetos potencialmente viáveis e os possíveis fatores e danos relacionados a tal decisão.⁹²

Estudos realizados pela Organização Pan-Americana de Saúde mostraram que, em razão dos diversos papéis que exercem na sociedade, as mulheres têm mais predisposição ao desenvolvimento de transtornos psíquicos e comportamentais.⁹³ Em regra, o acometimento de distúrbios psíquicos é antecedido

⁹² SANDI, Stella de Faro; BRAZ, Marlene. Op. cit.

⁹³ “Muitos estudos procuram detectar os efeitos negativos do aborto voluntário no estado de bem-estar psicológico da mulher. Há resultados que indicam a existência de períodos de depressão e ansiedade após a realização do aborto. Esses estudos, todavia, costumam não considerar outros dramas psicológicos inerentes à história de vida da mulher, como eventuais “experiências de abuso na infância, violência do parceiro”, e outros “fatores de risco”, que obviamente contribuem para o desenvolvimento dos transtornos mentais observados na fase pós-aborto. O que se observa, em geral, é um sentimento de tristeza, paralelamente a um “sentimento de culpa”, que pode ser confundido com “distúrbio mental. Os resultados que associam negativamente o aborto voluntário à saúde mental da mulher ignoram que o crescente “estigma social” do aborto e sua criminalização aumentam os “sintomas depressivos” relatados nas pesquisas. No mesmo passo, há indicações de que a “confiança da mulher”no seu direito ao aborto, nas hipóteses permitidas, diminui esses sintomas. Em realidade, os achados empíricos concernentes aos efeitos psicológicos negativos da decisão de interromper a gravidez acabam sendo utilizados como “uma arma política nos esforços para restringir o acesso legal ao aborto” por parte daqueles que não concordam com sua liberalização; mas não há “evidência científica de que ter um aborto legal voluntário” efetivamente ofereça riscos à saúde mental da mulher. Segundo Ângela Freitas (2011, p. 28), a “Associação Psiquiátrica Americana não reconhece a síndrome pós-aborto como um diagnóstico”. Há até estudos que concluem que “o abortamento legalizado”, se realizado “no primeiro trimestre da gravidez, não traria consequências para a saúde mental”. PIRES, T. I. T. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva: Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 51, n. 201, p. 129-149, jan./mar. 2014.p.139.

pelo casamento e maternidade nas mulheres menos jovens e de baixa escolaridade. De acordo com o mesmo estudo, a sobrecarga de tarefas, a consequente dificuldade de inserção no mercado de trabalho, desempenho exclusivo do dever de cuidado com os filhos, a violência doméstica e até mesmo a repressão sexual, são hoje consideradas causas de maior incidência de depressão e ansiedade nas mulheres, em comparação aos homens, ainda, “em relação ao dever de cuidado, observa-se que as mulheres se sentem responsáveis por cuidar dos seus familiares mesmo quando estão enfermas”.⁹⁴

A falta de conhecimento e acesso aos métodos contraceptivos, bem como a proibição do aborto voluntário, são fatores que agravam o equilíbrio psíquico feminino, além disso, os serviços do Sistema Único de Saúde não estão equipados para prestar atenção integral à mulher levando em conta a desigualdade social e a preservação da saúde física e mental. Rachel Needle em seus estudos evidenciou que a criação de filhos não planejados produz consequências negativas à saúde e ao psicológico da mulher, também às suas famílias e à sociedade. Entre esses efeitos inclui-se maior probabilidade de morbidade para as mães e para as crianças. Há também problemas sociais como abuso infantil, divórcio, pobreza, delinquência juvenil e criminalidade. O respeito à autonomia individual é um parâmetro para a proteção da saúde mental da mulher. A ampliação das hipóteses do aborto legal capacitariam a mulher a controlar a sua vida reprodutiva, o que levaria a uma melhora no seu bem-estar psíquico garantindo o direito constitucional à saúde, bem como à autodeterminação.⁹⁵

O início dos anos 1990 marcou uma mudança no perfil dos métodos abortivos adotados. Nos anos 1980 prevalecia o uso de venenos, líquidos cáusticos ou injeções. Nos anos 90 prevaleceu o uso do misoprostol, que passou a ser o método preferencial, pois traz menos riscos à saúde e implica em menor tempo e custo de internação hospitalar pós realização do aborto.⁹⁶ Os estudos de meados dos anos

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem. “Como bem documentado, “crianças não desejadas” apresentam menor probabilidade de ter “uma vida familiar segura”. Quando adultos, apresentam “maior probabilidade de engajarem-se em comportamento criminoso” “e receberem serviços psiquiátricos.” “A saúde pública no Brasil não incorporou a necessidade de examinar a vida concreta da mulher que busca aconselhamento reprodutivo. Os estudos sobre aborto e saúde mental permitem a formulação de novas políticas públicas com a finalidade de minimizar complicações físicas e emocionais. No contexto brasileiro que é repressivo em relação ao direito ao aborto, os órgãos do Poder Executivo que implementam as políticas de saúde ficam limitadas à prescrições legislativas e por conta disso não conseguem reduzir os riscos à saúde da mulher que recorre ao aborto ilegal.”

⁹⁶ Sobre uma perspectiva antropológica do aborto ver: MOTTA, F. M. Sonoro silêncio: por uma história

1990 e 2000 registraram uma redução do número de casos de morte materna por aborto induzido correlacionando a queda na morbimortalidade e o uso do misoprostol⁹⁷ em detrimento de métodos perfurantes ou cáusticos. Um dos consensos é o de que o misoprostol modificou o cenário do aborto induzido no país. O uso desse medicamento reduziu as sequelas e complicações por métodos abortivos arriscados.⁹⁸

O misoprostol entrou no mercado brasileiro em 1986 para tratamento de úlcera gástrica, e até 1991 sua venda era permitida nas farmácias.⁹⁹ Para alguns o

etnográfica do aborto. Estudos Feministas, Florianópolis, v.16. n.2, p.681-689, maio-agosto/2008. Flávia de Mattos Motta usando métodos da História e da Antropologia, investigou prática do aborto no Sul do Brasil na primeira metade do século XX.

⁹⁷ FREITAS, Angela. Op. cit., p.23. "Misoprostol - É no início dos anos 1990 que os estudos identificam uma mudança nos métodos abortivos entre as mulheres: clínicas privadas, leigas, injeções e instrumentos perfurantes são substituídos pelo misoprostol (conhecido como © Cytotec). A entrada do misoprostol no mercado brasileiro é objeto de especulação nos estudos: há quem considere que ele foi difundido por farmácias populares, há quem sugira que seu uso cresceu com a indicação obstétrica para indução de parto. O fato é que a genealogia do misoprostol no universo das práticas abortivas é uma história ainda a ser reconstruída".

⁹⁸ "Um estudo qualitativo com 11 mulheres processadas judicialmente por aborto induzido nos anos 2000 mostrou que 80% delas iniciaram o aborto com misoprostol e que quase a metade foi denunciada à polícia pelos médicos que as atenderam nos hospitais. Muito embora a denúncia seja uma violação de princípios éticos fundamentais à saúde pública e à profissão médica, as mulheres não têm a garantia do sigilo durante a fase de hospitalização. Quase todas as participantes do estudo foram processadas pela prática de aborto após denúncias sofridas durante a hospitalização. Um estudo realizado em início dos anos 1990 correlacionou três fases da comercialização do misoprostol às sequelas das mulheres internadas por aborto induzido em um hospital público. As três fases foram o início da comercialização do misoprostol nas farmácias, o auge da difusão do medicamento como método abortivo e o período imediatamente posterior à proibição da venda. Houve um aumento de quase 50% das complicações infecciosas e hemorrágicas do aborto entre o período de máxima comercialização do misoprostol e o posterior a sua proibição. Estudos longitudinais entre as décadas de 1970 e 1980 registravam índices alarmantes de histerectomias por aborto séptico. Uma pesquisa analisou as razões para essa intervenção durante o ciclo grávido-puerperal e registrou que 88% das histerectomias até 24 semanas de gestação deviam-se a aborto realizado em condições inseguras, em geral com métodos perfurantes". PIRES, T. I. T. Op. cit., p.137-138.

⁹⁹ Os métodos abortivos dos anos 1980 eram chás, ervas, sondas, objetos perfurantes e líquidos cáusticos, além do recurso às leigas e clínicas privadas. Referências a medicamentos eram raras nos estudos, sendo feitas por menos de 15% das mulheres em situação de aborto nos hospitais públicos. Já em meados dos anos 1990, um estudo com mulheres hospitalizadas por abortamento descobriu que 76,1% delas conheciam o misoprostol ou um medicamento para abortar de cujo nome "não se recordavam". Em início dos anos 1990 foi feita uma análise dos principais estudos nacionais que indicavam o uso do misoprostol como método abortivo. Identificaram-se três razões pelas quais as mulheres optavam pelo aborto com misoprostol: privacidade, segurança e recusa ao aborto em clínicas privadas. Os estudos dos anos 2000 apresentam tendência semelhante nas razões da escolha do misoprostol para indução de aborto. Enquanto o misoprostol ainda não estava banido das farmácias, um estudo correlacionou o volume anual de vendas do medicamento no Brasil, o número de internações por indução de aborto e a mortalidade materna por aborto induzido. Apesar de a venda do misoprostol ter triplicado durante o período da pesquisa, os resultados sugerem que não houve aumento no número absoluto de atendimentos pós-aborto, mas sim uma queda na morbimortalidade a ele associada. Segundo o estudo, esse pode ser um indício de que o misoprostol permitiu tão somente uma mudança de métodos, isto é, não provocou uma epidemia de aborto no Brasil, mas o tornou mais seguro. Mas foi paralelamente à identificação do novo método abortivo que os primeiros estudos sobre o impacto do misoprostol no desenvolvimento do feto começaram a surgir. No início da década de 1990, um grupo de pesquisadores levantou a hipótese de que o misoprostol

medicamento foi difundido pelas farmácias populares, outros sugerem que o seu uso cresceu com a indicação obstétrica para a indução do parto. O uso hospitalar do medicamento para indução de parto e tratamento de aborto iniciado (provocado ou espontâneo) ajudou a disseminar a informação do efeito abortivo, chegando a bater recordes de vendas no mercado farmacêutico, com 81.861 caixas vendidas em maio de 1991.¹⁰⁰ “Um estudo de início dos anos 1990 mostrou que o preço médio do misoprostol era de US\$6, ao passo que um aborto em clínica privada custava US\$144, e o uso de uma sonda por leiga, US\$42. Não há estudos que descrevam os custos atuais de cada método”.¹⁰¹

O sucesso do produto aconteceu, não apenas pela eficiência como método abortivo, mas por ser financeiramente acessível e permitir que as mulheres abortem em casa com menos risco para a vida e para a saúde. Quando usado adequadamente, com cuidados específicos conforme a idade gestacional:

O Cytotec® não apresenta complicações para as mulheres, o que foi sugerido por estudos realizados entre meados dos anos 1990 e 2000 que apontaram para uma redução significativa dos casos de morbi-mortalidade materna por aborto induzido. Este dado suscitou novas pesquisas para analisar a correlação entre esta queda e o uso do misoprostol, em substituição aos métodos mais arriscados (sondas, objetos perfurantes e curetagens feitas sem os cuidados necessários). Um desses estudos, realizado em início dos anos 1990, correlacionou um aumento de quase 50% das complicações infecciosas e hemorrágicas do aborto entre o período de máxima comercialização do misoprostol pela rede farmacêutica, e o período posterior, de proibição dessa venda.¹⁰²

A partir de 1988 (quando a média de caixas vendidas estava em cerca de 17.400 por mês) “a retirada do medicamento do mercado foi defendida entre segmentos conservadores, por razões de ordem moral, e entre instituições da vigilância sanitária, alegando que a busca pelo produto se dava em função de seu efeito colateral”.¹⁰³ Os grupos de mulheres defendiam uma discussão aprofundada sobre o aborto e a regulamentação do uso do misoprostol, os ginecologistas defendiam a permanência do Cytotec® no mercado, “alegando a importância

poderia ter efeitos teratogênicos no feto quando não fosse suficiente para induzir o aborto. Durante quase uma década, foram apresentadas pesquisas clínicas com estudos de caso em diferentes campos médicos para estabelecer a correlação entre misoprostol e más-formações no feto. BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil**...,p.25-36.

¹⁰⁰ FREITAS, Angela. Op. cit.,p.22-23.

¹⁰¹ BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil**...,p.25-36.

¹⁰² Ibidem, p.23.

¹⁰³ Ibidem, p.22.

terapêutica do uso hospitalar do medicamento, além de sua contribuição para a realização de abortos ilegais em situações de menor risco”.¹⁰⁴

Por ser um medicamento com circulação restrita no país e proibido para fins abortivos fora de indicações médicas controladas, levou as mulheres e seus parceiros a se aproximarem do tráfico ou comércio ilegal de drogas para adquirir o misoprostol, que muitas vezes pode ser falsificado e por um preço mais alto, há ainda um largo mercado que funciona via internet.¹⁰⁵

Em 2006 a ANVISA expediu a Resolução nº1050, que suspendia em todo o território nacional a publicidade e orientação sobre a utilização do medicamento para fins abortivos. Diante de dados científicos, com mentalidade oposta a da Anvisa, em 2007 a Organização Mundial da Saúde, a FLASOG (Federação latino-Americana de Sociedades de Obstetrícia e Ginecologia) e a *International Journal of Gynecology and Obstetrics* recomendou o uso do misoprostol.¹⁰⁶ Em 2008 a Anvisa autorizou o uso do medicamento nos serviços de atenção obstetrícia e neonatal, mas condicionou o uso ao cadastramento do hospital para a compra do produto, o que

¹⁰⁴ Ibidem, p.22-23. “Em 1991 o Ministério da Saúde, que se mantivera distante do debate, determinou a restrição da comercialização do medicamento na tentativa de conter seu uso abortivo. Na maior parte dos estados passou a ser exigida retenção da receita; no Ceará o produto foi totalmente proibido; no Rio de Janeiro e em Minas Gerais a venda ficou permitida apenas para uso hospitalar; e em São Paulo o uso ginecológico passou a depender de autorização do Ministério da Saúde, conforme diz o artigo. Sete anos depois, em maio de 1998, a Portaria 344 do Ministério da Saúde aprovou o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial, incluindo o misoprostol no item C1 dessa lista, que determina a exigência de receita em duas vias. A Portaria especifica, no Adendo 5, que a venda e uso do misoprostol só será permitida em estabelecimentos hospitalares cadastrados junto à Autoridade Sanitária para este fim. Foi nesse mesmo ano que o Ministério da Saúde elaborou a Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra mulheres e Adolescentes, incluindo o misoprostol como medicamento indicado para realização do aborto legal. Em 1999 foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que vem seguindo a abordagem restritiva com o misoprostol. O medicamento hoje registrado na ANVISA e autorizado para o uso obstétrico (exclusivamente no ambiente hospitalar e em apresentação vaginal) é o PROSTOKOS, fabricado pelo laboratório Hebron, de Pernambuco. Este uso permanece indicado e tecnicamente detalhado na atualização (feita em 2005) da Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra mulheres e Adolescentes, e na Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento Inseguro.”

¹⁰⁵ Ibidem, p.23.

¹⁰⁶ A postura rígida da ANVISA agrada a setores religiosos e conservadores, mas tem sido questionada por setores médicos, de pesquisa e ativistas dos direitos humanos. Ela contraria compromissos internacionais que o governo brasileiro assumiu, de trabalhar pela descriminalização do aborto por ser esta uma questão de saúde pública. Outro ponto de análise é o viés ideológico e alarmista de abordagens correntes da imprensa brasileira sobre o Cytotec. Uma reportagem do Jornal do Brasil foi qualificada, em Editorial da Comissão de Cidadania e Reprodução de fevereiro de 2009, como um “desserviço à população”, pela ausência de contextualização e de cuidado em apurar o assunto com fontes de distintas áreas de conhecimento. São matérias que denunciam a venda clandestina do produto (em farmácias e drogarias, no comércio ambulante e pela internet) por facilitar o acesso a meios para praticar aborto, e reconhecem como legítimo o desinteresse da ANVISA pelo aspecto da redução de danos. Não levam em conta, entretanto, que com o misoprostol as mulheres estão morrendo menos e tendo menos sequelas. Isto não é pautado. Ibidem, p.25.

ainda constitui uma barreira para o uso hospitalar do medicamento.¹⁰⁷

Não apenas o Poder Legislativo, mas também a Administração Pública pode omitir-se na formulação e execução de políticas públicas adequadas, bem como pode ser obstaculizada pelo conteúdo de leis restritivas deslocadas da realidade social, que, por não serem revistas, impõem impedimentos a realização de medidas a ela contrárias. A reflexão sobre o aborto deve partir da constatação de que não se trata de um consenso universalizável, pois, os valores filosóficos e religiosos são diversos até mesmo em uma mesma cultura, mas deve-se tornar as demandas das mulheres cada vez mais visíveis para a sociedade e para o Estado, garantindo a cidadania e autonomia das mulheres na esfera reprodutiva.¹⁰⁸

Diante da incapacidade do serviço público em atender as demandas da população, é cada vez maior o recurso às vias judiciais para a concretização de direitos. Mesmo inexistindo uma ação específica para remediar a violação a certos direitos e obrigações, é possível o desenvolvimento de novas vias procedimentais. Na hipótese de não haver uma nítida obrigação do Estado de proteger o direito invocado, pode-se recorrer a estratégias constitucionalmente amparadas para proteger indiretamente determinados direitos.¹⁰⁹

No direito interno, nos últimos anos, houve reformas que liberalizaram, ainda que em distintos graus e na maioria dos casos de maneira limitada, as regulações sobre aborto na Colômbia, México, Brasil, Argentina e Uruguai. No Brasil, em 2004, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 54 que conduziu à legalização do aborto em casos de anencefalia em 2012.¹¹⁰

¹⁰⁷ “Em verdade, a vedação do acesso das mulheres ao misoprostol para fins abortivos conduziu a uma situação de grave ameaça à sua saúde. O descompromisso do Estado com a realidade concreta da vida reprodutiva das mulheres mostra que, até o acirramento da pressão dos movimentos feministas, nos anos 2000, o país não considerava como um problema de saúde pública os altos índices de morbimortalidade decorrentes do aborto induzido e os riscos de más-formações fetais pelo uso tardio do misoprostol – vinculado à clandestinidade de sua venda”. PIRES, T. I. T. Op. cit., p.138. “Em outubro de 2008 entidades médicas, especialistas, pesquisadores e ativistas pelos direitos sexuais e reprodutivos se reuniram no simpósio “O papel do misoprostol na prevenção da mortalidade e morbidade materna e neonatal”. No relatório, o grupo denuncia que o processo para este cadastramento pode durar quatro meses, e que esta burocracia tem alimentado a cultura personalista, em que a vontade política de gestores é elemento chave, e pode constituir-se em mais um impedimento. O controle excessivo pela Vigilância Sanitária mais as barreiras de informação inibem também iniciativas de capacitação, esclarecimento e sensibilização dos profissionais de saúde e gestores sobre as indicações e benefícios do misoprostol.” In: FREITAS, Angela. Op. cit., p.23.

¹⁰⁸ Ibidem, p.130.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ BRASIL. STF- ADPF 54 - Rel. Min. Marco Aurélio. 12-04-2012. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Tribunais e organizações internacionais de direitos humanos recomendam cada vez mais a legalização do aborto, prestando atendimento médico à mulher em situação de abortamento com vistas a proteger sua vida e sua saúde.¹¹¹

2.3 ABORTO E OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

As sociedades democráticas contemporâneas deram início a um grande movimento político de reivindicação de direitos na esfera da sexualidade e reprodução a partir de uma perspectiva emancipatória. A construção dos direitos sexuais e reprodutivos está vinculada aos movimentos sociais, principalmente os das mulheres, que se voltaram inicialmente contra as políticas verticais de natalidade e posteriormente ao debate para o exercício pleno da sexualidade e reprodução, que passavam a ser introduzidas no discurso político, não mais como necessidade biológica, mas como um conjunto de direitos.¹¹²

¹¹¹ Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro...**,p.87. “Com frequência, barreiras adicionais, codificadas ou não pela lei, impedem que as mulheres tenham acesso aos serviços para os quais são elegíveis e contribuem para um abortamento inseguro, quais sejam: falta de acesso às informações, exigência da autorização de terceiros, restrições quanto aos tipos de prestadores de serviços de saúde e às instalações que podem prestar esses serviços conforme a lei, falta de garantia de acesso a serviços a preço acessível, falta de garantia de confidencialidade e privacidade, e permissão da objeção por razões de consciência sem orientações dos prestadores de serviços de saúde e das instalações de serviços de saúde.”

¹¹² SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos do direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) Biodireito e Gênero. Ijuí: Unijuí, 2007. p.61-62. “A Declaração Universal de 1948 começa a desenvolver o direito internacional dos direitos humanos através da adoção de inúmeros tratados voltados à proteção de direitos. Esse sistema normativo é integrado por instrumentos de alcance geral e de alcance específico, em que o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade, é o caso dos tratados que versam sobre os direitos das mulheres. (Piovesan, 2012: p.31) A expressão “direitos do homem” utilizada nas declarações do século XVIII e em determinados tipos de traduções, acirrou o debate sobre a linguagem sexista. Existem autores que refutam a expressão “direitos humanos das mulheres”, pois, consideram que os direitos humanos são universais e indivisíveis e aplicam-se a todos os seres humanos indistintamente. (Azambuja; Nogueira, 2008) Entretanto, admite-se que os direitos humanos possuem uma vertente feminina, “não só em seu gozo e exercício, mas também na sua ausência”, (Azambuja; Nogueira, 2008) o que é visível principalmente no campo dos direitos sexuais e reprodutivos, assim: este rosto feminino aparece nas ausências ou nas violações dos direitos humanos, qual sejam: a maior parte dos pobres do mundo são mulheres; a maior parte dos analfabetos são mulheres; a maior parte dos crimes sexuais são praticados contra mulheres; as mulheres e jovens são a maior parte das pessoas traficadas e exploradas sexualmente; quem mais sofre as consequências da falta de assistência e de cuidado na saúde sexual e reprodutiva são as mulheres e as adolescentes e, por fim, a maior parte dos refugiados e deslocados em situações de guerra e conflitos armados, externos e internos, são as mulheres e suas crianças. (Azambuja; Nogueira, 2008) A partir desse ponto de vista teve início o processo de conscientização sobre a necessidade da criação e implementação de mecanismos institucionais para a melhoria das condições de vida das mulheres de todo o mundo. (Azambuja; Nogueira, 2008) Os primeiros documentos internacionais começaram a surgir de forma tímida a partir da Carta das Nações Unidas em 1945 e depois na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 onde eram expressas as

A construção política dos direitos reprodutivos é fruto, principalmente, do movimento de mulheres, que a partir da década de 1970, incorporou na sua agenda reivindicações pela autonomia corporal, controle da própria fecundidade, atenção à saúde reprodutiva e descriminalização do aborto. “Nos anos 1980 e 1990, a agenda dos Direitos Reprodutivos incorporou a questão da concepção, do exercício da maternidade e das novas tecnologias reprodutivas”.¹¹³

Os direitos sexuais e reprodutivos¹¹⁴ são inseparáveis, pois, garantem o livre exercício da sexualidade e autonomia reprodutiva, voltada para a tomada responsável de decisões baseadas numa ética pessoal e social, que assegurem a integridade e a saúde.¹¹⁵ Os direitos reprodutivos referem-se ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre o número, espaçamento, oportunidade de ter filhos e o acesso à informação e aos meios para a tomada dessa decisão. Os direitos sexuais dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre da discriminação, coerção e violência. São direitos que estão inter-relacionados, pois o exercício da sexualidade, de forma livre e segura, só é possível se a prática sexual estiver desvinculada da reprodução.¹¹⁶

proibições de distinções em razão do sexo. (Santos, 2013) Na década de 1950 e 1960 um conjunto de convenções internacionais introduz categorias de gênero ao tratar de temas diversos, a exemplo da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Convenção a Nacionalidade da Mulher Casada (1957) e a Convenção Sobre o Consentimento para o Casamento, a Idade Mínima para o Casamento e o Registro de Casamentos (1962)”. In: TOMAZONI, L. R.; GOMES, E. B. Afirmação histórica dos direitos humanos das mulheres no âmbito das Nações Unidas. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Centro Universitário Autônomo do Brasil, v. 2, n. 23, p. 44-59, 2015.p.46-47.

¹¹³ VENTURA, Miriam. Op. cit., p.22.

¹¹⁴ “Na perspectiva geracional dos direitos humanos, os direitos sexuais e reprodutivos abarcam direitos de primeira, segunda, terceira ou, ainda, quarta gerações. Eles incorporam a reivindicação por liberdades e garantias individuais, mas também por direitos sociais (saúde, educação, etc.) e políticas públicas destinadas a determinadas coletividades (com recorte geracional, social, étnico, de gênero, etc.). Os direitos sexuais e reprodutivos obrigam o Estado e terceiros a prestações (obrigações positivas) e, ao mesmo tempo, a abstenções (direitos negativos ou garantias contra a violação de direitos). Abarcam ainda os direitos relacionados ao desenvolvimento de biotecnologias (como aquelas ligadas à reprodução humana medicamente assistida)” Ibidem, p. 82. Os direitos humanos são um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida baseada na liberdade e dignidade do ser humano. Os direitos fundamentais são assim considerados porque sem eles a pessoa humana não consegue existir e não será capaz de se desenvolver e viver plenamente. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

¹¹⁵ DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Os direitos sexuais e reprodutivos. In: RIBEIRO, C.; CAMPUS, M.T.A. (ed.). **Afinal, que paz queremos?** Lavras: UFLA, 2004. p.10.

¹¹⁶ MATTAR, L. D. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur, Revista internacional de direitos humanos, v.5, n.8, p.60-83, 2008.p.61. Refere-se ainda a vida, a sobrevivência, a saúde sexual e reprodutiva, aos benefícios do progresso científico nessa área, a liberdade e a segurança, a não discriminação e o respeito às escolhas, educação e informação para a tomada de decisões e autodeterminação. In: VENTURA, Miriam. Op.cit., p.19.

A atual concepção dos direitos reprodutivos não se limita a simples proteção da procriação humana, mas também envolve a realização conjunta dos direitos individuais e sociais por meio de leis e políticas públicas, que estabeleçam a equidade das relações nesse âmbito. Essa equidade reivindica não apenas a igualdade formal, mas a igualdade material, quer seja construída socialmente ou por meio de lei e políticas afirmativas. Para o alcance dessa equidade nas relações, é necessário identificar as desigualdades que dificultam ou impedem a efetivação desses direitos por determinada pessoa ou seguimento de pessoas. A efetivação dos direitos reprodutivos envolve assegurar direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas reconhecidas nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos e na lei constitucional brasileira, que tem como finalidade proporcionar os meios e condições necessários para a prática livre, saudável e segura das funções reprodutivas e da sexualidade.¹¹⁷

¹¹⁷VENTURA, Miriam. Op.cit., p.19-20. “No ano de 1919, a Organização Internacional do Trabalho – OIT regulou a proteção à maternidade, impondo limites ao trabalho das mulheres grávidas. Posteriormente, a OIT passou a integrar o sistema ONU como uma de suas agências, responsável pela promoção da justiça social e internacionalização dos direitos humanos relativos ao trabalho. Pode-se afirmar que a OIT foi pioneira no estabelecimento de direitos relativos à maternidade, como o direito à licença maternidade, ao acesso à saúde reprodutiva, à amamentação, à proteção contra a discriminação de mulheres na idade reprodutiva, à proteção da família e outros. Esses direitos foram sendo incorporados e afirmados gradativamente nos Pactos e Convenções Internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas.” Sobre os direitos reprodutivos que foram afirmados gradativamente no âmbito internacional, destacam-se os principais documentos e dispositivos legais que asseguram tais direitos: em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu que ninguém estará sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar (art. XII) e que homens e mulheres têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família, sem qualquer resistência, exceto uma idade mínima para contraí-lo (art. XVI). A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, garantiu o direito à liberdade (artigo 5), à igualdade no acesso à saúde (artigo 5, letra e, n. IV), à igualdade no casamento e na constituição da família (artigo 5, letra d, IV). Em 1966 o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos garantiu o direito à vida e à liberdade (artigo 6) e a igualdade entre homens e mulheres (artigo 3). No mesmo ano, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ratifica os princípios da igualdade e da liberdade, e obriga os Estados a reconhecerem o direito de proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto (artigo 12). Em 1984, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher reiterou o princípio da igualdade entre os sexos e a obrigatoriedade de adotar ações afirmativas para assegurar essa igualdade. Dentre os direitos a serem assegurados pelos Estados, destacam-se a obrigatoriedade que os Estados fixem uma idade mínima para o consentimento matrimonial (art. 16). A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, reconheceu que crianças e adolescentes de ambos os sexos são sujeitos sociais, portadores plenos de direito e garantias próprias, independentes de seus pais e/ou familiares e do próprio Estado, respeitada sua peculiar condição de desenvolvimento, merecedores de cuidados especiais e prioridade absoluta nas políticas públicas. Dentre os direitos assegurados, destaca-se o direito a não discriminação por motivo de sexo ou qualquer outro (artigo 2, inciso 1 e 2). Em 2006 a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe um avanço significativo ao fazer referência expressa à saúde sexual e reprodutiva, no art. 25 letras “a” e “b”, quando afirma que os países devem oferecer às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva, propiciando que essas pessoas tenham acesso aos serviços e insumos que necessitam especificamente por causa de sua deficiência,

Um marco importante para a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos no âmbito internacional foram as Conferências realizadas pela ONU. Na I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, realizada em Teerã, adotou-se o que viria a ser o núcleo dos direitos reprodutivos. Foi proclamado que os genitores têm o direito fundamental de determinar livremente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos.¹¹⁸ Teerã fez menção à questão da família, dos filhos e dos direitos reprodutivos, mas deixou lacunas referentes aos direitos sexuais.¹¹⁹

Em 1974 foi realizada, em Bucareste, na Romênia, a Conferência de População, na qual se reconheceram dois elementos centrais: o direito de casais e indivíduos determinarem o número de filhos e seu espaçamento, e o papel do Estado na garantia desses direitos, incluindo-se a informação e o acesso a métodos de controle da natalidade. Em 1975 realizou-se, no México, a Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, que deu início ao Decênio da Mulher, no qual se reconheceu o direito à integridade física e às decisões sobre o próprio corpo, o direito a diferentes orientações sexuais e os direitos reprodutivos. Em 1978 na Conferência de Alma Ata (atual Cazaquistão), foi emitida a Declaração de Alma Ata sobre Atenção Primária, que reconheceu as vantagens de um enfoque holístico dos temas de saúde reprodutiva, vinculando os temas de saúde à vida das mulheres.¹²⁰

O termo “direitos reprodutivos” tornou-se público no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, Holanda, em 1984. Houve consenso global que o termo trazia um conceito mais completo do que “saúde da mulher”, para a ampla pauta da autodeterminação reprodutiva das mulheres, como a desconstrução da maternidade como um dever, a luta pelo direito ao aborto e a anticoncepção.¹²¹

Na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, acordou-se que os direitos humanos das mulheres incluem o direito a ter controle sobre a sua sexualidade e a decidir livremente, sem discriminação nem violência.¹²² Foi a Declaração de Direitos Humanos de Viena, que afirmou de forma explícita em seu §18 que os direitos humanos das mulheres e meninas são parte integral, inalienável e indivisível dos direitos humanos universais, recomendando aos

inclusive diagnóstico e intervenção precoces.” Ibidem, p.19-23

¹¹⁸ MATTAR, L. D. Op.cit., p.68.

¹¹⁹ SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit.,p.73.

¹²⁰ DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Op. cit.p.4.

¹²¹ MATTAR, L. D. Op.cit., p.63.

¹²² DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Op. cit.p.4.

Estados a intensificação dos esforços na proteção e promoção de direitos com o objetivo de reduzir e eliminar as violações no campo da sexualidade e reprodução.¹²³

Foi na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em setembro de 1994 que, pela primeira vez, a saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos passaram a constituir os aspectos principais de um acordo central sobre população.¹²⁴ Foram estabelecidos princípios éticos relevantes relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos afirmando-se o direito da mulher a ter controle sobre a sexualidade, saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, violência e discriminação, como um direito fundamental.¹²⁵

Nessa Conferência a problemática demográfica relativa aos aspectos da reprodução humana foi deslocada para o âmbito dos direitos humanos, reconhecendo-se os direitos reprodutivos como direitos fundamentais para o desenvolvimento das nações e como parte dos direitos humanos básicos, que devem orientar as políticas relacionadas à população. Um aspecto importante do Plano de Ação do Cairo foi a relação estabelecida entre os direitos reprodutivos e os direitos das mulheres voltados para as relações equitativas entre os gêneros sob a ótica dos direitos humanos, estipulando objetivos e metas que envolvem a educação, a igualdade entre os sexos, a redução da mortalidade infantil e materna e o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, familiar e sexual.¹²⁶

A Plataforma do Cairo traz como objetivos assegurar que a informação completa e concreta, os serviços de assistência à saúde reprodutiva e planejamento

¹²³ VENTURA, Miriam. Op. cit., p.25. Ver: Artigo 18 e 38 da Declaração de Viena. “O legado de Viena é duplo, pois, endossa a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948 e também confere visibilidade aos direitos das mulheres e meninas”. In: PIOVESAN, Flávia. Mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 2, 2004. Com a Conferência de Viena, pela primeira vez o termo sexual foi introduzido na linguagem internacional dos direitos humanos. Infelizmente o termo enfatizou apenas a violência sexual sofrida pelas mulheres, deixando de produzir uma representação mais ampla e positiva da sexualidade. Recorreu-se aos Estados para eliminar a violência baseada no gênero e todas as formas de abuso sexual, enfatizando a violação aos direitos sexuais, em detrimento de uma perspectiva afirmativa e prazerosa da sexualidade. A Conferência de Viena foi importante não apenas porque reconheceu a violência sexual como violação dos direitos humanos, mas também porque inseriu pela primeira vez o termo sexual na gramática dos direitos humanos. In: SCHIÖCCHET, Taysa. Op. cit., p. 74-75.

¹²⁴ DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Op. cit.p.4.

¹²⁵ Enfatizou, ainda, que o livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem tais direitos. Apesar da advertência explicitada no Preâmbulo do documento, de que a Conferência do Cairo não criava novos tipos de direitos humanos, seu Programa de Ação inovou justamente ao explicitar os direitos reprodutivos. In: TOMAZONI, L. R.; GOMES, E. B. Op. cit., p.55.

¹²⁶ VENTURA, Miriam. Op. cit., p.22-23.

familiar, sejam acessíveis a todo usuário; possibilitar e apoiar decisões voluntárias responsáveis sobre gravidez e métodos de planejamento familiar, controle da fecundidade, educação e meios de o fazer; atender às diferentes necessidades de saúde reprodutiva de maneira sensível à diversidade de circunstâncias de comunidades locais.¹²⁷

A assistência à saúde reprodutiva deve, a partir da Plataforma do Cairo, incluir a assistência ao aborto (considerando o impacto do aborto inseguro como uma preocupação de saúde pública), bem como reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar. A prática do aborto jamais deve ser promovido como forma de planejamento familiar; os serviços de orientação pós aborto devem ser de imediata disponibilidade pois ajudará a evitar repetidos abortos.¹²⁸ O texto da Plataforma informa que:

Atualmente, cerca de 90% dos países, representando 96 por cento da população mundial, têm políticas que permitem o aborto, sob várias condições legais, para salvar a vida de uma mulher. Todavia, uma significativa proporção de abortos realizados é auto-induzida ou de alguma outra forma inseguro, responsável por uma grande fração de mortes maternas ou danos irreversíveis para a mulher envolvida.¹²⁹

A Plataforma insta os líderes políticos bem como os legisladores a apoiar a saúde e o planejamento reprodutivo. Além disso, uma vez que o aborto inseguro é uma grave ameaça à saúde e à vida da mulher, deve-se promover a pesquisa para a melhor compreensão e abordagem das determinantes e das consequências do aborto induzido, bem como sobre o tratamento de complicações do aborto e do pós-aborto.¹³⁰ No Plano de Ação do Cairo é determinada a relação entre os direitos reprodutivos e os direitos das mulheres. A Plataforma estabeleceu que o direito ao

¹²⁷ Organização das Nações Unidas. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**: Plataforma de Cairo. Disponível em: < <http://unfpa.org.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem. Sobre a mortalidade materna ver: Artigo 7.24, 7.44, 7.6, 7.7, 7.10, 8.19 e 13.14 da Plataforma de Cairo.

¹³⁰ “Todos os líderes políticos e comunitários são instados a desempenhar um papel ativo, sustentado e transparente na promoção e legitimação do fornecimento e uso de serviços de planejamento familiar e de saúde reprodutiva. Os governos, em todos os níveis, são instados a criar um clima favorável ao planejamento familiar público e privado de boa qualidade e à informação e a serviços de saúde reprodutiva por todos os meios possíveis. Finalmente, líderes e legisladores, em todos os níveis, devem traduzir seu apoio público à saúde reprodutiva, inclusive ao planejamento familiar, em adequadas alocações orçamentárias, em recursos humanos e administrativos para ajudar a atender às necessidades de todos que não podem arcar com todo o custo dos serviços”.Idem.

desenvolvimento sustentável das nações, deve ser feito sob a perspectiva das relações equitativas entre os gêneros, organiza metas e objetivos que envolvem a educação, igualdade entre os sexos, redução na mortalidade neonatal, infantil e materna, e o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva e sexual.¹³¹

A IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, no ano de 1995, coincidia com os 50 anos da ONU e tinha como objetivo central preparar uma Plataforma de Ação para o final do século com os subtemas “igualdade, desenvolvimento e paz”. Assim como as conferências precedentes sobre a temática, também reafirmou o compromisso com os direitos humanos das mulheres, dando continuidade à agenda global para o progresso e fortalecimento dos direitos das mulheres no mundo.¹³²

O resultado dos trabalhos da Conferência foi a Plataforma de Ação e a Declaração de Beijing, elaboradas com base no que havia sido firmado sobre o assunto nas conferências precedentes. Reafirmou as conquistas em relação aos direitos reprodutivos e também avançou na formulação dos direitos sexuais como parte dos direitos humanos, e pela primeira vez as mulheres foram consideradas seres sexuais, além de reprodutivos.¹³³

A Plataforma de Ação de Pequim dispõe que a mulher tem o direito de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental, e o gozo deste direito é essencial para sua capacidade de participar em todas as esferas da vida pública e privada, o que inclui o seu bem estar emocional, social e físico, contudo, a maioria das mulheres não goza de saúde nem de bem-estar, e o principal obstáculo que impede a mulher de alcançar o mais alto nível de direitos é a desigualdade entre a mulher e o homem e entre mulheres de regiões geográficas, classes sociais e grupos indígenas e étnicos diferentes.¹³⁴ Para que exista igualdade é preciso:

Lograr que as mulheres possam exercer o direito a usufruir o mais elevado nível possível de saúde durante todo o seu ciclo vital, em igualdade de condições com os homens. As mulheres padecem de muitas das afecções de que padecem os homens, mas de maneira diferente. A incidência da pobreza e da dependência econômica da mulher, sua experiência com a violência, as atitudes negativas para com mulheres e meninas, a

¹³¹ VENTURA, Miriam. Op. cit.,p.22-23. Na Conferência, o termo sexual deixa de ser mencionado apenas no plano da violência e passa a ter um sentido positivo que compõe o bem estar individual, ainda que a terminologia centrada na reprodução tenha prevalecido em relação à sexualidade. In: SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit.,p.20.

¹³² TOMAZONI, L. R.; GOMES, E. B. Op. cit., p.56.

¹³³ MATTAR, L. D. Op.cit., p.69.

¹³⁴ Organização das Nações Unidas. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**: Pequim. Disponível em: < <http://www.unfpa.org.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

discriminação racial e outras formas de discriminação, o controle limitado que muitas mulheres exercem sobre sua vida sexual e reprodutiva, e sua falta de influência na tomada de decisões são realidades sociais que têm efeitos prejudiciais sobre sua saúde. A falta de alimento para meninas e mulheres e a distribuição desigual de alimentos no lar, o acesso inadequado à água potável, às facilidades sanitárias e ao combustível, sobretudo nas zonas rurais e nas zonas urbanas pobres, e as condições deficientes de moradia pesam excessivamente sobre a mulher e sua família e repercutem negativamente na sua saúde. A boa saúde é essencial para viver de forma produtiva e satisfatória, e é fundamental para o avanço das mulheres que tenham o direito de controlar todos os aspectos de sua saúde e, em especial, de sua própria fertilidade.¹³⁵

O aborto inseguro põe em risco a vida de um considerável número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porque são as mulheres mais jovens e mais pobres que recorrem ao aborto clandestino. A Plataforma insta os governos e organizações a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher, a tratar os efeitos dos abortos realizados em condições inadequadas e a reduzir o recurso ao aborto, mediante a prestação de serviços melhores e mais amplos de planejamento familiar, bem como promover pesquisas para compreender e enfrentar, com mais eficácia, as causas e as consequências do aborto induzido e seus efeitos sobre a subsequente fertilidade e saúde reprodutiva e mental, além de pesquisas sobre o tratamento de complicações resultantes de abortos, e os cuidados pós-aborto.¹³⁶

A Conferência do Cairo e a Conferência de Pequim foram decisivas para inscrever os direitos reprodutivos no cenário dos direitos humanos e para inserir a temática dos direitos sexuais. Enfatizaram a igualdade de gênero e formularam um conceito referente aos direitos sexuais, enquanto direitos humanos, numa perspectiva positiva da sexualidade. Reconheceram a necessidade de criar propostas para a solução da pobreza, que acaba inviabilizando as políticas públicas para a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos. As Conferências foram relevantes, pois, em nenhum documento anterior conseguiu-se uma definição tão representativa dos direitos sexuais e reprodutivos.¹³⁷

A primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, foi realizada de 12 a 15 de agosto de 2013, no Uruguai. O Consenso de Montevideu ratifica “os principais compromissos e acordos

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem. Para saber mais ver: Artigo 96, 97, 106, 107 e 109 da Plataforma de Pequim.

¹³⁷ SCHIOCCHET, Taysa. *Op.cit.*,p.75-78.

internacionais de direitos humanos, em particular o Programa de Ação do Cairo, enquanto representa um importante avanço para a região”.¹³⁸ Entre os principais avanços na América Latina e Caribe:

Onde cinco países criminalizam o aborto em todas as circunstâncias, está o reconhecimento explícito de que a experiência de alguns países mostra que a criminalização do aborto provoca aumento da mortalidade e da morbidade materna e não diminui o número de abortos, o que afasta os Estados do cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.¹³⁹

Os Estados foram instados a considerar a modificação das leis e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos. Bem como garantir, “nos casos em que o aborto é legal ou descriminalizado na legislação nacional, a existência de serviços de aborto seguro e de qualidade para mulheres que tem gestações indesejadas ou não aceitas”.¹⁴⁰ Ainda que as Declarações e os Programas e Plataformas de Ação das Conferências Internacionais e Regionais, não tenham caráter vinculante como os tratados e convenções de direitos humanos, são compromissos morais dos Estados signatários, que resultam em pressões externas para que se cumpra o acordo e, eventualmente, um constrangimento político para o Estado em caso de descumprimento.¹⁴¹

Em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), fundamentou-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade.¹⁴² O artigo 16 da CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) dispõe que os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher, em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e

¹³⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. **Direitos sexuais e reprodutivos na América Latina e Caribe: acordo histórico de governos da região**. Disponível em: <<https://anistia.org.br>> Acesso em: 04 ago. 2018.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ MATTAR, L. D. Op.cit., p.62.

¹⁴² Ibidem, p.68. Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, são os países que englobam a América Latina. Todos os vinte países são signatários da CEDAW. Fonte: Global Abortion Policies Database.

mulheres, inclusive os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos.¹⁴³ A premissa básica da Convenção é a de que a mulher deve ter a mesma liberdade que o homem para fazer escolhas, tanto na vida pública quanto na vida privada. E pela primeira vez, os Estados se obrigaram a tomar medidas para a eliminação dessa discriminação em todos os âmbitos da sociedade.¹⁴⁴

A participação plena das mulheres em condições de igualdade na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no gênero, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo, da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde e a assistência social.¹⁴⁵

A Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, de 1993, conceituou no artigo 2º as diversas formas de violência contra as mulheres. O conceito abrange, embora não se limite à violência física, sexual e psicológica, ocorrida no seio da família, praticada na comunidade em geral ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. Essa declaração serviu de base para Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994,¹⁴⁶ e reconhece que a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos e liberdades fundamentais e destrói ou compromete o gozo, por parte das mulheres, de tais direitos e liberdades.¹⁴⁷

Há no direito internacional dos direitos humanos diversos documentos que respaldam a possibilidade de despenalização do aborto, seja pelo argumento da liberdade e autonomia da mulher, seja por questões de saúde física ou psíquica.

O próximo capítulo dedica-se a descrever e analisar a jurisprudência das

¹⁴³ Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁴⁴ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997.p.114.

¹⁴⁵ Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Disponível em: <<https://www.oas.org>> Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁴⁶ MATTAR, L. D. Op.cit., p.69.

¹⁴⁷ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2018.

Cortes Constitucionais da Bolívia, Colômbia e México com o objetivo de investigar quais direitos fundamentais foram garantidos por estas Cortes.

3 DIÁLOGO ENTRE CORTES

Nos últimos anos, juristas, políticos e pesquisadores têm se debruçado sobre o uso do direito estrangeiro e internacional nas decisões de tribunais que possuem o poder de controlar, em única ou última instância, a constitucionalidade das leis de seus países. A interpretação constitucional está tomando um caráter cada vez mais cosmopolita e a literatura sobre a prática do recurso judicial ao direito estrangeiro é crescente, a esse fenômeno tem-se dado várias denominações como “migração de ideias constitucionais”, “empréstimos constitucionais”, “transplantes constitucionais”, “comércio entre juízes”, “troca de ideias legais” e “fertilização constitucional cruzada”.¹⁴⁸

O uso do direito estrangeiro na interpretação constitucional pode ocorrer por meio da utilização de legislação, doutrina e modelos de elaboração, entretanto, o recurso às decisões de outros tribunais é mais comum, quando não, exclusiva. Há, por óbvio, argumentos favoráveis e contrários ao uso voluntário do direito estrangeiro. Talvez, o principal argumento dos defensores do uso do direito comparado é que “um discurso transnacional e a promoção da confluência entre o direito doméstico e o direito internacional são boas formas de se garantir o Estado de Direito e os direitos humanos”.¹⁴⁹ Além disso, essa prática permite uma perspectiva mais ampla e menos provinciana das questões discutidas, o que

¹⁴⁸ “No Brasil, o Prof. Luís Roberto Barroso o denomina “discurso transnacional”, enquanto os Professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto fazem uso da expressão “princípio do cosmopolitismo”. Há também quem considere essa prática uma dimensão do que se denomina “transconstitucionalismo”. Quanto a esse ponto, há ainda muita discussão, embora a metáfora “migração de ideias constitucionais”, conquanto não imune a críticas, venha ganhando cada vez mais adeptos na doutrina estrangeira, por apresentar uma série de vantagens e abranger um número muito maior de relações entre a jurisdição “receptora” e as “ideias” constitucionais estrangeiras e internacionais utilizadas por ela”. In: FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.99-100. “Neste sentido, não há dúvida de que, na atual sociedade cosmopolita e globalizada, a jurisdição tornou-se um bem intercambiável, transpondo fronteiras como se fosse um produto de exportação, que passa de uma esfera nacional para outra e recursivamente volta para a esfera internacional, para posteriormente se infiltrar novamente na ordem local, em um fluxo que demonstra (...) a esperança da consolidação das relações sociais diretamente no plano transnacional. Ademais, essa extensão da jurisdição para além das fronteiras do Estado-Nação, tem como efeito a desarticulação do Poder Judiciário como conhecemos hoje, para inscrevê-lo em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da soberania nacional, em que o terreno de observação adequado é a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modela as interpretações jurisdicionais cosmopolitas, com a consciência de uma interdependência cada vez mais forte, que se baseie numa ordem localizada, em busca de um sistema transnacional”. In: ARAÚJO, L. C. M. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. Revista da AGU, Brasília, n. 39, p. 226-252, jan./mar. 2014.

¹⁴⁹ FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais...,p.99-101.

possibilita diagnosticar fragilidades e inconsistências dos pontos de vista aplicados no direito nacional; fornecendo auxílio nos casos de aplicação de instrumentos internacionais para questões muito teóricas, convidando ao monitoramento externo à luz do Direito Internacional.¹⁵⁰

Os tribunais constitucionais, por meio de um processo de justificação discursiva, vêm se utilizando de experiências argumentativas estrangeiras, para tomar decisões, sobretudo em casos que envolvam questões complexas também conhecidas como *hard cases*.¹⁵¹ Em casos difíceis, onde, no geral o texto constitucional, a doutrina e os precedentes jurisprudenciais, não conseguem dar conta do litígio posto “a utilização de referências estrangeiras de natureza constitucional tem figurado enquanto uma ferramenta de uso recorrente adotada pelos mais variados tribunais ao redor do mundo”.¹⁵²

Pretende-se neste capítulo, demonstrar a importância do método em direito constitucional comparado, tendo em vista que se utilizará da análise comparativa das decisões das Cortes constitucionais da América Latina em matéria de aborto. Serão analisadas as Cortes da Colômbia, México e Bolívia sobre o aborto e os parâmetros de análise são: vida, saúde, dignidade humana, autonomia, direitos das mulheres, igualdade, restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado, direitos sexuais e reprodutivos e utilização de precedentes estrangeiros pelas Cortes Latino Americanas.

3.1 MÉTODO EM DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

É importante, antes de iniciar a comparação, trazer alguns aspectos atinentes ao método em Direito Comparado. Não há ciência sem método, porque o conhecimento epistemológico reclama rigor e técnica, entretanto, o método é variável de acordo com o substrato trabalhado pelo pesquisador. “Em certos momentos da pesquisa científica, o método atinge uma importância quase igual à própria ciência a que serve” e “o Direito Comparado talvez seja um dos raros

¹⁵⁰ Ibidem, p.101-102.

¹⁵¹ Sobre *hard cases* ver: COELHO, Luiz Fernando. **Hard cases**: argumentação jurídica em casos difíceis. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

¹⁵²Lois, C.C; Marques, G. L. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 47 jul/dez 2015.p.33-34.

exemplos em que ocorra uma hipertrofia do método diante do objeto estudado”.¹⁵³ O Direito Comparado era visto até certo tempo como uma preocupação desprezível, de mero diletantismo intelectual, mas “na atualidade o Direito Comparado constitui um dos pontos culminantes dos estudos e pesquisas jurídicas; o seu caráter instrumental faz com que a cada dia aumente a sua importância”.¹⁵⁴

Há uma crítica ao uso de precedentes estrangeiros, na qual, alega-se que a discricionariedade judicial seria mitigada caso os juízes fossem obrigados a interpretar a constituição à luz do direito transnacional, aumentando a racionalidade das decisões e permitindo a discussão da eficácia das diferentes soluções possíveis para uma mesma questão.¹⁵⁵ Há dois argumentos normativos para o uso voluntário do direito estrangeiro em questões envolvendo direitos fundamentais. O primeiro tem natureza pragmática, pois, ao recorrermos a fontes externas podemos aprender com outras jurisdições nas quais já se resolveu casos semelhantes. O segundo argumento tem um núcleo principiológico, baseia-se em um princípio inerente às nossas práticas de julgar e a ideia de tratar casos iguais da mesma forma.¹⁵⁶

Os argumentos que rechaçam o uso do direito comparado enfatizam que “as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, devem ser interpretadas de acordo com as circunstâncias nacionais particulares e com a história constitucional de cada país, bem como com a cultura jurídica e com a história da nação”.¹⁵⁷ É o caso da Alemanha, por exemplo, que devido a sua recente experiência histórica com o Regime Nazista, interpreta o direito à vida como o mas supremo direito do ordenamento jurídico, sendo ponderável com outros direitos em casos em que haja, ao final, a proteção da própria vida humana.

Em outras palavras, as constituições são aspectos importantes da identidade nacional, e os adeptos desse argumento levam muito a sério as diferenças existentes entre ordenamentos jurídicos.¹⁵⁸ A acusação de que a prática comparatista é por vezes antidemocrática também tem ganhado aceitação em

¹⁵³ CARVALHO, W. Direito comparado: método ou ciência?. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008.p.142. Sobre os diferentes métodos em direito comparado criados ao longo da história ver: DUTRA, D. C. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set./dez.,2016.

¹⁵⁴ Ovídio, F. Aspectos do direito comparado. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v.79, p.161-180, 1984.p.165-172.

¹⁵⁵ FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais..., p.101.

¹⁵⁶ FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa..., p. 45-73, 2016.p.62.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.49.

¹⁵⁸ *Idem*.

alguns círculos jurídicos e políticos,¹⁵⁹ o risco de “subordinação do Direito Constitucional nacional a projetos particulares de outros sistemas, com o possível comprometimento da soberania nacional, é sempre citado como um ponto negativo”.¹⁶⁰ Outros chamam a atenção para a dificuldade de as Cortes analisarem detalhadamente, em pouco tempo, as decisões, o que pode ensejar o uso seletivo e aleatório do direito estrangeiro, o que permite que “juizes oportunistas” “pinchem” as decisões que lhes convém, invocando apenas aquelas que apoiam uma posição em particular.¹⁶¹ “Também se afirma que o sucesso dessa prática depende da disposição mental dos membros do tribunal que a ela recorrem e das capacidades institucionais das Cortes”.¹⁶²

A resistência ao uso voluntário do direito estrangeiro nem sempre é absoluta, pode ser considerada uma prática legítima quando essas fontes confirmarem o entendimento original expresso pela soberania popular, e “só deve ser considerada prática legítima quando realizada com o propósito de sustentar a constitucionalidade de uma lei, não o contrário”.¹⁶³ A ausência de critérios é um problema para o uso do Direito Comparado, o receio do uso seletivo é bastante fundado, entretanto, essa falta não significa que essa prática é sempre nociva, o uso deve ocorrer sempre levando em conta as particularidades de cada sociedade. Nem todas as nações serão capazes de fornecer materiais adequados para o uso comparativo em determinado país, portanto, deve haver uma seleção para separar as nações adequadas daquelas não adequadas.¹⁶⁴

Para Alonso Freire, se alguma seleção precisa ser feita, alguns critérios precisam ser adotados, e para esta seleção, o autor faz algumas sugestões. O primeiro critério é o regime político. É muito importante considerar se o regime político do país, cuja fonte estamos recorrendo, é democrático. Deve-se buscar fontes de países comprometidos com as formas democráticas de governo que respeitem os direitos liberais e o Estado de Direito, pois, “a democracia, inegavelmente, tem um valor de peso quando se trata de buscar exemplos a serem seguidos”.¹⁶⁵ Outro critério são as instituições de onde emanam a decisão a ser

¹⁵⁹ FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais...,p.102.

¹⁶⁰ FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa...,p.51.

¹⁶¹ FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais...,p.103.

¹⁶² Ibidem, p.102.

¹⁶³ FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa...,p.51-52.

¹⁶⁴ Ibidem, p.62-64.

¹⁶⁵ “Observe-se que, considerando esse critério, as constituições dos países envolvidos na

comparada. “Não basta selecionar países que adotem um regime genuinamente democrático e liberal” é preciso olhar para esses países e analisar se suas instituições (Cortes e Tribunais) são verdadeiramente democráticas, isso porque em alguns casos as instituições são tão democráticas quanto à nação a qual pertencem, em outro, a nação pode não ser considerada genuinamente democrática e liberal, mas ainda assim possuir Cortes independentes que demonstrem comprometimento com os direitos fundamentais, seguindo as exigências de uma democracia genuína. Não é aconselhável considerar às cegas um país tido como democrático e nem rejeitar todas as fontes de uma nação pelo fato de ela não ser considerada um Estado democrático liberal genuíno, sob pena de uma exclusão indevida de materiais comparativos valiosos.¹⁶⁶ O oposto também é verdadeiro, pois “embora as credenciais democráticas das nações sejam importantes, é preciso ter cautela, já que em nações democráticas podem existir instituições não tão democráticas ou dispostas a protegerem direitos fundamentais contra os cursos de ação do Estado”. Afinal, as instituições de uma nação podem comportar-se de modos bastante variados, inclusive de forma reacionária.¹⁶⁷

O terceiro critério é olhar para dentro da nação que será objeto de comparação. É importante verificar se a decisão analisada realmente funcionou em seu país de origem, “imagine-se a possibilidade de se tomar de empréstimo uma ideia pensada por uma determinada Corte para um determinado caso em seu país, mas que não tenha sido bem sucedida por alguma razão”, por exemplo, por razões econômicas que impeçam a sua execução ou pela ausência de disposições dos demais poderes para implementá-la. Entretanto, “é perfeitamente possível que essa ideia funcione bem no país que a toma de empréstimo quando as condições ausentes no país de origem estiverem presentes no país de destino”.¹⁶⁸

Por fim, é necessário considerar os aspectos sociais. Muitos países e suas

comparação sequer precisam ser parecidas. O Reino Unido, por exemplo, em muitos casos, pode ser uma boa fonte de comparação para os juizes norte-americanos, mesmo não tendo aquele país uma constituição escrita. Pode ele, inclusive, fornecer fontes constitucionais muito mais adequadas do que outros países cujas constituições escritas foram desenhadas com inspiração na Constituição norte-americana, mas que, não obstante, sejam ou ainda tenham resquícios autoritários, como é o caso da Argentina. Do mesmo modo, tomando ainda como exemplo os Estados Unidos, embora a Rússia seja, como eles, uma federação e tenha, como eles, uma constituição escrita, ainda assim não seria ela, pelo menos não a princípio, uma boa produtora de materiais comparativos, tendo em vista não ser um Estado livre”. Ibidem, p.64-65.

¹⁶⁶Ibidem, p.65-66.

¹⁶⁷Ibidem, p.66.

¹⁶⁸Ibidem, p.65.

instituições podem ser genuinamente democráticas, mas suas respectivas sociedades e culturas podem não ser semelhantes as do país consultante, portanto, é preciso cautela. É necessário um olhar atento às características sociais e culturais, pois, o valor da análise comparativa está condicionado também à existência de características comuns fundamentais. Dependendo do caso analisado a invocação do direito estrangeiro poderá ser mais apropriada quando os sistemas jurídicos comparados compartilham aspectos socioculturais, econômicos ou políticos.¹⁶⁹

Embora a cultura seja importante, o que mais importa na comparação são os aspectos da sociedade. Justificar a comparação apenas sob o fundamento da afinidade cultural entre os países pode ser um equívoco e, inclusive, pode tornar a comparação arbitrária e subjetiva. É preferível que o foco seja direcionado às afinidades entre aspectos das sociedades envolvidas na comparação. É preciso analisar, na sociedade em questão, qual é o nível de patriotismo e se os cidadãos são livres para professar as suas crenças e expressar os seus pensamentos e “quais pontos de vista prevalecem em relação às questões polêmicas, como as relativas ao discurso de ódio, aborto, eutanásia, dentre outros”.¹⁷⁰

Ao fazer uso do Direito Comparado também é importante se atentar para as circunstâncias, para os aspectos situacionais relevantes do caso concreto original que justificaram a decisão judicial, bem como as situações contempladas pela argumentação do tribunal de origem e pelos legisladores, sob pena de se incorrer em grave omissão, cujas consequências não são totalmente previsíveis.¹⁷¹ Quando um precedente é estabelecido por uma Corte, “há um pano de fundo político, social, econômico e jurídico, que muitas vezes o jurista estrangeiro ou uma Corte de outro país pode não conseguir captar suficientemente”. Deve-se considerar a aceitação, rejeição ou modificação dos argumentos que sustentam e justificam os precedentes nos países de origem, não apenas na época em que foram criados, mas também depois de sua adoção.¹⁷² Alonso Freire alerta para a importância de se considerar também os desacordos nas Cortes das quais emanam as decisões:

¹⁶⁹Ibidem, p.66-67.

¹⁷⁰ “Ademais, é necessário que, ao se verificar a existência de aspectos da sociedade da qual se pretende invocar alguma fonte, deve-se fazê-lo atentando para o fator tempo. É que as sociedades naturalmente variam ao longo de sua existência e valores são reinterpretados diante de desafios que trazem as evoluções de toda ordem e o progresso em vários campos. Por exemplo, ao se analisar a sociedade americana, deve-se, analisar a sociedade atual, obviamente tomando em conta suas conquistas históricas e seu passado”. Ibidem, p.67-68.

¹⁷¹Ibidem, p.68.

¹⁷² FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais...,p.112-113.

Haja vista que, muitas vezes, as legislações e os precedentes invocados são aprovados em decisões bastante apertadas e, em muitos casos, apenas com a diferença de um voto ou com uma pequena margem de votos que pode ser facilmente superada por propostas legislativas ou decisões judiciais posteriores. Essa observação também é apropriada, visto que as “razões dos vencidos” desempenham um papel igualmente importante, diante da possibilidade inequívoca de, no futuro, tornarem-se razões vencedoras.¹⁷³

Aqui, respeitosamente discorda-se desse autor, pois nesta pesquisa, especialmente neste capítulo, optou-se por utilizar apenas o “voto da Corte” e não o voto isolado de cada ministro. O que se busca aqui é saber o que a Corte diz sobre o aborto, qual foi o posicionamento e a razão de decidir da Corte, enquanto órgão colegiado que é. Ainda que para o autor utilizar a “razão dos vencidos” seja importante porque um dia poderá ser a razão vencedora, parece um exercício de “futurologia” desnecessário que não é pertinente para o tema em questão.

O que virá a ser um dia em matéria de aborto pouco importa para o contexto das mulheres Latino americanas no fim das contas, é preciso saber qual é o contexto hoje, o que é garantido e o que é negado às mulheres no que diz respeito ao direito ao aborto e, principalmente quais são as consequências presentes na vida dessas mulheres. É preciso saber o que as Cortes do nosso continente decidiram hoje, na contemporaneidade, sobre um tema de tamanha relevância. As mudanças que podem vir a ocorrer (ou não) no futuro serão objeto de uma nova pesquisa, em momento oportuno. O que se investiga aqui é o argumento do todo, que efetivamente surtiu efeitos na vida das mulheres e que veio a proteger ou violar os seus direitos.

O uso de precedentes estrangeiros, sobretudo em temas controversos, precisa ser ainda mais cuidadoso quando essas fontes são oriundas de sistemas descentralizados, nos quais pode haver desacordos entre legislativos estaduais e federais e entre níveis distintos de jurisdição. Quando os empréstimos são feitos desses sistemas, a possibilidade de erro e de compreensão equivocada não é meramente hipotética.¹⁷⁴ Esse é o caso do México, um dos países que será analisado nesta pesquisa, trata-se de uma república federal formada por 32 entidades federativas com sistema descentralizado.

¹⁷³ Ibidem, p.113.

¹⁷⁴ Idem.

Um dos maiores problemas dos estudos comparativos é a matriz metodológica pouco desenvolvida do direito constitucional comparativo. De qualquer maneira, muitos constitucionalistas comparativistas ainda aderem a uma abordagem conveniente da chamada "escolha da cereja" para seleção de casos enquanto negligenciam princípios metodológicos de comparação.¹⁷⁵

Ran Hirschl elenca alguns princípios de seleção de casos em estudos comparativos. Os princípios são: a) o princípio do caso mais similar; b) o princípio do caso mais diferente; c) o princípio do caso protótipo; d) o princípio do caso mais difícil. Na abordagem dos casos mais semelhantes, para selecionar casos comparáveis, os pesquisadores devem comparar casos que possuam características similares, ou casos que são combinados em todas as variáveis ou explicações potenciais, que não são centrais para o estudo, mas que variam em relação ao aspecto nuclear estudado.¹⁷⁶ Na abordagem dos casos mais diferentes, para selecionar quais casos são comparáveis, deve-se comparar casos que sejam diferentes em todas as variáveis que não sejam centrais para o estudo, mas combinando os elementos que sejam relevantes para o estudo, enfatizando o papel da variável chave na explicação de determinado fenômeno.¹⁷⁷

A lógica dos casos prototípicos é bastante intuitiva, são escolhidos casos concretos considerados arquétipos, parâmetros para casos similares. Se um pesquisador quiser recorrer a um número limitado de observações ou estudos de caso, para testar a validade de uma teoria ou argumento, eles devem apresentar o máximo possível de características-chave semelhantes àquelas encontradas em tantos casos quanto possível. Ao contrário da seleção sistemática de casos na maioria dos estudos autônomos de lei constitucional, em um único país, um caso prototípico serve como um exemplo representativo de outros casos que exibem características pertinentes semelhantes. Portanto, as teorias que passam nos testes apresentados por casos prototípicos provavelmente poderão ser bem aplicadas a casos que se presumem analógicos.¹⁷⁸

¹⁷⁵HIRSCHL, Ran, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. American Journal of Comparative Law, v. 53, n. 1, p. 125-155, Toronto, 2005.p.149.

¹⁷⁶Ibidem, p.134.

¹⁷⁷Ibidem, p.139.

¹⁷⁸Observações comparativas de casos prototípicos serviram como base metodológica para o trabalho seminal de sociólogos jurídicos pioneiros como Henry Sumner Maine, Emile Durkheim e Max Weber. Em sua forma mais contextualista, a análise de protótipos casos se assemelha ao que Clifford Geertz denominou "descrição densa" – um análise minuciosa e completa de um único caso que exhibe

A lógica dos casos mais difíceis favorece as inferências causais quando, diante do caso considerado mais atípico para se empregar a teoria, ela sobrevive. A maioria dos casos difíceis baseia-se numa ideia conhecida na lógica formal como *ad absurdum*. De acordo com este princípio, nossa confiança, na validade de uma determinada alegação ou no poder explicativo de uma dada hipótese, é aprimorada uma vez que provou ser verdadeiro em um caso que é, *prima facie*, o mais desafiador ou menos favorável a ele. Por outro lado, se uma alegação ou hipótese não sobrevive a um caso “mais provável” ou “mais favorável”, sua plausibilidade é severamente prejudicada. Em suma, um único caso crucial pode validar positivamente uma teoria ou, pelo contrário, derrubá-la.¹⁷⁹

Hirschl aponta ainda a existência de quatro diferentes tipos de estudos comparativos, elencando-os em ordem crescente de acordo com a metodologia no trato do tema. “O primeiro e o segundo seriam níveis descuidados, os quais não levam em conta o rigor metodológico necessário para a abordagem. Já o terceiro e o quarto nível seriam aqueles em que essa preocupação passaria a estar presente”. O primeiro nível é chamado de ‘livre’. A partir do estudo “comparativo” da legislação, jurisprudência e doutrina de um único país é que a abordagem comparatista é realizada. O erro desse tipo de abordagem é que não leva em conta fatores importantes, como o fato de o país analisado ser outro que não aquele a que se pertence, de modo que diferenças em mais variados níveis acabam sendo deixadas de lado, e o que ocorre é a realização de leituras diretas e descontextualizadas dos institutos estrangeiros, fazendo-se apenas uma comparação parcial. Consiste apenas em um apanhado informativo sobre determinados temas e o modo pelos quais esses são tratados pelo direito de outros países, sendo algo bastante pontual e superficial.¹⁸⁰

No segundo nível ocorre uma reflexão daquele que realiza a abordagem, ocasionando um possível aperfeiçoamento dos estudos comparatistas. A intenção daquele que procede a análise é a de utilizar esse método, visando estabelecer qual seria a melhor ou mais adequada regra em diferentes sistemas jurídicos, pois se leva em conta também o aspecto estrutural dos países analisados como os

tantas características arquetípicas quanto possível. pode resultar em relatos etnográficos esclarecedores sobre transformação em determinadas políticas. *Ibidem*, p.142.

¹⁷⁹*Ibidem*, p.145.

¹⁸⁰ TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Notas sobre o método em direito comparado. *Revista Húmus*, v. 7, n. 23, p. 183-197, São Luís, 2018.p.192.

mecanismos de desenvolvimento político, o modo de formulação de regras, além de uma mais efetiva compreensão a partir da jurisprudência constitucional. Tem-se aqui uma visão mais holística, de modo que um discurso judicial globalizado é o que se intenta nesse nível de abordagem.¹⁸¹

O terceiro nível de estudo do direito comparado é aquele em que se busca construir conceituações e estruturas analíticas, a fim de que assim se possibilite o pensamento crítico sobre a parte prática do direito comparado. Esse tipo de análise se dá pela procura de uma maior compreensão sobre o contexto cultural no qual está inserido o sistema jurídico analisado e sobre os diversos fenômenos políticos e sociais existentes na nação analisada. “Tratando-se de uma abordagem que acaba geralmente recebendo contornos universalistas, as semelhanças e diferenças entre os sistemas comparados são enfatizadas não apenas em seu viés jurídico, mas também se levando em conta a maior parte possível de um todo”.¹⁸² Trata-se de uma abordagem mais detalhista e analítica, que possibilita além do mapeamento, a criação de estruturas conceituais para um estudo mais efetivo da jurisdição constitucional comparada.¹⁸³

O quarto e último nível de abordagem do direito comparado busca ir além das descrições conceituais que estabelecem a base das análises comparatistas, existe uma intenção de criação de uma teoria de inferência causal. “A abordagem se dá de tal modo pelo fato de se entender que uma teoria de qualidade anseia por conceitos não meramente descritivos, mas também explanativos acerca dos fenômenos dos quais se observa e trata”.¹⁸⁴

No Direito Comparado, todos os métodos, e não somente o método comparativo, podem servir de subsídio para a comparação. Para compreender um determinado ordenamento o pesquisador deverá, inclusive, munir-se de instrumentos metajurídicos, e o método comparativo é apenas uma das ferramentas do direito comparado,¹⁸⁵ sendo assim, “não há, à disposição do pesquisador um método impecável, universalmente válido ou irrestritamente aplicável”.¹⁸⁶ Catherine

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Ibidem, p.193.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ CARVALHO, W. Direito comparado: método ou ciência?. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008.p.142-144.

¹⁸⁶ CURY, P. M. N. Métodos em Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, 2014.p.185.

Valcke, afirma que diante das diversas abordagens instrumentais de direito comparado disponíveis:

I like to think of my work as comparative law 'for its own sake'. That is, rather than enlisting foreign legal systems as sources of data that are useful for some extraneous purpose (improving domestic law, harmonizing laws across jurisdictions, disproving a particular theory about law, or whatever), I aim to look at those systems for the sole purpose of understanding them – understanding their various elements, how these elements interact with one another, what particular form of reasoning is deployed in each system, what juridical values and conception(s) of justice animate the systems at a more fundamental level. Rather than study those systems in terms of their relative efficiency, or from the perspective of what they can contribute to domestic law, to international harmonization, or to particular theories about the nature of law, I seek to understand those systems on their own terms.¹⁸⁷

Na metodologia utilizada neste capítulo, far-se-á uso de parte do pensamento dessa autora. Neste trabalho, utiliza-se o método descritivo, com o objetivo único de compreender o Direito vigente em outro ordenamento; que forma particular de raciocínio é implantada em cada ordenamento, entender os seus vários elementos e como estes interagem entre si, enfim, entender os sistemas em seus próprios termos,¹⁸⁸ tal qual é feito por Valcke em seus estudos. A ideia de apenas descrever algo é importante no Direito comparado, pois, como bem orienta Ran Hirschl, o comparatista deve fazer uma imersão no ordenamento a ser analisado, ou seja, deve despir-se de suas ideias pré-concebidas sobre o significado de determinado instituto ou conceito jurídico e preconceitos que carrega sobre determinado tema. O comparatista deve “esquecer” do seu ordenamento enquanto analisa outro.

Ao analisar os países escolhidos não se objetiva fazer críticas ao que foi decidido, tampouco dizer que aqui no Brasil decide-se de melhor ou pior forma, mas apenas compreender as razões da decisão, pois, tais razões demonstram, a

¹⁸⁷ VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. (Eds.). Practice and Theory in Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.p.24. Eu gosto de pensar no meu trabalho como análise comparativa "por si só". Ou seja, em vez de alistar sistemas jurídicos estrangeiros como fontes de dados que são úteis para algum propósito estranho (melhorar o direito interno, harmonizar as leis em todas as jurisdições, refutar uma teoria particular sobre o direito, ou o que for), busco olhar para esses sistemas único propósito de entendê-los - compreender seus vários elementos, como esses elementos interagem uns com os outros, que forma particular de raciocínio é implantada em cada sistema, quais valores jurídicos e concepção (s) de justiça animam os sistemas em um nível mais fundamental. Em vez de estudar esses sistemas em termos de sua eficiência relativa, ou da perspectiva do que eles podem contribuir para o direito interno, para a harmonização internacional ou para teorias particulares sobre a natureza do direito, procuro entender esses sistemas em seus próprios termos. (tradução livre)

¹⁸⁸ Idem.

princípio, quais valores são importantes para a sociedade analisada. Dessa forma, ao contrário de Catherine Valcke, busca-se utilizar essa descrição para encontrar contribuições para o direito interno em matéria de aborto, na medida em que pode haver no uso de precedentes de Cortes estrangeiras um aumento no diálogo entre as Cortes da América Latina e maior migração de ideias constitucionais.

E posteriormente, no capítulo três, de acordo com o nível três de estudo do Direito Comparado de acordo com Hirschl, buscar-se-á tratar das semelhanças e diferenças entre os sistemas comparados, sempre com a finalidade de trazer para o contexto brasileiro experiências positivas sobre o tema aqui estudado.

A escolha dos países deu-se pelo critério dos casos protótipos. Foram selecionadas as Cortes Constitucionais Supremas dos países da América Latina, tal qual o Brasil, que enfrentaram, nas últimas décadas, o tema do aborto em maior ou menor extensão. Após a pesquisa no site de cada Corte Constitucional, resultaram as sentenças do México, Colômbia e Bolívia. Nesse tópico não haverá menção ao Uruguai, pois, a despenalização do aborto neste país ocorreu no Parlamento e não na Corte Constitucional.

3.2 ANÁLISE DA *RATIO DECIDENDI* DOS PRECEDENTES ESTRANGEIROS SOBRE O ABORTO

Tendo em vista o complexo cenário do aborto clandestino e seu impacto para a saúde das mulheres na América Latina, é urgente encarar as disputas políticas envolvendo a reprodução e os corpos das mulheres, bem como compreender as realidades sociais em que elas e seus parceiros cogitam, negociam e decidem sobre os desfechos de suas gravidezes imprevistas.¹⁸⁹

Diante da dificuldade para o avanço do direito ao aborto por meio dos Parlamentos, as organizações feministas da América Latina, nas duas últimas décadas, têm apelado às Cortes Constitucionais para o avanço de direitos. O desenvolvimento das demandas pela legalização do aborto na América Latina, coincidiu com o desenvolvimento da justiça constitucional e a judicialização de processos políticos. Em diversos casos, nos quais liberalizaram o aborto voluntário, em certa medida no continente, as Cortes Constitucionais tiveram um papel

¹⁸⁹ HEILBORN, M. L. Heterossexualidades, contracepção e aborto: Uma pesquisa em quatro capitais latino-americanas. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n.12, p.127-134, 2012.p.131.

fundamental e suas decisões, na maioria das vezes, têm se referido aos direitos humanos das mulheres.¹⁹⁰ Em alguns casos as Cortes retomaram alguns dos argumentos desenvolvidos pelas organizações feministas em cada caso:

Igualmente, nos casos de México e Brasil, as cortes mostraram disposição para receber as opiniões de atores sociais especificamente sobre o tema do aborto e, quando tiveram que decidir esses casos, ampliaram a oportunidades legais, através da admissão de novos mecanismos institucionais, tais como audiências públicas e *amicus curiae*, que promoveram a participação social ante essas cortes.¹⁹¹

Apesar da proibição do aborto, antes da *Sentencia C-355*, as estatísticas demonstravam que a cada 100 mulheres colombianas, 34 entre 19 e 25 anos, já haviam praticado pelo menos um aborto ao longo da vida, na maioria das vezes por problemas econômicos e difícil acesso a conhecimento sobre sexualidade e métodos contraceptivos.¹⁹²

Na Colômbia, a Constituição de 1991 representou a instauração de um Estado constitucional no qual os direitos fundamentais constituem o limite para a produção, interpretação e aplicação do Direito, bem como a necessidade de submissão de todo o poder do Estado, na atividade legislativa executiva e judiciária, à razão expressa na Constituição. A Corte Constitucional adquiriu um valor decisivo em relação aos temas nos quais se desenvolvem a vida social, política, econômica e cultural do país e “esto explica por qué es precisamente en el seno de su actividad interpretativa en donde se concentran, de manera privilegiada, los más álgidos debates en torno a los asuntos valorados como significativos en términos sociales y políticos”.¹⁹³ No debate público, que conduziu à promulgação da Constituição Colombiana de 1991, estabeleceram-se princípios fundamentais de viés liberal, democrático, secular e pluralista que devem ser respeitados. Entre esses princípios se inclui o direito à participação política, “a partir del cual los ciudadanos pueden presentar demandas de inconstitucionalidad contra las leyes por violación del contenido material de la Constitución o por vicios de procedimiento em su

¹⁹⁰ RUIBAL, A. M. op. cit., p.125.

¹⁹¹ Ibidem, p.125-126.

¹⁹² BETANCUR, C. M. M.; ARROYAVE, S. O. S. El derecho al aborto. Revista Opinión Jurídica, Medellín, v.4, n.8, p.15-88, 2005.p.16.

¹⁹³ AGUIRRE, R. J.; ROJAS, A. S.; MANTILLA, A. P. P. Análisis de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, v. 17, n. 2, p. 167-198, 2015.p.169-170.

creación”.¹⁹⁴

Assim, é coerente com o princípio deliberativo que os cidadãos intervenham perante o órgão jurisdicional para que este decida se as normas são constitucionais, tendo como referencial as decisões tomadas pelo constituinte. Diante da demanda de inconstitucionalidade contra o tipo penal do aborto a Corte da Colômbia teve que dirimir a constitucionalidade da cláusula penal, que sancionava em todos os casos a interrupção voluntária da gestação, o que consistia em uma violação aos direitos fundamentais da mulher.¹⁹⁵ Temos nesta sentença:

Una muestra de cómo, en el caso concreto, se vuelve realidad una de las funciones que deber asumir el derecho moderno, a saber, permitir que los ciudadanos exijan el cumplimiento de los derechos fundamentales como garantía del límite de los poderes públicos. En Colombia esta posibilidad se expresa en su forma más notable en las demandas de inconstitucionalidad, en la medida en que los ciudadanos pueden solicitar el control de constitucionalidad de las leyes y con ello asegurar los límites del poder del legislador.¹⁹⁶

Um dos aspectos mais interessantes do caso da Colômbia é que a ação foi interposta por pessoas físicas, cidadãos comuns, ponto que difere do Brasil onde apenas os legitimados no artigo 103 e seguintes da Constituição podem propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, o que demonstra um efetivo acesso à justiça e por que não dizer, uma maior possibilidade de participação democrática.

O México é o único país latino americano no qual a legislação se determina em nível local.¹⁹⁷ A regulamentação da interrupção da gravidez no México é um mosaico de regimes legais que estão longe de serem idênticos. Os regulamentos têm sido os códigos penais e as leis de saúde dos 31 Estados e do Distrito Federal, que são, em princípio, os titulares das competências normativas e executivas mais relevantes na matéria. A tipificação da conduta é acompanhada por uma lista de causas de justificação ou exclusão de punição. A única hipótese que encontramos em todos os Estados é a interrupção de gravidez decorrente de estupro, e em 11 Estados a interrupção para os casos derivados de uma inseminação artificial não consensual.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Ibidem, p.179.

¹⁹⁵ Ibidem, p.178.

¹⁹⁶ Ibidem, p.180.

¹⁹⁷ RUIBAL, A. M. Op. cit., p.116-129

¹⁹⁸ JIMÉNEZ, F. P. El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito

Depois do Brasil, o México é o segundo país com maior população católica, por outro lado é o país latino americano no qual o processo de secularização é mais profundo, especialmente a partir da Revolução Mexicana, que relegou formalmente a religião à esfera privada, ou seja, há forte tradição de separação entre Igreja e Estado.¹⁹⁹ Um dos principais obstáculos para o avanço dos direitos sexuais e reprodutivos é a influência de fatores religiosos fundamentalistas na esfera estatal. O aborto por demanda da mulher foi legalizado na Cidade do México e Uruguai, que são os países com maior grau de secularismo na América Latina. O processo de legalização do aborto na Cidade do México ocorreu no marco de uma disputa sobre a redefinição da relação entre Estado e Igreja no país. As organizações feministas mobilizaram diversos setores da sociedade e o debate pela despenalização do aborto foi um momento em que se insistiu na laicidade e serviu para aglutinar liberais mexicanos que defendiam a separação entre Estado e Igreja.²⁰⁰ Tanto no México quanto no Brasil (por meio da ADPF 54) o direito ao aborto foi baseado em estratégias voltadas para a bioética, que se deu mediante a aliança dos feminismos com médicos, cientistas e filósofos, os quais elaboraram uma argumentação com respeito ao desenvolvimento da vida uterina e ao direito ao aborto.²⁰¹

O caso mexicano mostrou que na controvérsia sobre o aborto é possível utilizar argumentos em torno da valorização da vida intrauterina e a estratégia do setor feminista mexicano foi demonstrar argumentativamente que o direito de decidir não se opõe ao direito à vida. O argumento feminista baseou-se em um discurso que sustentou que era necessário promover um equilíbrio entre os direitos da mulher e a proteção da vida do nascituro. A posição feminista sobre o aborto influenciou disposições legais que foram introduzidas no Código Penal e na Lei de Saúde do Distrito Federal, a reforma incluiu um plano integral de saúde como um meio de reduzir abortos, cláusula de objeção de consciência e penalização de abortos forçados.²⁰²

Federal. Anuario de Derechos Humanos, Santiago, n.5, p. 137-152, 2009.p.138-139.

¹⁹⁹ RUIBAL, A. M. Op. cit., p.119.

²⁰⁰ Ibidem, p.122.

²⁰¹ Ibidem, p.119-128.

²⁰² “O caso do GIRE (Grupo de Informação sobre Reprodução Elegida), no México, mostra as vantagens e desvantagens que pode representar uma organização concentrada, que permitiu um êxito notável em relação à reforma lograda na Cidade do México em 2007, porém depois não contou com capacidade instalada em nível dos estados, nem com fortes laços com organizações locais, para resistir a processos de reforma das constituições estatais que se produziram a partir de 2008 no país”. Ibidem, p.131.

Houve a redesignação de termos que geram reações negativas. O termo “aborto” foi nomeado no contexto brasileiro como “antecipação terapêutica do parto” ou “antecipação voluntária da gravidez” para os casos de anencefalia; na Colômbia como “interrupção voluntária da gravidez”; no México como “interrupção legal da gravidez”, quando se realiza durante as 12 primeiras semanas de gestação²⁰³, e na Bolívia como “interrupção da gravidez”. E no caso do Brasil e do México é possível perceber que a moderação estratégica do discurso pode ter resultados positivos quando possibilita a geração de consensos, abertura do debate político e reformas legais.²⁰⁴

Na Colômbia a *Sentencia* C-355/2006 teve início com o pleito das demandantes Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz e Laura Porras Santillana. As demandantes argumentavam que as normas impugnadas violavam o direito à dignidade, autonomia reprodutiva, livre desenvolvimento da personalidade, proporcionalidade entre outros. Interviram no processo o Instituto Colombiano de Bem Estar Familiar (ICBF), Corporação Casa da Mulher, Corporação Cisma Mulher, Conferência Episcopal Colombiana, Universidade Santiago de Cali, Academia Nacional de Medicina, os membros da Igreja Cristã Carismática Tabernáculo da Fé, Rede Latinoamericana de Advogados Cristãos, Rede *Advocates International*, diversas pessoas físicas, entre elas menores de idade, estrangeiros e a Defensoria Pública.²⁰⁵ A Corte decidiu, a partir de uma interpretação constitucional, declarar que não incorre em delito de aborto quando, por vontade da mulher, a interrupção da gestação seja realizada nos casos em que: (1) a continuação da gestação constitua perigo para a vida ou para a saúde da mulher, desde que certificada por um médico; (2) em casos de má formação fetal grave que inviabilize a vida extrauterina, desde que certificada por um médico; e (3) quando a gestação decorrer de incesto, ato sexual sem consentimento, inseminação artificial ou transferência de óvulo não consentida, desde que devidamente denunciada.²⁰⁶

Realizada a ponderação entre a proteção da vida em gestação e os direitos da mulher grávida, a Corte Colombiana concluiu que a proibição total do aborto é

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Ibidem, p.132.

²⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia* C-355/06. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/>> Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁰⁶ Idem.

inconstitucional. Não há obstáculo, entretanto, para que os órgãos competentes expeçam normas que fixem políticas públicas em conformidade com a decisão.²⁰⁷

No México a reforma do Código Penal do Distrito Federal, realizada pelo Parlamento, que legalizou a interrupção da gestação durante as primeiras 12 semanas, e sua posterior impugnação perante a Suprema Corte Mexicana, despertou o interesse de toda a América Latina. Era a primeira vez na região em que uma Corte Constitucional analisava um esquema mais permissivo em matéria de aborto. A regulamentação da interrupção da gravidez no México é formada pelos códigos penais e as leis de saúde dos 31 Estados federados e do Distrito Federal, “la mayoría de estas regulaciones tienen rasgos comunes y fueron emitidas en los años treinta del siglo pasado”.²⁰⁸ Ainda sobre a legislação penal dos Estados, praticamente em todos os casos a pena é aplicada em níveis de gravidade de acordo com a identidade do sujeito que pratica o aborto, conforme tenham ou não o consentimento da gestante e de acordo com a natureza dos meios empregados (violentos ou não violentos). Em nove Estados mexicanos os códigos penais continuam a fornecer a mitigação para abortos relacionados à “ocultação da desonra”.²⁰⁹

O Presidente da Comissão Nacional dos Direitos Humanos e o Procurador Geral da República promoveram em maio de 2007 a *Acción de Inconstitucionalidad* perante a *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, alegando a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal do Distrito Federal²¹⁰ que permitiam o aborto na fase inicial da gestação, argumentando que o direito à vida, reconhecido pela Constituição, é protegido desde o momento da concepção.²¹¹ Junto com o argumento sobre a violação do direito à vida, os demandantes apresentavam também a violação do direito à reprodução das pessoas do sexo masculino que não

²⁰⁷ “Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”. Idem.

²⁰⁸ JIMÉNEZ, F. P. El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal. **Anuario de Derechos Humanos**, Santiago de Chile, n.5, p. 137-152, 2009.p.137-138.

²⁰⁹ Ibidem, p.138-139.

²¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Disponível em: < <https://www.scjn.gob.mx/> > Acesso em: 10 abr. 2018. p.1-2.

²¹¹ Idem.

eram contemplados pela Reforma do Código Penal, bem como argumentos sobre o princípio da igualdade, segurança jurídica, legalidade e incompetência do legislador do Distrito Federal.²¹²

Em junho de 2007 foi requerido aos Presidentes dos Tribunais Superiores de Justiça, às Procuradorias Gerais de Justiça, aos Tribunais Colegiados e aos Tribunais Unitários para que remetessem informações detalhadas sobre os processos relacionados ao delito de aborto. Foram realizadas *sesiones de comparecencia* para que grupos, associações e particulares pudessem expor seus pontos de vista em relação à matéria em discussão. Três audiências foram realizadas para aqueles que defendiam a inconstitucionalidade dos artigos impugnados e três para os que defendiam a constitucionalidade.²¹³ Por fim, a Corte decidiu que:

Primero. Es parcialmente procedente e infundada la presente acción de inconstitucionalidad. Segundo. Se sobresee en la presente acción de inconstitucionalidad, respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y Tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos. Tercero. Se reconoce la validez de los artículos 144, 145, 146 Y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, ultimo párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.²¹⁴

²¹² JIMÉNEZ, F. P. Op.cit.,p.144-145.

²¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op.cit.

²¹⁴ Idem. “Puesto a votación el proyecto se resolvió por unanimidad de once votos declarar parcialmente procedentes las acciones de inconstitucionalidad; por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Guitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia sobreseer en las acciones de inconstitucionalidad respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, el señor Ministro Gudiño Pelayo voto en contra; por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se resolvió sobreseer en las acciones de inconstitucionalidad respecto del artículo Tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos, los señores Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Guitrón votaron en contra y a favor de la propuesta de declarar la invalidez de dicho artículo, y reservaron su derecho para formular voto de minoría; por unanimidad de once votos se resolvió reconocer la validez de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, ultimo párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal; por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se resolvió reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, al no violar los principios de certeza y exacta aplicación de la ley, los señores Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Guitrón votaron en contra; y por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y que la resolución se publique en el Semanario Judicial de la Federación, y reservaron su derecho para formular, en su caso y oportunidad, sendos votos concurrentes, en el entendido que las razones que fundan el considerando Octavo de esta ejecutoria, al no haber sido

Na Bolívia, a *acción de inconstitucionalidad abstracta*, foi interposta por Patricia Mancilla Martínez, Deputada da *Asamblea Legislativa Plurinacional*, demandando a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal Boliviano que penalizam o aborto, por estarem em desacordo com a *Constitución Política del Estado* (CPE). Em virtude do conteúdo da Constituição Política do Estado, vigente desde 2009, era necessário implementar na legislação os avanços logrados em matéria de igualdade da mulher boliviana. A Bolívia, ao longo do tempo, ratificou diversos tratados internacionais como a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará, que fazem parte do bloco de constitucionalidade. Ao manter a vigência do Código Penal de 1972, sem levar em conta as modificações introduzidas, continuam vigentes os artigos que contém elementos patriarcais e de desigualdade da mulher.²¹⁵ Na sentença a Corte Boliviana decidiu:

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud a la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado Plurinacional y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve: (...) 2º Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 58, 250 y 269, del CP, sujetos a una interpretación plural en los marcos previstos en el presente fallo. 3º Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los art. 263 del CP, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico III.8.7 de esta Resolución. 4º Declarar la IMPROCEDENCIA de la presente acción respecto a los arts. 254, 264, 265, 315 y 317 del CP.²¹⁶

Para fins de migração de ideias constitucionais e possibilidade de diálogo entre as Cortes Constitucionais da América Latina, é importante enfrentar a questão da *ratio decidendi* das decisões das referidas Cortes para que o Supremo Tribunal Federal possa saber das interpretações acerca dos direitos fundamentais das mulheres na discussão sobre o aborto em nosso continente. Serão objeto de estudo os argumentos utilizados nos votos da Corte sem adentrar nos votos de minoria ou nas esclarecimentos de voto.

coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serán obligatorias en términos de los dispuesto por el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estado unidos Mexicanos; de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitrón y Presidente Ortiz Mayagoitia votaron en contra y en favor de la propuesta de declarar la invalidez de dichos artículos, y que la resolución se publique en el Diario Oficial de la Federación, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Semanario Judicial de la Federación, y reservaron su derecho para formular voto de minoría”.

²¹⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>> Acesso em: 10 abr. 2018.

²¹⁶ Idem.

3.2.1 Vida

A inclusão da vida como um direito fundamental nos catálogos de direitos é um fenômeno relativamente recente que data do final da Segunda Guerra Mundial e está ligada ao seu progressivo reconhecimento no direito internacional.²¹⁷

Em uma primeira leitura da constituição mexicana não se encontra de maneira expressa um direito específico à vida ou alguma outra expressão, que permita determinar que a vida tem uma proteção normativa específica, entretanto, mesmo com essa análise positivista, sabe-se que não é necessário menção expressa a esse direito, pois, este é um pressuposto lógico para a existência de todos os demais, o que o coloca como a espinha dorsal do ordenamento, pois, sem a existência do direito à vida não tem lugar nenhum outro direito, entretanto, não se pode concluir que a vida é mais valiosa que qualquer outro direito fundamental. A Suprema Corte Mexicana entende que os direitos fundamentais ou garantias individuais não são direitos absolutos e admitem possibilidade de modulação. Caso o direito à vida estivesse expressamente reconhecido na Constituição, este seria um direito relativo e, por consequência, harmonizável com um conjunto de outros direitos.²¹⁸

No precedente mexicano, a Corte utilizou uma gama de tratados internacionais para discorrer sobre o tema. Da leitura das disposições de direito internacional público concluiu que o direito à vida nos tratados não é estabelecido ou reconhecido como um direito absoluto, a única aplicação absoluta dirige-se de maneira particular aos casos de privação arbitrária da vida e pena de morte.²¹⁹

Outra questão que deriva da análise dos tratados internacionais de direitos

²¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

²¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit

²¹⁹ Idem. “El derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los cuales se pueden mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). De manera complementaria a estos se encuentran también: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1), el Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 1), Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 3), Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (principio 4, 5, 6 y 9), Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve (art. 3 común), Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (art. I y II), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 1 y 2), Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. I y II)51, por citar algunos de los más importantes.”

humanos é que estes não definem o momento no qual se inicia a proteção da vida, nem a partir de qual momento o ser humano é sujeito de proteção. O único tratado internacional que faz referência a um momento específico para o início da proteção do direito à vida é a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que estabelece o momento a partir do qual “em geral” deve ser protegida a vida, ou seja, “es el único instrumento que establece que el derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.²²⁰ De outro lado, a Corte Boliviana utiliza a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada em março de 1993 que:

En su art. 4 establece que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción, por lo que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; criterio que es compartido por nuestra legislación, concretamente dentro del Código Civil, en su art. 1 que establece que al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida; en el mismo sentido se encuentra el Código Niño, Niña y Adolescente en su art. 2 en el que se declara como sujeto de protección al niño o niña, o todo ser humano considerado como tal a partir de su concepción.²²¹

A expressão “em geral” no texto da Convenção outorga aos Estados uma margem para adotar uma legislação que permita a interrupção da gestação em determinadas circunstâncias e, no México, ao analisar a Convenção Americana observou-se que:

Primero, en ningún caso se habló de una condición de derecho absoluto y, segundo, que la expresión “em general” tenía como destino específico permitir que los Estados en los cuales se hubiere ya previsto la realización de abortos o en los Estados que posteriormente aceptaran esta legislación, no se diera una condición de violación a las obligaciones que iban a adquirir con la firma y ratificación de dicho tratado.²²²

Concluiu-se, no México, que o direito à vida deveria ser regulado pelo legislador nacional em conformidade com as suas competências e faculdades, dentro dos parâmetros internacionais estabelecidos como mínimos para a proteção e garantia de direitos. Nenhum instrumento internacional de direitos humanos

²²⁰ Idem. Os demais tratados são silentes a esse respeito, nem mesmo a Convenção Sobre os Direitos das Crianças definiu em qual momento começa a proteção à vida.

²²¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²²² Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit. “De Cualquier manera hay que subrayar que hasta la fecha ni la Comisión ni la Corte Interamericana han publicado ninguna decisión sobre el alcance de dicho margen”.

ratificados pelo México reconhece o direito à vida como um direito absoluto, nem exige um momento específico para o início da sua proteção.²²³ A Corte considera que só se encontra de maneira expressa previsões constitucionais positivas que estabelecem obrigações para o Estado de proporcionar e promover direitos relacionados com a vida, ou seja:

Es decir, la Constitución, no reconoce un derecho a la vida em sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.²²⁴

Por sua vez, a Carta de 1991 da Colômbia, contempla a vida como um dos valores que o ordenamento constitucional pretende assegurar, bem como obriga as autoridades a proteger a vida de todas as pessoas residentes no país reconhecendo que o direito à vida é inviolável:

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocêntrico.²²⁵

O Poder Legislativo, dado a relevância de suas funções, é um dos principais destinatários do dever de proteção e está obrigado a adotar medidas legislativas com o propósito de salvaguardar a vida dos cidadãos.²²⁶ Trata-se de uma vinculação em dois sentidos, um de natureza positiva, que obriga o Parlamento a adotar medidas de proteção à vida, e outro de caráter negativo, quando a vida se converte em um limite ao poder do legislador, ao qual está vedado adotar medidas que vulnerarem tal direito, ou seja, não significa que toda e qualquer medida esteja justificada, porque apesar da relevância constitucional, a vida não tem caráter absoluto e deve ser ponderada com outros valores, princípios e direitos constitucionais.²²⁷

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Idem.

No ordenamento jurídico colombiano a vida tem diferentes tratamentos normativos e supõe titularidade para o seu exercício, titularidade esta que é adstrita à pessoa humana. A Corte menciona a *Sentencia* C-133 de 1994, na qual não reconheceu expressamente ao nascituro o caráter de pessoa humana e titular do direito à vida. Para a Corte o fundamento para a proibição do aborto está no dever do Estado colombiano em proteger a vida em gestação e não no caráter de pessoa humana do nascituro, bem como diante das distintas perspectivas (genética, médica, religiosa, moral, entre outras) sobre quando se inicia a vida humana, não cabe à Corte Constitucional decidir qual é o tal momento.²²⁸

Dentro dos limites estabelecidos na Constituição, determinar em cada caso específico a extensão, tipo e modalidade de proteção à vida do feto é de responsabilidade do legislador, que deve estabelecer as medidas apropriadas para assegurar sua efetividade e, em casos excepcionais, quando a proteção oferecida pela Constituição não possa ser alcançada por outros meios, introduzir os elementos do direito penal para proteger a vida do nascituro.²²⁹

As distintas etapas da vida recebem proteção jurídica distinta. Ainda que o ordenamento jurídico outorgue proteção à vida do nascituro, não o outorga no mesmo grau e intensidade que à pessoa humana, exemplo disso é que na maior parte das legislações é maior a sanção penal para o infanticídio e para o homicídio do que para o aborto. O bem jurídico não é idêntico nesses casos e tem diferentes graus de reprovação e, por consequência, uma pena proporcionalmente distinta.²³⁰

A Corte da Colômbia considerou também, no referido caso, que a proteção à vida não se trata apenas de sobrevivência biológica, mas trata-se da garantia de condições mínimas de dignidade para o desenvolvimento da vida. O ser humano é uma integralidade que incorpora tanto, os aspectos materiais, físicos e biológicos, como também aqueles de ordem espiritual, mental e psíquica, e para que a vida seja verdadeiramente digna, todos esses fatores devem convergir.²³¹ A Corte Boliviana aponta para a diversidade de concepções sobre vida e morte existentes dentro da Bolívia, que são decorrentes da pluralidade que lhe é específica, fazendo uso

²²⁸ Idem.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem. Nesse sentido ver: DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

²³¹ Idem.

especialmente da concepção dos povos indígenas campesinos.²³²

Na perspectiva dos povos indígenas campesinos é necessário entender que a vida tem sua origem no cosmos e nasce da "complementaridade" entre a criação da vida e "a presença do pachamama e do cosmos" e, conseqüentemente, os direitos reprodutivos não incluem apenas as mulheres, pois é algo indissolúvel de tais elementos e sob este pensamento não é concebível a ideia de patriarcado, machismo e desigualdade entre homens e mulheres, de modo que a vida da comunidade humana é imbuída diretamente com a vida cósmica.²³³ Nesse sentido, a vida é gerada a partir do princípio da dualidade, vitalidade, energia e movimento do cosmo. Nessa lógica a vida não é isolada do cosmos, mas é umacriação da *Pacha*, neste sentido, quando a vida de um ser em processo de gestação é protegida, não pode ser tratada de forma distanciada da "vida" da mãe, que por sua vez faz parte da comunidade.²³⁴

Tal qual na Corte Colombiana, o Tribunal da Bolívia entende que no ordenamento jurídico a vida tem diferentes tratamentos normativos:

Pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. (...) Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de

²³²“Sobre el origen de la vida: “Una de las formas milenarias de ver la vida, sobre el cosmos, concibe que éste se genera mediante la combinación y explosión de dos energías opuestas, tangibles y no tangibles; la primera, el de las profundidades (manqhapacha) y la otra el del espacio o el de la superficie que engendra el cosmos “pacha”, expresada y materializada en el fenómeno natural del rayo (q’ixu) que emite dos sonidos onomatopéyicos “qhun-tiki”, o simplemente qhun.” Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²³³Na concepção de vida e morte dos povos indígenas campesinos todos os seres vivos, deidades e elementos cósmicos e da natureza intervêm na criação da vida. Na cosmogonia desses povos “tudo tem vida” porque cada espaço tem a sua energia e, portanto “la “vida” desde la concepción de las naciones y pueblos indígenas es un “estar” en diferentes espacios del cosmos o pacha, cumpliendo la ley cósmica de la ciclicidad, es la eterna “transición” en diferentes momentos y espacios cósmicos, y como el ser humano, transita a diferentes espacios (cuatro espacios), la vida se concibe de manera holística; en el que todos los “seres vivos” son parte del cosmos, y como tales llegan a constituirse en la comunidad cósmica (sentido propio), en cualquiera de los espacios: aka pacha, manqha pacha, alax pacha y hanan pacha”. Idem.

²³⁴ Idem. “A comunidade humana não é o centro, mas é mais um dos cosmos, a constituição da “vida”, vem do chamado “Qhun-Tiki” ou “Wiraqhocha”, existem dois elementos fundamentais; o primeiro, no processo de criação de vida (comunidade humana); e o segundo, “a presença do pachamama e do cosmos”, isto é, na concepção indígena existe uma conexão entre o cosmos e a humanidade”.

carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.²³⁵

Na decisão mexicana, a vida é o argumento que mais se destacou ocupando boa parte do voto da Corte.

Nas decisões analisadas, o argumento o direito à vida é, em geral, o que tem maior carga argumentativa, no qual as Cortes se detém durante várias páginas, desenvolvendo-se tanto por meio da doutrina, legislação e da jurisprudência sua ou de outros Tribunais. Os países analisados têm uma tradição religiosa expressiva, mesmo no México que é um dos países mais secularizados do continente, não se pode negar que a religião, especialmente de ordem cristã, exerce influencia na vida das pessoas. E ainda, no caso da Bolívia, por ser um Estado Plurinacional, outras religiões (que não são permissivas ao aborto) podem influenciar na concepção e interpretação do que é e de quando se inicia o direito à vida.

Tem-se aqui, entretanto, duas questões. A primeira é o fato de que ainda que se trate de países com tradição religiosa forte, as Cortes demonstraram-se laicas e democráticas, há argumentos que ilustram bem essa posição. Um deles, utilizado pela Corte Mexicana, e pela Corte Boliviana em certa medida, é o fato de que nas disposições de direito internacional, o direito à vida não é reconhecido como um direito absoluto e, tampouco há definição do momento no qual se inicia a proteção à vida ou o momento em que o ser humano passaa ser sujeito de proteção.

Daí decorre outro argumento, utilizado pela Corte Colobiana, de que o direito à vida supõe titularidade para o seu exercício, e a referida titularidade está adstrita ao ser humano, excluindo, por consequência o nascituro. No mesmo sentido se posicionou a Corte da Bolívia, para a qual a titularidade de todos os direitos estende-se à pessoa humana, não abrangendo a proteção e exercício de direitos àqueles que sequer alcançaram essa condição.

A segunda questão, que será aprofundada mais adiante, é o fato de que em todas as decisões analisadas, em matéria de aborto, o argumento preponderante foi o do direito à vida (sendo ponderada entre a vida da mãe e a vida do feto) e não o direito à autonomia e liberdade das mulheres. Sendo assim, ainda que se trate do direito à liberdade, igualdade e autonomia da mulher, o núcleo da discussão sobre o direito ao aborto nas Cortes da América Latina é o direito à vida.

²³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

Outro argumento bastante utilizado pelas Cortes e que guarda relação direta com o direito à vida é o direito à saúde. Que será tema do próximo tópico.

3.2.2 Saúde

O direito à saúde, para a Corte Colombiana, é um direito integral que inclui também a saúde mental e física, e no caso das mulheres inclui a saúde reprodutiva, que está intimamente ligada a ocorrência de abortos espontâneos ou provocados, nos quais, em certas circunstâncias, está em risco a vida e a saúde da mulher. As leis que penalizam determinados procedimentos médicos afetam especialmente as mulheres, pois, constituem uma barreira para o acesso ao cuidado médico de que as mulheres necessitam e, por consequência, comprometem o direito à igualdade de gênero na área da saúde e violam direitos e obrigações reconhecidos internacionalmente.²³⁶ Sobre a procedência do aborto para os casos nos quais está em risco a vida ou a saúde da mulher, bem como quando existe a inviabilidade do feto decorrente de má formação, a Corte Colombiana entendeu que:

Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer

²³⁶ Idem.

prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.²³⁷

A Corte Constitucional da Colômbia assinalou em inúmeras oportunidades que, ainda que o direito à saúde não esteja formalmente incluído no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, adquire caráter de direito fundamental quando está conectado com o direito à vida, ou seja, quando a sua proteção for necessária para garantir a continuidade do ser humano em condições de dignidade.²³⁸

As diferentes facetas da saúde implicam em distintos deveres estatais para a sua proteção, inclusive medidas legislativas de caráter penal; ao mesmo tempo, constitui um limite ao legislador, pois exclui a adoção de medidas que atentem contra a saúde das pessoas, mesmo que sejam voltadas à preservação do interesse geral, de terceiros ou outros bens de relevância constitucional, pois, “*prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes”.²³⁹

Da mesma forma, o direito à saúde tem uma relação estreita com a autonomia pessoal, que reserva ao indivíduo uma série de decisões relacionadas a sua saúde, livres de interferência, violência ou coerção do Estado e de terceiros. Há, portanto, a obrigação estatal de adotar medidas para ajudar os indivíduos a alcançar os seus objetivos reprodutivos e fornecer informações sobre planejamento familiar e saúde reprodutiva.²⁴⁰

No México, a Corte entendeu que o legislador ao descriminalizar o aborto não teve uma decisão isolada, pois, tal deliberação guarda relação com as obrigações estatais de proteger a saúde e proporcionar informações para as mulheres sobre a interrupção da gestação e as consequências que essa interrupção possa ter para a

²³⁷ Idem.

²³⁸ Idem.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ Idem.

sua saúde.²⁴¹

Para a Corte Mexicana, o legislador do Distrito Federal concluiu que a despenalização da conduta acabaria com o problema da saúde pública derivado da prática de abortos clandestinos, permitindo que as mulheres interrompam voluntariamente a gestação em condições de higiene e segurança. Entretanto, o procedimento para abortar deve ocorrer dentro do período das doze semanas iniciais, pois é o mais seguro e recomendável em termos médicos. A despenalização da interrupção ocorreu, assim, unicamente para o período embrionário e não fetal, antes que haja desenvolvimento das faculdades sensoriais do produto da concepção.²⁴² O legislador levou em conta o desenvolvimento do embrião, bem como a segurança e facilidade da interrupção da gestação sem graves consequências para a saúde da mulher, tendo em vista que se a interrupção for realizada de forma clandestina não será possível assegurar a saúde materna. A despenalização da interrupção da gestação garante, por outro lado, a liberdade para as mulheres decidirem a respeito de seu corpo, de sua saúde física e mental, bem como da sua vida, constando, inclusive, na exposição de motivos, que a clandestinidade às práticas tem relação direta com a mortalidade materna.²⁴³

Na decisão da Corte Boliviana o argumento sobre a saúde vincula-se aos direitos sexuais e reprodutivos, entretanto, não é o tema principal na decisão da Corte.

3.2.3 Dignidade Humana e Autonomia

Para a Corte constitucional colombiana o Estado é um instrumento a serviço do homem e não é o homem um instrumento a serviço do Estado.²⁴⁴ A autonomia individual, por ter caráter constitucional, veda ao Estado qualquer ingerência no campo privado, pois, diante do que foi decidido na *Sentencia C- 221/94*, o Estado, ao decidir pela pessoa, arrebataria brutalmente a sua condição ética e a reduziria à condição de objeto, coisificando-a e a convertendo-a em um meio para os fins que não são escolhidos por ela.²⁴⁵

O direito à autonomia individual condensaria, por outro lado, o direito à

²⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ O termo utilizado na decisão é “homem” e não “ser humano”.

²⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

liberdade, porque qualquer forma de liberdade se reduziria finalmente à própria liberdade. Trata-se, pois, de um princípio geral de liberdade, que abarca os outros consagrados na Constituição (liberdade de expressão, de culto, de consciência etc.).²⁴⁶ O conteúdo desse direito estaria, portanto, vinculado ao âmbito das decisões individuais, as quais constituem o plano de vida e o modelo de realização pessoal, que é a faculdade do indivíduo de proclamar a sua singularidade e dessa maneira:

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.²⁴⁷

Os direitos sexuais e reprodutivos fazem parte do núcleo fundamental do direito à autonomia e constituem um limite ao poder do legislador, que não pode estabelecer uma restrição desproporcional a tal direito.²⁴⁸ E para o Tribunal Boliviano:

Conviene también recordar que uno de los elementos fundantes del Estado boliviano conforme al art. 1 de la CPE, es el de la “pluralidad” en lo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, y que en virtud al principio de dignidad alcanza a los pensamientos, opiniones, creencias religiosas y/o espirituales, cosmovisiones de forma que cada uno de ellos esté protegido por la Constitución Política del Estado; sin embargo, no es posible que este Tribunal a través de acciones constitucionales imponga un determinado tipo de moralidad o una concepción de lo bueno o lo malo, constituyéndose ello en un asunto a ser resuelto en el fuero interno de cada persona pero que no puede imponerse por el Estado y sus Órganos.²⁴⁹

No que diz respeito à dignidade humana, a Corte Colombiana reconheceu na jurisprudência que a dignidade é um princípio fundante do ordenamento jurídico; é também um princípio e tem caráter de direito fundamental autônomo, pressuposto

²⁴⁶ Idem.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

essencial para a garantia e efetividade de todo o sistema constitucional, bem como constitui a base axiológica da Carta de 1991.²⁵⁰ Por sua vez, a Corte Boliviana vincula a noção de dignidade à concepção dos povos indígenas originários campesinos, na qual a complementaridade deve permitir a "equalização" de opostos assimétricos e desiguais, na busca da restituição do equilíbrio e da harmonia, onde um direito não pode prevalecer sobre outro, e não se pode considerar individualmente os direitos, mas sim de forma ampla.²⁵¹ A dignidade humana, contudo, não se reduz ao plano meramente axiológico:

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).²⁵²

O precedente colombiano remeteu a Sentencia T-881 de 2002 da própria Corte, na qual se entendeu que a noção jurídica da dignidade humana também inclui a autonomia individual e a máxima liberdade de escolha de um plano de vida, com o mínimo de restrições possíveis; assegura uma esfera de autonomia que deve ser respeitada pelo Estado e pelos particulares. O âmbito de proteção da dignidade humana das mulheres inclui as decisões relacionadas com o seu planejamento de vida, o qual inclui a autonomia reprodutiva. Tanto a dignidade humana, quanto a autonomia individual, constituem limites ao poder do legislador penal, mesmo quando se trate de proteger bens jurídicos de relevância constitucional como a vida. Em resumo:

El legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear. (...) La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero

²⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

²⁵¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²⁵² Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.²⁵³

O princípio da dignidade humana perpassa por todos os outros direitos, há, portanto, um embaraçamento desse princípio com outros direitos e, diante disso, tornou-se difícil pinçar nas decisões, as situações em que a dignidade é tratada de forma autônoma, descolada de outros direitos.

Da leitura dos precedentes estrangeiros aqui analisados depreende-se que na maioria das vezes a dignidade é trabalhada conjuntamente com o direito à autonomia. Em resumo, não há dignidade sem autonomia e, negar às mulheres o direito à autonomia e autoderterminação da personalidade para decidir questões atinentes ao planejamento reprodutivo é violar a dignidade das mesmas, sendo as disposições nesse sentido inconstitucionais.

Da busca por autonomia decorrem os direitos das mulheres e a necessidade de efetivação da igualdade material, sobre as quais se irá tratar no próximo tópico.

3.2.4 Direitos das Mulheres e Igualdade

A Corte Colombiana argumentou que a mulher padeceu historicamente de uma situação desvantajosa que se estendeu em todos os âmbitos da sociedade (família, educação, trabalho) e que nos dias atuais se reconhece, pelo menos formalmente, a igualdade entre homens e mulheres, mas não se pode negar que para isso as mulheres tiveram que percorrer um longo caminho.²⁵⁴

No mesmo sentido a Corte Boliviana relembra que o aborto no período colonial, segundo historiadores, era praticado pelas mulheres indígenas que foram violentadas pelo invasor espanhol, como forma de resistência e defesa diante das

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Idem.

agressões sofridas. As mulheres indígenas, que viviam com índios da mesma etnia, também abortavam para evitar que seus filhos fossem escravizados para trabalhar nas minas de Potosí, situação que durou mais de cinco séculos de colonização espanhola. As mulheres negras e indígenas utilizavam o aborto provocado como defesa ante a fatalidade e desgraça imposta pelo “invasor homem” e servia para “restituir” a si mesmas, mas também para evitar a violência colonial nas próximas gerações. Nos dias atuais o aborto induzido continua ocorrendo de forma clandestina por mulheres de centros urbanos e rurais, seja por fatores educativos (concepções de sexualidade), econômicos ou sociais.²⁵⁵ Pela primeira vez no ordenamento jurídico colombiano, na Carta de 1991, se reconheceu expressamente que homens e mulheres têm iguais direitos e oportunidades, e que a mulher não poderá ser submetida a nenhuma forma de discriminação. Enquanto a igualdade formal entre homens e mulheres foi paulatinamente incorporada no ordenamento jurídico, a igualdade material continua sendo uma meta.²⁵⁶

A Corte Boliviana dedica um tópico específico para tratar da “reconstrução do Estado sobre a base do paradigma da igualdade de gênero e despatriarcalização”. A constituição da Bolívia transversaliza vários elementos indispensáveis para a construção de uma sociedade mais justa e harmoniosa, e a igualdade de gênero é de suma importância frente a construção do Estado, e:

La desigualdad de género ha sido un problema que ha caracterizado a la sociedad boliviana, principalmente por la adopción de modelos comportamentales machistas heredados del pasado, de discursos y prácticas sistemáticas de reducción de los derechos femeninos que contribuyeron en la construcción de una precaria y colonial lógica de distinción en razón de la dicotomía masculino/femenino. De manera muy lenta y paulatina la mujer en el contexto internacional ha ido avanzando hacia la consolidación de sus derechos; sin embargo, no queda duda que hay mucho por recorrer hacia una verdadera y real vigencia material del

²⁵⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit. “La ruptura de los principios ancestrales y cósmicos, ha sido provocada por la invasión española desde 1492 (...) Ahora bien, en este periodo, una forma de exterminio y sometimiento de los españoles, fue a través de la violencia sexual, o más propiamente dicho, por medio de las violaciones a las mujeres indias, sin importar la edad. Por tanto, la violación sexual a las indias, en la colonia ha sido establecida como parte de las políticas de la invasión, de ahí que, los que dirigían las violaciones, son autoridades coloniales (políticas o religiosas) (...) admitidas abiertamente, por lo que en toda la invasión colonial, según las crónicas las mujeres víctimas eran violadas (por igual) doncellas o casadas por el grado de la violencia ejercida sobre ellas, es por ello que las indias temían al solo verlos a los españoles (...)”.

²⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit. “Sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003”.

principio de igualdad y no discriminación en la materia.²⁵⁷

O tratamento reducionista e androcêntrico, que vem sendo dado a mulher ao longo do tempo implica no estabelecimento de um estado de coisas desfavorável, pois as práticas de dominação se naturalizaram no imaginário coletivo durante muitos anos, agora vivemos um momento histórico desmistificante, que deve alimentar a construção de uma situação melhor para as mulheres.²⁵⁸ Diante disso, para a Corte, a Constituição Boliviana de 2009 intentou reverter a situação de discriminação sistemática contra a mulher em todo texto constitucional:

Así el Preámbulo de la Constitución Política del Estado²⁵⁹, señala que Bolivia es un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien, el art. 8 constitucional establece entre otros valores los de igualdad y equidad de género, el cual conduce a que uno de los fines del Estado (art. 9 de la CPE) es constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. El art. 14 de la CPE determina que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna, en razón a lo cual el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los

²⁵⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Idem. En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

derechos de toda persona, aparte de ello en todo el texto constitucional se evidencia un nuevo enfoque de género, pues, la redacción de la Constitución privilegia frases como “Todas las ciudadanas y los ciudadanos”, “Las bolivianas y los bolivianos”, “Las extranjeras y los extranjeros”, el enfoque de género que plantea la Constitución se da dentro de una lógica igualitaria e implica una ruptura con una concepción centrada en la Constitución como patrimonio del género masculino.²⁶⁰

É preciso evitar, contudo, uma interpretação e aplicação isolada e parcial dos direitos das mulheres, mas deve-se tentar incorporar todas as visões e cosmovisões da igualdade de gênero em contextos plurinacionais, considerando a situação social, cultural, econômica e política, na qual vivem e se desenvolvem, partindo de uma visão constitucional plurinacional.²⁶¹ A Corte se atentou para o fato de que há no ordenamento boliviano, diversos dispositivos constitucionais de proteção aos direitos das mulheres:

En este marco, la Constitución Política del Estado, en su art. 9, establece los fines y funciones del Estado, entre los cuales, la constitución de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social; garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; y, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. El art. 14.II de la CPE, prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada, entre otras, en razones de sexo, orientación sexual, identidad de género, embarazo u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. El art. 15.II de la CPE, señala que todas las personas, en particular mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad. El parágrafo III de mismo artículo, manda al Estado, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar la muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado. El art. 45.V de la CPE, reconoce a las mujeres el derecho a una maternidad segura. El art. 48.VI establece que: las mujeres no pueden ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, garantizando igualmente, la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo. El art. 62 de la CPE, prevé la igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades de todos los integrantes de la familia; el art. 65 establece la presunción de filiación. El art. 66, garantiza a las mujeres y a los hombres el

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ Idem. “Para a cosmovisão ayára quéchua a complementaridade se desdobra a partir do “encontro”, “reciprocidade” entre “iguais”, da mesma forma os processos de “equalização” e “retorno” a “paridade” em termos de geração de condições superam o desequilíbrio gerado pelas relações de “desigualdade” e “dominação”. A complementaridade, a partir de uma abordagem “restitutiva” e “descolonial”, busca “igualação” entre mulheres e homens, no sentido de “dualidade”, ou seja, quando o texto constitucional estabelece direitos em favor das mulheres, interpretadas a partir da ideia de complementaridade, restitui às mulheres as condições de “igualdade perdida” e, conseqüentemente, o retorno ao “equilíbrio” e “harmonia” sobre o qual o “*vivirbien*” é baseado”.

ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos; derechos que abren las puertas a los propósitos de autodeterminación sobre el propio cuerpo y que son fundamentales para el análisis de la problemáticas planteadas en la presente acción. El art. 79 de la CPE, señala que la educación fomentará el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético-morales. Los valores incorporarán la equidad de género, la no diferencia de roles, la no violencia y la vigencia plena de los derechos humanos. El art. 104 de la CPE, garantiza el acceso al deporte sin distinción de género. El art. 172 de la CPE, dentro de las atribuciones de la Presidenta o Presidente del Estado, prevé la de designar ministras y ministros de Estado, respetando el carácter plurinacional y la equidad de género en la composición del gabinete ministerial. El art. 270 de la CPE, dentro los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas, establece el principio de equidad de género. El art. 278.II de la CPE, señala que dentro los criterios generales para la elección de asambleístas departamentales, se debe tomar en cuenta entre otros, la paridad y alternancia de género.²⁶²

Para o Tribunal Constitucional da Bolívia há um conteúdo profundo de "descolonização" e "despatriacalização" nas questões de gênero. São garantidos maiores espaços para o exercício dos direitos em termos de equidade e igualdade de gênero e mais oportunidades de participação e decisão nos aspectos político, econômico e social para as mulheres, a partir da introdução do princípio de "*vivir bien*"²⁶³ como uma das bases sobre as quais se baseia o novo Estado Plurinacional.²⁶⁴ A Corte mexicana utilizou o direito internacional para tratar dos direitos das mulheres, especialmente a Convenção de Belém do Pará, lembrando que a Convenção de Belém do Pará estabelece no artigo 7, inciso c, o compromisso dos Estados para incluir na legislação interna normas de diversas naturezas para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres e adotar as medidas administrativas apropriadas para cada caso.²⁶⁵

O referido dispositivo foi invocado para justificar que a despenalização do aborto, nos termos realizados pela Assembleia do Distrito Federal do México (que autorizou a interrupção voluntária da gestação durante as primeiras 12 semanas) garante um tratamento igualitário às mulheres, em especial aquelas com menor poder socioeconômico, garantindo-lhes liberdade e autonomia para as suas funções sexuais e reprodutivas, evitando a maternidade forçada e permitindo que a mulher desenvolva o seu projeto de vida da forma que lhe for mais conveniente.²⁶⁶ A

²⁶² Idem.

²⁶³ Sobre o Vivir Bien ver: MANCE, Euclides André. Bem-Viver. SIDEKUM, Antônio. et.al. **Enciclopédia Latino-americana de direitos humanos**. Blumenau:Edifurb, 2016.

²⁶⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolívia. Op. cit.

²⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit.

²⁶⁶ Idem.

penalização da interrupção da gestação, no primeiro trimestre de gestação, não é uma medida ideal para proteger a gestação, tendo em vista que o legislador considerou a realidade social das mulheres, pois, aquelas que não querem ser mães recorrem a abortos clandestinos que trazem riscos para a sua saúde e para a sua vida.²⁶⁷

Ainda que se tenha encontrado nas decisões analisadas menções aos direitos das mulheres, essas são breves e não integram propriamente a *ratio decidendi*, por vezes são apenas um apanhado histórico ou legislativo sobre a situação da mulher no país. O princípio da igualdade serviu de base para o desenvolvimento e aprofundamento dos direitos das mulheres, e a Corte Colombiana apontou para o fato de que para a conquista da igualdade formal percorreu-se um longo caminho. Entretanto, reitera-se que, ainda que as decisões tenham remetido aos direitos das mulheres, não há argumento exposto de que o aborto integra esse catálogo de direitos, há argumentos transversais tratando dos direitos sexuais e reprodutivos, que serão aprofundados no tópico a seguir.

3.2.5 Direitos Sexuais e Reprodutivos

É evidente que há situações que afetam particularmente as mulheres, especialmente àquelas que dizem respeito ao seu corpo, sua sexualidade e reprodução. No voto, os ministros colombianos lembraram a I Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968 em Teerã, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993 em Viena, as Conferências Mundiais Sobre a Mulher em Copenhague (1980), Nairóbi (1985), Cairo (1994) e Pequim (1995), bem como o Ano Internacional da Mulher (1975) e os tratados de direitos humanos para o reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres, e reconhecem que outros direitos também podem ser diretamente afetados quando se viola os direitos sexuais e reprodutivos, pois, os demais direitos fundamentais, como o trabalho e a educação, podem servir como parâmetro para proteger e garantir tais direitos.²⁶⁸

A Corte Colombiana argumentou que para as Nações Unidas o direito de decidir sobre o número de filhos, está diretamente relacionado com o direito à vida, e que as legislações proibitivas, ou altamente restritivas em matéria de aborto, geram

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

altas taxas de mortalidade materna. O direito à intimidade também está relacionado com os direitos sexuais e reprodutivos; o primeiro é vulnerado quando o Estado ou particulares interferem no direito de a mulher tomar decisões sobre a sua vida reprodutiva. O direito à privacidade vincula-se à necessidade de o médico respeitar a confidencialidade de sua paciente e, portanto, esse direito não seria respeitado, quando o profissional é legalmente obrigado a denunciar a mulher que foi submetida a um aborto.²⁶⁹ O direito à educação e sua relação com os direitos reprodutivos abrange o acesso das mulheres à educação básica, para que elas alcancem poder na família e na comunidade e aprendam sobre seus direitos. Além disso, incorpora o direito das mulheres a receber educação sobre saúde reprodutiva, bem como a permissão para exercer o direito de decidir o número de filhos e o espaçamento deles de maneira livre e responsável.²⁷⁰

A Corte Boliviana também se socorre no direito internacional dos direitos humanos para assegurar os direitos sexuais e reprodutivos e aponta que o Comitê de Direitos Humanos da ONU estabelece uma obrigação positiva, ou seja, o Estado deve assegurar que as mulheres vítimas de violação, incesto ou outras práticas, que decidam interromper voluntariamente a gestação, tenham acesso ao aborto seguro e aos serviços de saúde sexual e reprodutiva eliminando qualquer impedimento desnecessário.²⁷¹ Por sua vez, o Comitê Contra a Tortura observou com preocupação que o Código Penal da Bolívia que no artigo 266 (impunidade abortiva), impõe às mulheres vítimas de violação, que decidem interromper a gravidez, a obrigação de obter uma autorização, este requisito, é, em muitos casos, um obstáculo intransponível para mulheres nesta situação, forçando-as a recorrer a abortos clandestinos, com consequentes riscos à sua vida e saúde.²⁷²

O mais interessante no precedente Boliviano é que na parte final a Corte insta o Poder Legislativo para, que atendendo a interpretação efetivada na sentença, no âmbito de suas competências e de acordo com as recomendações dos organismos internacionais, desenvolva normas que garantam o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. E ao Poder Executivo que priorize e execute políticas públicas voltadas aos direitos sexuais e reprodutivos com o objetivo de diminuir as taxas de mortalidade decorrentes do aborto clandestino e, para isso deve desenvolver as

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²⁷² Idem.

seguintes ações: (1) programas de apoio social para mães solteiras; (2) desenvolvimento de uma política estatal de educação em reprodução sexual; (3) programas de apoio econômico e social aos genitores de filhos com enfermidades congênitas; e (4) melhorar de maneira urgente as políticas e tratamento aos órfãos e gerar políticas de adoção e inclusão, mesmo quando alcancem a maioria.²⁷³

Os argumentos elencados a seguir encontram-se no tópico *¿violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?* do precedente da Corte Constitucional Mexicana, entretanto, tais argumentos guardam mais coerência com os direitos sexuais e reprodutivos, em especial, dos homens. A decisão enfrenta a questão da igualdade (ou desigualdade) de gênero, pois ao longo do processo foram trazidos argumentos referentes a violação dos direitos fundamentais das pessoas do sexo masculino, que podem estar envolvidos nas gestações que as normas impugnadas, em certas condições permitem interromper.²⁷⁴

Alguns atores do processo mencionam que, ao não prever a participação masculina na decisão da interrupção da gestação, que é parcialmente produto do seu material genético, a legislação desconsiderou o direito masculino a decidir acerca do número e espaçamento dos filhos, consagrado no artigo 4º da Constituição Mexicana. Argumentou-se que este direito deve ser exercido conjuntamente e as decisões devem ser tomadas tanto por homens quanto por mulheres e, ao não contemplar a participação do homem, supostamente, a legislação impugnada:

Anula su derecho a la paternidad. Aunque la titularidad del derecho a la procreación es de las personas en lo individual, su ejercicio debe ser necesariamente conjunto, lo que permite sostener que el titular del derecho a la procreación es en realidad la pareja. Una vez el mismo se ha ejercido, la libertad de la mujer se ve constreñida por los derechos del producto de la concepción y por los del progenitor del sexo masculino. Se subraya que el derecho fundamental de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad se ejerce antes de la concepción: a partir de este momento se generan obligaciones para la mujer y derechos para el padre progenitor; de otro modo se privaría al padre de su derecho a tener descendencia.²⁷⁵

Para alguns, os conflitos acerca deste direito devem ser resolvidos mediante a ponderação entre os direitos dos homens e das mulheres, e os artigos impugnados ao não contemplar o progenitor no momento da decisão da interrupção

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit.

²⁷⁵ Idem.

da gestação, violaria o direito à igualdade, pois, qualquer decisão atinente ao produto da concepção deve ser tomada por ambos os progenitores e privar o homem dessa participação não é razoável. A Corte do México, por outro lado, entendeu que o argumento de que a liberdade sexual e a liberdade reprodutiva se exerce antes da procriação, e o argumento da violação dos direitos dos homens parece subsumir a primeira à segunda e ignora que “la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger um ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia”.²⁷⁶ E ainda:

El argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, así como el hecho de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Como es natural, los casos en los que resultará relevante o necesario remitirse al contenido de normas jurídicas ahora bajo análisis son aquellos en los que hay desacuerdo entre la persona que puede verse involucrada en la continuación de un embarazo no deseado y otras personas: casos en los que lo determinado por la norma es quién puede vetar la decisión de quién.²⁷⁷

O argumento de que o direito à paternidade ou maternidade é um direito exclusivamente coletivo não se sustenta, uma vez que o artigo 390 do Código Civil do Distrito Federal permite a adoção tanto por um casal quanto por uma pessoa individualmente. Para a Corte do México a decisão do legislador local de estabelecer que a decisão final seja da mulher, portadora de um embrião indesejado, não é discriminatória ou incoerente, pois, guarda relação com a clara diferença de sua posição contra a pessoa do sexo masculino que estima ter participado da criação deste embrião ou qualquer terceira pessoa, pois, a continuação de uma gravidez indesejada tem consequências profundas e permanentes para a mulher que terá a sua vida comprometida com a gestação e posteriormente com a criação e educação da criança. E essa afetação assimétrica no planejamento de vida é que estabelece a base para o tratamento distinto conferido pelo legislador, não é ilógico negar ao homem o poder para tomar essa decisão e, a afetação de mulheres e homens é diferente não só porque há consequências da gravidez indesejada que só recaem

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Idem.

sobre a mulher que a vivencia, mas porque, embora existam outras cargas que poderiam ser potencialmente assumidas pelos participantes do sexo masculino, sua garantia pelo sistema legal é imperfeita.²⁷⁸

Por fim, em geral, a proteção do embrião implantado é realizada através da gestante, por meio da estabilidade no trabalho desde a gravidez por meio de subsídios de várias ordens, entretanto, em certas circunstâncias a proteção legal do nascituro pode colidir com o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo. A Corte Boliviana entende, por outro lado, que a Constituição Política do Estado não abarca um suposto direito ao aborto, nem este pode se estabelecer como um método de saúde reprodutiva. Uma gravidez que seja fruto de uma decisão livre não implica ameaça ao direito ou a saúde das mulheres e não pode ser equiparado a uma doença, nem a uma ameaça à integridade pessoal ou tratamento cruel, desumano ou degradante, entretanto, a Corte afirma estar ciente de que a educação sexual ainda é um tabu na Bolívia e, por conta disso, é necessário instar as autoridades a assumirem políticas públicas que contribuam para a educação sexual como parte de uma possível solução para o problema integral.²⁷⁹

3.2.6 Utilização de precedentes estrangeiros pelas Cortes Latino Americanas

O uso do direito comparado para fundamentar decisões judiciais também é realizado pelas Cortes Constitucionais da América Latina. Nos países analisados encontra-se a invocação voluntária de precedentes de Cortes estrangeiras e internacionais. Observa-se, por outro lado, que em algumas vezes, tal uso é feito de modo acrítico e sem método. Nesse tópico descreve-se quais Cortes da América Latina fizeram uso do direito estrangeiro e de que maneira.

O direito comparado foi utilizado na decisão da Corte colombiana, pois, “el tema del aborto há sido objeto de câmbios legislativos em la mayoría de estados occidentales”.²⁸⁰ Há menção tanto na legislação quanto na jurisprudência. A legislação citada foi o artigo 86 do Código Penal da Argentina, artigo 333 e 334 do Código Penal mexicano, artigo 266 do Código Penal boliviano e 267 do Código Penal de Cuba para argumentar que, em que pese as mudanças legislativas

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

ocorridas na maioria dos estados ocidentais no final da década de 1990, na América Latina a legislação sobre aborto é bastante díspar. A decisão da Corte Colombiana faz referência expressa as constituições de oito estados brasileiros argumentando que em alguns deles a interrupção da gestação não é delito:

Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.

(i) Bahía Artículo 279 de la Constitución: “La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”

Artículo 282 de la Constitución “El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”

(ii) Goiás Artículo 153 de la Constitución “Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquella cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y psicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y psicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”

(iii) Minas Gerais Artículo 190 de la Constitución “Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).

(iv) Pará Artículo 270 de la Constitución “(...) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).

(v) Río de Janeiro Artículo 291 de la Constitución “El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...).”

(vi) Sao Paulo Artículo 224 de la Constitución “Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.”

(vii) Tocantins Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3º) “Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.” Artículo 152 de la Constitución “El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y psicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).²⁸¹

²⁸¹ Idem.

Aqui se faz uma ressalva, o trecho acima ilustra a necessidade e importância do uso do método em direito comparado. Não houve por parte da Corte Colombiana uma imersão no direito brasileiro para investigar a competência legislativa em matéria penal, pois, uma pesquisa mais atenta ao nosso ordenamento inegavelmente seria conduzida ao artigo 22, I da Constituição, o qual descreve como competência privativa da União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Sendo então o direito penal competência da União, os artigos utilizados pela Corte da Colômbia, como argumentação em direito comparado, não guardam relação com a realidade brasileira.

Além da legislação também foi utilizada na Colômbia as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos de 1973, do Tribunal Constitucional Alemão de 1975 e 1985 e do Tribunal Espanhol de 1985.²⁸² O primeiro caso tratado, no precedente colombiano, é *Roe vs. Wade*, no qual a Corte Suprema dos Estados Unidos caracterizou expressamente o direito ao aborto como decorrência do direito à autonomia individual e à intimidade para tomar decisões livres de intervenção do Estado ou de terceiros na esfera privada individual, tal qual garante a 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. A Corte Norte Americana reconheceu que o Estado tem um interesse legítimo em proteger tanto os direitos da mulher, como a possível vida que está por nascer, entretanto, nenhum desses interesses pode ser desconsiderado, pois, em cada etapa da gestação os direitos adquirem uma importância e peso distintos.²⁸³

O caso *Roe vs. Wade* fixou um marco temporal ao excluir toda possibilidade de intervenção estatal na decisão da mulher em abortar antes dos três primeiros meses de gestação, neste período, a decisão é da mulher. No período subsequente aos três primeiros meses, o Estado estaria autorizado a regular o procedimento de abortamento, sempre que a regulação fosse para proteger a saúde da mulher (por exemplo, estabelecendo os lugares onde poderia ser realizado):

Pasado el periodo de viabilidad del embarazo, el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, por lo cual el Estado podría, según la

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem.

Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.²⁸⁴

Em sentido contrário o Tribunal Constitucional Alemão na primeira decisão em 1975, que também foi utilizada em sede de direito comparado pela Corte Colombiana, decidiu que a legislação que despenalizava o aborto, durante os três primeiros meses sem que fosse necessária justificativa alguma, era inconstitucional, pois, a vida e a dignidade são valores supremos e invioláveis consagrados pela Lei Fundamental de Bonn. À luz destes princípios axiológicos existe o dever da mulher em levar a gestação até o momento do parto e a obrigação estatal de implementar mecanismos jurídicos para a proteção da vida do feto, o que inclui medidas penais tendentes a desincentivar a prática do aborto. A Corte alemã declarou a primazia do interesse jurídico da proteção de quem está por nascer, sobre a proteção ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher. Admitiu, entretanto, que o dever da mulher em continuar com a gestação existe salvo nos casos em que o mesmo se torne uma carga tão extraordinária e opressiva que resulte razoavelmente inexigível, especialmente em razões de caráter médico, ético ou social.²⁸⁵ E ainda:

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica.²⁸⁶

A segunda decisão alemã sobre o aborto, de 1985, tratou dos pressupostos de inexigibilidade de levar a gestação até o fim, e considerou inexigível quando for um perigo para a vida ou saúde da mãe, bem como outras circunstâncias excepcionais.²⁸⁷

Em 1985 o Tribunal Constitucional Espanhol enfrentou uma questão

²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem.

semelhante, na qual teve que examinar o projeto de lei orgânica para a reforma do código penal que regulava de maneira permissiva a prática do aborto, a qual declarou parcialmente inexecutável, pois, não satisfazia o dever estatal de proteger a vida em gestação. A partir da Constituição Espanhola deveriam ser ponderados a proteção a vida em gestação e os direitos da mulher grávida, de maneira que nenhum deles seja anulado, entretanto, ao mesmo tempo em que o legislador está obrigado a assegurar a vida do nascituro, também deve estabelecer em quais circunstâncias a obrigação de levar a gestação até o fim seria uma carga inexigível para a mulher, e por ser inexigível seria também inconstitucional. O Tribunal Espanhol sustentou que “de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos”.²⁸⁸

Nos tribunais constitucionais analisados pela Corte colombiana, por meio do direito comparado, os casos coincidem em afirmar que a proibição total da possibilidade de interrupção da gestação é inconstitucional, pois, em determinadas circunstâncias impõe à mulher uma carga inexigível que anula os seus direitos fundamentais.²⁸⁹

No contexto mexicano foi necessário fazer um questionamento inverso do que fizeram os tribunais acima mencionados, a Suprema Corte do México questionou se o Estado se encontra obrigado a penalizar determinada conduta e se tal penalização afeta ou vulnera os direitos fundamentais.²⁹⁰ A Corte mexicana apenas menciona as decisões de outros países, sem efetivamente trabalhar com os argumentos:

A modo de contraste, podemos encontrar varios ejemplos en el derecho comparado: el caso de Roe contra Wade, de la Suprema Corte de los Estados Unidos; la sentencia C-355-06 del Tribunal Constitucional colombiano, la sentencia del caso Regina contra Morgentaler, de la Corte Suprema de Canadá, así como la sentencia STC 53/1985 del Tribunal Constitucional de España. En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit.

punible.²⁹¹

Por outro lado, a Corte Mexicana estabeleceu, na sentença, um diálogo com os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Utiliza como argumento o Caso de *los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala julgado em 1999, no qual se entendeu que “el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²⁹²

Ainda no âmbito da Corte Interamericana, a Corte Mexicana também utilizou o Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, que entendeu que nenhum direito é absoluto, salvo “algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”.²⁹³ A Corte Mexicana, a partir da análise dos precedentes da Corte Interamericana, concluiu que o exercício realizado pelo legislador do Distrito Federal está de acordo com a tendência legislativa encontrada no direito comparado, que vem estabelecendo hipóteses lícitas de interrupção voluntária da gestação ou limites para a persecução penal do aborto, com base na ponderação concreta entre os bens em conflito, que tiveram como resultado, no direito comparado, a despenalização da conduta.²⁹⁴

A Corte Boliviana menciona o Caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos da América* para estabelecer os limites do dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos e da expressão “em geral” desde a concepção:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido sobre los alcances de los derechos a la vida, en el caso 2141 BabyBoy Vs. Estados Unidos de América, oportunidad en la que afirmó sobre la base de los antecedentes legislativos de la Declaración Americana de Derechos y

²⁹¹ Idem.

²⁹² Idem.

²⁹³ Idem. “Las decisiones existentes respecto al derecho a la vida de la Corte Interamericana están relacionadas con las dos garantías que antes se señalaron, como: a) derivadas de hechos relacionados con ejecuciones extrajudiciales, por ejemplo, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros); Caso Myrna Mack Chang, y Caso Escué Zapata; b) masacres, por ejemplo, Caso Barrios Altos; Caso del Penal Miguel Castro Castro y Caso de la Masacre de la Rochela; c) aplicación inadecuada o injustificada de la pena de muerte, por ejemplo, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros; así como el Caso Fermín Ramírez y Caso Óbice, entre otros. Em ninguna decisión encontramos un pronunciamiento respecto al momento del inicio de la vida ni la protección de la vida en supuestos diferentes a los ya señalados”.

²⁹⁴ Idem.

Deberes del Hombre así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción (Resolución 23/81)[37]. Al respecto, cabe recordar que la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías de la Asamblea Constituyente debatió dos propuestas referidas al tema, la que reconocía la vida desde la concepción y la que no especificaba el momento desde el cual se consideraría dicho derecho, propuesta que resulto incorporándose en la ley fundamental vigente.²⁹⁵

A partir da análise do referido precedente, a Corte Boliviana concluiu que os órgãos internacionais de proteção e vigilância de direitos humanos estabelecem a especial e relevante importância do direito à vida para o exercício dos demais direitos, mas isso não significa que lhe foi dado um valor superior frente a outros direitos fundamentais.²⁹⁶ A Corte foi além e fez remissão ao uso do direito comparado utilizando a Corte Europeia de Direitos humanos ao tratar da possibilidade de aborto para os casos de violência sexual:

En cuanto a jurisprudencia comparada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Aydin c/ Turquía* dispuso que en tanto se ha establecido que la violación constituye una forma de tortura en sí misma, la cual ocasiona dolor y sufrimiento severos, no existe duda acerca de la necesidad de proveer servicios de aborto como parte de las obligaciones de protección a las víctimas de violencia sexual y de similar forma en el caso *MC c/ Bulgaria* que las demoras injustificadas o las barreras procesales para acceder a la justicia o a los servicios médicos constituyen una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁹⁷

Por outro lado, não fez menção a nenhum precedente de cortes estrangeiras, nem mesmo os mais famosos como *Roe vs. Wade*.

As três Cortes Constitucionais analisadas fizera uso do Direito Comparado. A Corte Boliviana fez uso apenas de precedentes de Cortes Internacionais, o que dá a impressão de um maior comprometimento com os direitos humanos, diante da “neutralidade” da Corte Interamericana e uma atitude refratária com os precedentes de outros países, tendo em vista o projeto descolonial que a Bolívia adotou para sí.

Tal afirmação, entretanto, só poderia efetivamente comprovada por meio

²⁹⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

²⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit. “A este respecto cabe destacar que en el párrafo 5 de la Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en mil novecientos noventa y tres, se señaló que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad debe tratar los derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos la misma importancia.”

²⁹⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

deum estudo aprofundado do contexto social desse país, bem como do seu pensamento jurídico e construção jurisprudencial.

A Corte Mexicana utilizou tanto precedentes estrangeiros quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte explorou melhor os argumentos utilizados pela CIDH, entretanto, conforme já apontou-se, apenas fez menção aos precedentes de Cortes Estrangeiras, sem efetivamente adentrar nas argumentações.

A Corte Colombiana foi a que melhor trabalhou com os argumentos dos precedentes estrangeiros. Dedicou-se não apenas a mencionar os casos, mas pinçou os principais argumentos. Tanto a Corte Colombiana quanto a Corte Mexicana utilizaram o caso *Roe vs. Wade*, talvez por ser o precedente sobre aborto mais famoso do mundo e ambas utilizaram também o precedente do Tribunal Constitucional da Espanha, nesse caso, arrisca-se dizer que o caso foi invocado diante da facilidade de acesso decorrente do idioma. Por fim, percebe-se que nenhuma das três Cortes analisadas utiliza um método para a escolha dos casos, ou se utilizaram, não deixaram claro no voto quais foram os critérios de escolha das Cortes e dos casos invocados. Outro tema que obteve bastante atenção por parte das Cortes analisadas foi a limitação ao poder punitivo do Estado, o qual será aprofundado no tópico a seguir.

3.2.7 Restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado

Um tema presente nas três decisões analisadas é a discussão sobre o limite para legislar em matéria penal. Para a Corte Colombiana, o legislador não conta com uma discricionariedade absoluta para definir os tipos delitivos, visto que encontra limites nos princípios e valores constitucionais:

De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin

que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.²⁹⁸

A Corte Colombiana relembrou o próprio precedente a *Sentencia C-420* de 2012, na qual considerou que o Parlamento não é a única instância do poder público na qual se pode desenhar estratégias de política criminal, tampouco tem um poder ilimitado para legislar, pois, no Constitucionalismo não existem poderes absolutos.²⁹⁹ Em outro precedente, a *Sentencia C-939* de 2002, a Corte sustentou que a Constituição opera como um mecanismo de controle de limites da competência do legislador com a finalidade de evitar excessos punitivos. Para a Corte houve uma constitucionalização do direito penal, o que significa que o legislador não tem discricionariedade absoluta para definir os tipos descritivos e procedimentos penais, pois deveria respeitar os direitos constitucionais, que são o fundamento e limite ao poder punitivo do Estado. Por outro lado, declarou também que é consagrado o direito à dignidade, à liberdade, à saúde, bem como o bloco de constitucionalidade e a proporcionalidade e razoabilidade como limites ao poder do legislador em matéria penal.³⁰⁰ Sobre este último cabe destacar que:

El legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.³⁰¹

Para a Corte Mexicana, por outro lado, o legislador não é absolutamente livre para despenalizar condutas, existem limites constitucionais e requisitos processuais

²⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ Idem.

e orgânicos.³⁰² Entretanto, ao não encontrar nenhum mandato constitucional específico para a criminalização de todas as condutas de aborto:

No parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. Solamente contando con aquellos elementos que constitucionalmente ordenan la penalización de las conductas, referidos en el desarrollo de esta resolución, podríamos considerar que existen las herramientas para limitar la determinación del legislador democrático de que una conducta particular deba dejar de estar penalizada. Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse em conflicto.³⁰³

Devido ao caráter de *ultima ratio* do direito penal, a sanção penal com máxima intervenção na liberdade e na dignidade dos indivíduos deve ser estritamente necessário e proporcional à natureza do ato punível. A Corte Colombiana examina a inexecuibilidade do artigo 122 do Código Penal que penaliza o aborto em todas as circunstâncias.³⁰⁴ A exequibilidade se fundamenta na afirmação de que a vida do nascituro é um bem constitucionalmente protegido e por conta disso o legislador está obrigado a adotar medidas para a sua proteção e, a interrupção da gravidez não é abordada no ordenamento constitucional colombiano como um assunto exclusivamente privado da gestante e, portanto, reservada ao exercício de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.³⁰⁵

O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia apontou para o fato de que o aborto tem uma punição menor do que o homicídio, e quando praticado para evitar perigo para a vida ou a saúde da mãe, a prevalência é dada à vida da mãe que já gerou relações intersubjetivas e afetivas sobre a vida do nascituro, o que já revela a existência, no sistema legal colombiano, de uma descriminalização parcial.³⁰⁶

De outro lado, a Corte Constitucional de Colômbia, entendeu que os diversos mandamentos constitucionais e de direito internacional dos direitos humanos que

³⁰² Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Op. cit.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

fazem parte do bloco de constitucionalidade concedem à vida em seus diferentes estágios, incluindo, é claro, a vida em gestação, o caráter de bem constitucionalmente protegido.³⁰⁷ É possível discutir se a natureza das medidas de proteção da vida em gestação deveriam ser de caráter penal ou se seriam mais efetivos outros tipos de medidas (como políticas sociais, prestacionais que assegurem cuidados médicos, alimentação, previdência e inclusão à mulher grávida), assim, cabe ao legislador decidir em um universo de medidas possíveis, aquelas mais adequadas para proteger os bens jurídicos de relevância constitucional. E a sua decisão, a princípio, só poderá ser objeto de revisão constitucional quando resultar manifestamente desproporcional ou incoerente,³⁰⁸ e ainda:

No corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.³⁰⁹

De um lado estão diversos direitos, princípios e valores constitucionais de titularidade da mulher gestante, de outro está a vida em gestação, um bem de relevância constitucional que deve ser protegido pelo legislador; qual deve prevalecer em casos de colisão é um problema que vem recebendo diferentes respostas, por distintos ordenamentos e tribunais constitucionais ao longo da história.³¹⁰ Dada a relevância dos direitos, princípios e valores constitucionais em jogo, não é desproporcional que o legislador opte por proteger a vida em gestação por meio de medidas penais e, por consequência a sanção penal ao aborto está ajustada a Constituição da Colômbia, entretanto, **a penalização do aborto em todas as circunstâncias significa a preeminência da vida do nascituro e o conseguinte sacrifício absoluto de todos os direitos fundamentais da mulher, o que é claramente inconstitucional.**³¹¹ (grifo meu)

Uma das características da Constituição Colombiana de 1991 é a coexistência de distintos valores, princípios e direitos constitucionais, mas nenhum

³⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia. Op. cit.

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Idem.

deles goza de carácter absoluto ou preeminência incondicional frente aos demais:

Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.³¹²

Para a Corte da Colômbia, determinadas hipóteses normativas nas quais resulta excessivo exigir que a mulher continue com a gestação, porque supõe uma total anulação de seus direitos fundamentais, é também uma função que incumbe ao legislador, entretanto, se este não determina essas hipóteses, corresponde ao juiz constitucional evitar os efeitos claramente desproporcionais nos direitos fundamentais da gestante, sem que isso signifique que o legislador carece de competência para tratar do tema dentro dos limites da constituição.³¹³

Apesar de o Código Penal Colombiano consagrar uma proibição geral do aborto, em certas circunstâncias o legislador previu algumas exceções para a pena, nos casos em que a gestação decorrer de ato sexual sem consentimento ou abusivo e em caso de inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado sem consentimento. A prevalência absoluta da proteção da vida do nascituro supõe a total desconsideração da dignidade e livre desenvolvimento da personalidade da mulher gestante, cuja gestação não é produto de uma decisão livre e consentida, mas de condutas arbitrárias que desconhecem o seu carácter de sujeito de direitos e por esta razão estão sancionadas pelos artigos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre outros do Código Penal Colombiano.³¹⁴

³¹² Idem.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Idem. “Sobre la grave afectación de la dignidad humana y la autonomía de la mujer embarazada en estos casos cabe citar algunos apartes de la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001: “Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene

Sobre a gravidez em casos de estupro ou incesto a Corte entendeu que levar o dever de proteção estatal à vida em gestação ao extremo e penalizar a interrupção da gestação nesses casos é priorizar de forma absoluta a vida em gestação em detrimento dos direitos fundamentais da mulher grávida. Uma intromissão estatal de tal magnitude na autonomia e na dignidade priva o gozo destes direitos e é manifestamente desproporcional e desarrazoada. Diante da dignidade inerente à mulher, não é possível tratá-la como mero receptáculo e, portanto, o consentimento para assumir qualquer compromisso ou obrigação é de extrema relevância, especialmente por se tratar da geração de um novo ser, que afetará profundamente a vida da mulher, em todos os sentidos. O mesmo se aplica para os casos de incesto, mesmo nos casos em que não houve violência física, pois afeta a autonomia, consentimento e a vontade da mulher e pode vir a desestabilizar a instituição familiar. Por estas razões, penalizar a interrupção da gestação em casos de estupro e incesto constitui uma ingerência desproporcional na liberdade e dignidade da mulher.³¹⁵

Quando a gestação for decorrência de incesto, ato sexual sem consentimento ou de inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado não consentido, é preciso que seja devidamente denunciado perante as autoridades competentes. O legislador, entretanto, pode efetuar regulações sempre e quando não estabelecer cargas desproporcionais sobre os direitos da mulher, como:

Por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.³¹⁶

Outra situação em que resulta desproporcional a sanção penal é quando está ameaçada a vida e a saúde da mulher, pois, não é razoável exigir o sacrifício da vida já formada pela proteção da vida em formação:

el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.”

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Idem.

Si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.³¹⁷

Para a Corte Colombiana “el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”.³¹⁸ A saúde também inclui a saúde mental e a gestação pode causar uma situação de angústia severa ou graves alterações psíquicas que justifiquem a interrupção mediante certificação médica “la prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional”.³¹⁹

Nos casos em que o feto é inviável, obrigar a gestante a levar a gestação até o final, mediante ameaça de sanção penal, significa submetê-la a tratamento cruel, desumano e degradante afetando diretamente a sua dignidade humana, isso para os casos em que o feto provavelmente não viverá devido a uma grave malformação. É uma hipótese completamente diferente da simples identificação de uma doença no feto que pode ser curada antes ou depois do parto. Nestes casos, o dever estatal de proteger a vida do nascituro perde peso, justamente porque enfrenta a situação de uma vida inviável. Assim, os direitos das mulheres prevalecem e o legislador não pode forçá-la, recorrendo à sanção penal, para continuar com a gravidez de um feto que, de acordo com a certificação médica é inviável.³²⁰

Nesses casos deve existir a certificação de um profissional da medicina, pois, dessa maneira é possível salvaguardar a vida em gestação e comprovar a existência real das hipóteses nas quais o delito de aborto não pode ser penalizado e, do ponto de vista constitucional, basta atender a esses requisitos do atestado médico ou queixa criminal devidamente apresentada para que nem a mulher nem o médico que pratica o aborto sejam passíveis de ação penal, para os casos de estupro, incesto ou inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado não consentida. De fato, cada um desses eventos é autônomo e independente e, portanto, por exemplo, não será possível exigir, no caso de estupro ou incesto, que a vida ou a saúde da

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ Idem.

mãe esteja em perigo ou que se trate de um feto inviável. No caso de estupro ou incesto, deve basear-se na boa-fé e responsabilidade da mulher que relatou tal fato e, portanto, basta mostrar ao médico uma cópia da queixa devidamente apresentada.³²¹ Para os casos de estupro, incesto e má formação fetal se faz necessária:

Para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.³²²

Nesses casos, nem o legislador pode estabelecer requisitos que estabeleçam encargos ou barreiras desproporcionais sobre os direitos das mulheres que impedem a prática do aborto.³²³ O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia conclui que o aborto incondicional e em todas as fases de desenvolvimento do embrião não é constitucionalmente admissível e que gerar uma política de proteção constitucional ao direito à vida do embrião implantado é uma causa suficiente que o Legislativo possa utilizar todos os tipos de políticas públicas necessárias à sua proteção, que obrigatoriamente atinge o direito penal nos estágios mais avançados do desenvolvimento embrionário, aspecto que provoca a declaração de constitucionalidade do art. 263 do Código Penal que regula a interrupção da gestação.³²⁴

A limitação do poder punitivo do Estado, junto com o direito à vida, são os argumentos em que mais as Cortes Constitucionais analisadas se detém ao discutir

³²¹ Idem. “Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica”.

³²² Idem.

³²³ Idem.

³²⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Op. cit.

o direito ao aborto. Há um consenso aparente, no fato de que o Estado não pode exigir que a mulher sacrifique sua vida, saúde ou dignidade para levar a cabo uma gestação indesejada ou fruto de violência.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos últimos quinze anos o Supremo Tribunal Federal foi provocado a enfrentar questões polêmicas que tangenciam o direito ao aborto. Ao longo desses anos o Supremo construiu um entendimento sobre o tema, por vezes tolhendo, por vezes garantindo os direitos fundamentais das mulheres.

O objetivo deste capítulo é descrever e analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tratou direta ou indiretamente sobre o aborto, quais sejam: o Habeas Corpus 84.025/RJ, ADI 3510, ADPF 54 e Habeas Corpus 125.306/RJ. O objetivo é verificar quais direitos fundamentais foram protegidos nesses casos e se houve utilização do direito comparado. Os parâmetros de análise foram os termos: vida, saúde, dignidade humana, liberdade, direitos das mulheres, igualdade, direitos sexuais e reprodutivos e restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado.

No primeiro tópico os casos serão apresentados de forma cronológica e não ficaram adstritos apenas ao controle abstrato de constitucionalidade. O critério de escolha dos casos foi o tema e a importância, ou seja, aqui têm-se os *leading cases* do Supremo Tribunal Federal em matéria de aborto, casos que podem ser precedentes para os casos futuros. Deu-se especial atenção aos casos pregressos, por exemplo, o *Habeas Corpus* 84.025/RJ³²⁵ que precedeu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, também será objeto de análise, vez que, busca-se demonstrar que a construção jurisprudencial do Supremo, em pouco mais de uma década, conduziu ao que Ronald Dworkin chama de “romance em cadeia”.

Trata-se também de um capítulo propositivo, pois defende-se que, embora a análise dos precedentes da América Latina seja importante, ainda assim o caso *Roe vs. Wade* deve ser o parâmetro de comparação no Supremo Tribunal Federal nos casos relativos ao aborto. Por fim, o capítulo tratará das novas ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal que tem como espinha dorsal a proteção dos direitos reprodutivos das mulheres.

4.1 O ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No *Habeas Corpus* 84.025/RJ, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa,

³²⁵O habeas corpus 124.306/RJ também será analisado devido a sua importância, repercussão e pelo fato de que esse caso foi o mote para a ADPF 442.

julgado em 04 de março de 2004, se discutiu pela primeira vez a possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo, precedendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. O Ministro inicia o voto criticando o fato de que em nenhum momento, ao longo da controvérsia trazida ao Poder Judiciário, cogitou-se os eventuais direitos da gestante, mas apenas os direitos do nascituro, como se esses direitos, constitucionalmente protegidos, não estivessem entrelaçados; dito de outra forma, como se a proteção dos direitos do nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção dos direitos da gestante. A sobrevivência do nascituro tem total dependência em relação à gestante e com os direitos desta, os quais a Constituição igualmente protege, sendo assim, não há como negar que houve constrangimento aos direitos da paciente.³²⁶

Alertou, por outro lado, que não se estava a discutir a ampla possibilidade de se interromper a gravidez, a questão era outra, pois se referia à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois, ainda que sejam empregados todos os esforços possíveis, o resultado seria, invariavelmente, a morte do feto. Seria reprovável a decisão pela interrupção da gestação nesse caso? Para o Ministro a tarefa da Corte é “justamente esta: é preciso fornecer uma resposta rápida e precisa para essa mãe, a fim de que, a par de todo seu sofrimento pessoal, não tenha ela de se preocupar com a possível criminalidade de sua conduta”. Dessa forma, foi assegurado o direito da paciente, caso fosse a sua vontade, interromper a gestação, desde viável do ponto de vista médico e com acompanhamento profissional.³²⁷

Em maio de 2008 foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, na qual foi relator o Ministro Carlos Ayres Britto. A ação foi proposta pelo Procurador Geral da República em face do artigo 5º da Lei Federal 11.105 de 24 de março de 2005, também conhecida como Lei da Biossegurança, a parte inicial do artigo autoriza, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de células-tronco embrionárias, que são células encontradas em cada embrião humano de até 14 dias. Para o autor da ação os dispositivos impugnados contrariam a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida e possui dignidade, sustenta que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente. Foram admitidos na posição de *amicus curiae* diversas entidades

³²⁶ STF- HC84025/RJ - Rel. Min. Joaquim Barbosa. 04-03-2004. Disponível em: < www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³²⁷ Idem.

da sociedade civil brasileira e, pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, foi determinada a realização de audiência pública. A Corte decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.³²⁸

Um dos casos mais famosos e de maior repercussão social foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, julgada oito anos após o *Habeas Corpus* 84.025/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. A ação foi proposta em junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CTNS), com o argumento de que a antecipação terapêutica do parto no caso dos anencéfalos não consubstancia aborto, pois, não há possibilidade de vida extrauterina. A proibição da antecipação do parto nesses casos viola os preceitos da dignidade humana, legalidade, autonomia da vontade, saúde, liberdade entre outros. Invocou-se o precedente HC84.025/RJ que autorizou a antecipação do parto, contudo, antes do julgamento do referido *habeas corpus*, deu-se o término da gravidez, vindo o feto anencéfalo a falecer minutos depois do parto.³²⁹

O pedido principal da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CTNS) era declarar os artigos 124, 126 e 128 I e II do Código Penal incompatíveis com a antecipação terapêutica do parto, bem como a suspensão dos processos em andamento e decisões que tivessem como fim a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, sob o argumento de que a gestante teria o direito constitucional de submeter-se a procedimento que levem à interrupção da gestação, desde que a anomalia tenha sido atestada por médico habilitado e sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra permissão específica do Estado.³³⁰

O relator recordou que até 2005 os juízes e Tribunais de Justiça formalizaram aproximadamente três mil autorizações para a interrupção da gestação de fetos anencéfalos e que o Brasil, na época, era o quarto país do mundo em casos de anencefalia, ficando atrás apenas do Chile, México e Paraguai. Chegou-se a falar que a cada três horas realizava-se o parto de um feto com anencefalia, para o

³²⁸ STF- ADI3510/DF - Rel. Min. Carlos Britto. 29-05-2008. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20 abr. 2018.

³²⁹ STF- ADPF54/DF - Rel. Min. Marco Aurélio. 12-04-2012. Disponível em:< www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³³⁰ Idem.

Ministro, por esta razão, haveria a necessidade de pronunciamento por parte do Supremo. Destacou, por outro lado, que a própria arguente, no *habeas corpus*, buscava tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição e afirmou ser inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinaria, nesse caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, haveria distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto.³³¹

Não há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação quando ausente expectativa de vida para o feto, em outras palavras, indagou-se se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deveria ser presa por esta conduta e se a possibilidade de prisão reduziria a realização do procedimento médico em discussão. O cerne do julgamento foi discutir se a tipificação penal da interrupção da gestação de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição e, para o relator, a resposta seriadesenganadamente negativa. A Corte declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo constitui aborto.³³²

Apenas em novembro de 2016 a discussão sobre o aborto no Supremo Tribunal Federal seria alvo de repercussão midiática e intensos debates entre juristas. O Habeas Corpus 124.306/RJ, com pedido de concessão de medida cautelar, teve como relator o Ministro Marco Aurélio. Os pacientes que mantinham uma clínica de aborto e foram presos em flagrante em março de 2013 pela suposta prática de aborto e formação de quadrilha. Nesse caso foi concedida a ordem de ofício e desconstruída a prisão preventiva por entender que é preciso conferir uma interpretação conforme a Constituição para os artigos 124 a 128 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, pois, a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher e também o princípio da proporcionalidade.³³³ A descrição e análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal serão aprofundados nos próximos tópicos.

³³¹ Idem.

³³² Idem.

³³³ STF- HC 124306/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio. 29-11-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

4.1.1 Vida

A anencefalia configura doença congênita letal grave, pois, não há possibilidade de desenvolvimento posterior de massa encefálica e, portanto, uma má formação incompatível com a vida do feto fora do útero. Há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: a anencefalia e o óbito fetal. Para a medicina “quem não tem cérebro, não tem vida”, considera-se, portanto, que o feto anencéfalo é um natimorto neurológico.³³⁴ Na ADPF 54 o Supremo Tribunal Federal entendeu que na década de 1940 a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina. A literalidade do Código Penal de 1940 está em harmonia com o nível de diagnósticos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja a atipicidade da interrupção de gestação de feto anencéfalo.³³⁵

No que diz respeito ao direito à vida, no HC 84.025/RJ, o Ministro Joaquim Barbosa questionou se “quando, em razão da anencefalia, a vida extrauterina do nascituro é inviável, deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção”. A resposta foi negativa. A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados e recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados, “não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de

³³⁴ Em termos médicos há dois processos que evidenciam o momento da morte: o cerebral e o clínico. A morte clínica é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias com a finalização das atividades cardíacas e cerebrais pela ausência de irrigação sanguínea. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. STF- ADPF54/DF. Op. cit.

³³⁵ “Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impune o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável” (...) “Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946”. Idem.

infanticídio e de homicídio”.³³⁶No mesmo sentido na ADPF54, o relator utilizou, ainda, o mesmo argumento da Corte Colombiana ao dizer que a vida não é um direito absoluto, e numa perspectiva Dworkiniana assentou que a proteção conferida a este direito comporta diferentes gradações, nos moldes do que enfatizou o Supremo no julgamento da ADI3510. Para reforçar o argumento, basta observar a pena ao crime de homicídio (de 6 a 10 anos) e de aborto provocado (de 1 a 3 anos) para revelar que o direito à vida ganha maior proteção estatal à medida que ocorre o seu desenvolvimento, há que se distinguir, portanto, “ser humano, de pessoa humana (...) o embrião é (...) 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”.³³⁷

Se o feto se encontra no ventre materno, é evidente que sua situação jurídica é diversa das pessoas existentes. Diante de um feto, que pode ser portador da anencefalia que não irá sobreviver muito tempo após o parto, devemos nos ater a qual é o objetivo tutelado pelo Código Penal nesses casos. Para o Ministro Joaquim Barbosa, de um lado é a preservação de uma vida em potencial e, de outro, a incolumidade da gestação. Há que se separar a situação em que o feto está em desenvolvimento, das situações em que ele está biologicamente morto e, ainda, da situação em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto.³³⁸

O feto anencéfalo, mesmo estando biologicamente vivo não tem proteção jurídica, e o fato de a própria Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes) no artigo 3º, fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça esse argumento. Por fim:

O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art.124 do Código Penal.³³⁹

Prova disso é que o Código Penal prevê como causa de excludente de ilicitude o aborto humanitário, mesmo quando se trata de um feto sadio, ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada o legislador priorizou estes

³³⁶ STF- HC84025/RJ. Op.cit.

³³⁷ STF- ADPF54/DF. Op. cit.

³³⁸ STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³³⁹ Idem.

e, “até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão”.³⁴⁰ Para além da possibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, o relator da ADPF 54 apontou o caráter não absoluto do direito à vida, pois “inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX”.³⁴¹

Para o Ministro Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, a Constituição não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico, mas protege a vida que já é própria de uma pessoa concreta, dotada de compostura física ou natural. A inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo, e como a Constituição é silente nesse sentido, a questão não é determinar o início da vida, mas em saber que aspectos e momentos dessa vida estão protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Pessoas físicas ou naturais abrangem unicamente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e são contempladas com a personalidade civil disposta no Código Civil Brasileiro, ou seja:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.³⁴²

Assim, está a se falar de gente, brasileiros ou estrangeiros, de um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais, tanto é assim que a própria Constituição utiliza o adjetivo “residente” no país, e não no útero materno e menos ainda em um tubo de ensaio. No mesmo sentido, quando a Constituição fala da “criança”, faz referência ao indivíduo que já conseguiu

³⁴⁰ STF- ADPF54/DF. Op. cit.

³⁴¹ Idem..

³⁴² STF- ADI3510/DF. Op. cit.

ultrapassar a fronteira da vida intra-uterina. Considera-se criança quem ainda não alcançou os doze anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extra-uterina, desconsiderando todo o tempo em que viveu em estado de embrião ou feto.³⁴³

Em um trecho quase poético na ADI 3510, o Ministro Ayres Britto explicitou que as realidades, entretanto, não se confundem, o embrião é embrião, o feto é feto e a pessoa humana é pessoa humana, “cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela”:

Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”.³⁴⁴

A Corte não negou, nesse caso, que a vida humana tem início no instante da fecundação, entretanto, esse início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva de uma pessoa física ou natural, não por uma convicção metafísica, “mas porque é assim que preceitua o ordenamento jurídico brasileiro”. Retomou o pensamento de Ronald Dworkin, que defende que o Direito protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. A proteção vai aumentando a medida que as tais etapas do desenvolvimento vão se adensando cargas de investimento, sejam naturais, dos genitores, familiares ou pessoais, ou seja, a tutela jurídica é proporcional ao tamanho desse investimento. E dessa forma, maior é a carga de frustração com a falência do respectivo processo.³⁴⁵

Os embriões a que se refere a Lei de Biossegurança são aqueles derivados da fertilização ocorrida fora da relação sexual, do lado externo do corpo da mulher, fruto da fertilização humana *in vitro*.³⁴⁶ Há fertilização, mas não há gravidez, trata-se de um embrião, que além de produzido fora da cópula humana, não se faz acompanhar de uma gestação feminina:

Se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano,

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Sobre o tema ver: PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução humana assistida**: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres. Curitiba: Juruá, 2014.

nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.³⁴⁷

O fato de permanecer confinado *in vitro*, torna o embrião insuscetível de progressão reprodutiva. O zigoto produzido, cultivado e armazenado extracorporalmente é uma entidade embrionária que em estado de congelamento, não tem como alcançar a fase de nidação no corpo feminino, mas é um embrião que conserva, durante algum tempo, a possibilidade de se diferenciar em outro tecido que nenhuma célula-tronco adulta parece deter e disso decorre a função instrumental da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica. Assim, o embrião a que se refere a Lei, não é jamais uma vida em potencial, pois, lhe faltam “todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação”, não há cérebro nem concluído, nem em formação e, por consequência, não há sequer potencialidade de pessoa humana. O feto é um organismo, que para continuar vivo, precisa da continuidade da vida da gestante, não é possível, então, fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, com outro que não tem nenhuma chance de chegar a se tornar efetivamente um filho.³⁴⁸

Ayres Britto recorda que a norma penal que criminaliza o aborto faz referência ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar é um organismo pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino e não em um recipiente mecânico de embriões que não precisaram da cópula humana para eclodir. Isso não quer dizer, entretanto, que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gestação humana já esteja pressuposta a existência de pelo menos duas pessoas (mulher grávida e o ser em gestação), se essa fosse a interpretação as duas exceções do inciso I e II do artigo 128 do Código Penal seriam inconstitucionais. O que traduz a vedação ao aborto é o reconhecimento por parte do direito penal que “apesar de nenhuma realidade ou forma vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim se faz portadora de uma dignidade que impõe reconhecer e proteger”, nas condições e limites da legislação ordinária, devido ao mutismo da Constituição

³⁴⁷ STF- ADI3510/DF. Op. cit.

³⁴⁸ Idem.

quanto ao início da vida humana.³⁴⁹

Alguns pontos importantes podem ser destacados sobre o direito à vida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a relação com o aborto. Tal qual leciona Ronald Dworkin, para Supremo, assim como para as Cortes Constitucionais analisadas, o direito à vida recebe graus de proteção diferenciados conforme o estágio que se encontra, prova disso é a diferença entre a pena de homicídio e do aborto. A vida de fato ganha maior proteção do que a vida em potencial.

A essa ideia relaciona-se o argumento de que o embrião é humano, entretanto, não é sujeito de direitos, pois não tem *status* de pessoa humana e, portanto, não é titular de direitos e obrigações. E a inviolabilidade disposta no artigo 5º da Constituição é destinado ao indivíduo já formado e residente no Brasil, e não no útero materno. Por fim, o Supremo afirmou o caráter não absoluto do direito à vida, pois inexistente hierarquia entre direitos.

4.1.2 Saúde

A saúde física e psíquica da mulher foi objeto de debate no *Habeas Corpus* 84.025/RJ e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, nas quais se discutiu a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. O anencéfalo é gravemente deficiente no plano neural, pois, faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais, ou seja, não desfruta de nenhuma função do sistema nervoso central, como a cognição, comunicação e quase todas as funções corpóreas. Só se chega à precisão desse diagnóstico na 12ª semana de gestação, por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-la, tal procedimento é repetido em aproximadamente duas semanas para confirmação.³⁵⁰

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez gera um risco, entretanto, a manutenção do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa, pois nesses casos há aumento da morbidade e dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em severas consequências psicológicas. O trabalho de parto pode ser mais demorado e doloroso, pois a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se encaixar de maneira adequada na pélvis, risco de aumento do

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ STF- ADPF54/DF. Op. cit.

líquido amniótico devido à dificuldade de deglutição do feto em decorrência da anomalia, situação que pode conduzir à hipertensão, trabalho de parto prematuro, hemorragia pós-parto e prolapso de cordão. Existem outros fatores que comprometem a saúde da gestante como a maior incidência de diabetes, hipertensão e gestação prolongada, ou seja, há riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os riscos de uma gestação comum.³⁵¹

Sob o ponto de vista da saúde psíquica, a gravidez de um feto anencéfalo pode conduzir a quadros graves, esse fato é recordado pelo Ministro Marco Aurélio ao transcrever no acórdão da ADPF 54 um trecho do relato de Gabriela de Oliveira Cordeiro, paciente do *habeas corpus* 84.025/RJ:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.³⁵²

Tal relato evidencia que a manutenção compulsória desse tipo de gestação importa em graves danos à saúde psíquica da mulher. Na gestação do feto anencéfalo muitas vezes reinam sentimentos de dor, angústia, desespero e tristeza dada a certeza do óbito.³⁵³

No HC 84.025/RJ o Ministro Joaquim Barbosa apontou que, segundo a

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem.

³⁵³ “Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando”. Idem.

literatura médica o bebê não viverá mais do que alguns dias em decorrência da anencefalia. Sem este órgão vital, que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e emoções, é absolutamente impossível a vida extrauterina independente. Estudos multidisciplinares indicam que a reação dos genitores após o diagnóstico de malformação fetal abrangem sentimentos de culpa, impotência, choque, raiva, tristeza, perda do objeto amado e frustração. Há enorme dificuldade em se enfrentar o diagnóstico de malformação e “é possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito vêm-se diante do dilema moral de interromper uma gestação unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto”.³⁵⁴

Impedida de dar fim a tal sofrimento a mulher pode desenvolver “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”, ou seja:

A ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão.³⁵⁵

Sobre a saúde mental da mulher no HC124306/RJ foi reconhecido que a Constituição protege o direito à integridade psicofísica contra interferências indevidas e lesões aos corpos e mentes. No caso da gestação, em especial a gestação indesejada, a integridade psíquica é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, que exige renúncia, dedicação e comprometimento profundo. O que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição. Gerar um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher, o que, por consequência, conflita com o que dispõe a legislação internacional sobre direitos humanos, que protege o direito dos indivíduos em decidir livremente sobre a reprodução, planejamento familiar e o número e espaçamento dos filhos.³⁵⁶

³⁵⁴ STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³⁵⁵ STF- ADPF54/DF. Op. cit

³⁵⁶ STF- HC 124306/RJ.Op. cit.

4.1.3 Dignidade Humana, Liberdade e Igualdade

No HC 84.025/RJ se afirmou que o ato de interromper a gestação configura o crime de aborto quanto tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo o elemento “morte do feto” indissociável do delito tipificado. O legislador, no campo da exclusão da ilicitude, trouxe duas exceções a regra: quando a vida da mãe estiver em perigo (aborto necessário) e em caso de gestação decorrente de estupro (aborto sentimental). Em ambos os casos a lei exclui apenas a ilicitude da conduta, ou seja, “a lei não determina que nesse ou naquele caso o aborto deva necessariamente ocorrer. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação. E, neste caso, não incrimina a sua conduta”. Nos casos de feto com vida extrauterina inviável, não há possibilidade alguma de sobrevivência fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou da interrupção da gestação o resultado será o mesmo: a morte do feto ou do bebê.³⁵⁷

A gestação nesses casos não poderia ser considerada crime, pois, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, deve prevalecer a dignidade da mulher e o direito à autonomia privada, que significa o poder do sujeito de autoregulamentar os seus próprios interesses, tendo como matriz a concepção do ser humano como um agente moral, dotado de razão e capaz de decidir o que é melhor para si e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas desde que não impliquem em lesão a direitos alheios. A autonomia importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa e não ao Estado ou terceiros o poder de decidir sobre a própria vida.³⁵⁸

Interpretar os casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina como a conduta penal de aborto, é flagrantemente desproporcional à tutela legal da autonomia privada da mulher, ou seja, “dizer-se criminoso a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina está obrigada a manter a gestação”³⁵⁹, tal entendimento não é razoável em comparação com as hipóteses de excludente de ilicitude do aborto, especialmente por se tratar da interrupção da gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina. Não seria

³⁵⁷ STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Idem.

lógico cancelar a liberdade e autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher e vedar o direito à essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntica proteção. O que há é uma “legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou em interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher”.³⁶⁰

Ao longo da ADPF 54 sustentou-se a possibilidade de manutenção da gestação dos fetos anencéfalos diante da possibilidade de doação de seus órgãos. O que não pode ocorrer por duas razões: (1) não se pode obrigar a manutenção de uma gestação tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir a sua dignidade; (2) é inviável o aproveitamento dos órgãos de feto anencéfalo por ser comumente portador de outras anomalias e possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis, de modo que os órgãos deles não podem ser aproveitados em transplantes.³⁶¹

É inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para geração de órgãos e posterior doação. A mulher deve ser tratada como um fim em si mesma e não com um fim utilitarista. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas, não se poderia compelir uma mulher, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Ademais, a doação é um ato voluntário e jamais imposto e o Direito Brasileiro não aceita sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea, atos capazes de salvar inúmeras vidas, e “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”.³⁶² “A solidariedade não pode ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gestação de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja pelo fato de os órgãos dos anencéfalos não serem passíveis de doação”.³⁶³

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ Idem.

³⁶² STF- ADPF54/DF. Op. cit.

³⁶³ “Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade,

Na ADPF 54 o entendimento da Corte foi de que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger e privilegiar apenas o ser da relação, que não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando de outro lado os direitos da mulher e impondo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional e:

Obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (...) a integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”.³⁶⁴

O Supremo, nesse caso, entendeu que cabe à mulher, no exercício do direito à liberdade e privacidade, sem medo de reprimenda, refletir sobre as suas próprias concepções e deliberar pela interrupção ou não da gestação. “Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for”.³⁶⁵ Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo, de modo algum, o que se pretende é assegurar a cada mulher viver suas escolhas e assegurar o direito de autodeterminar-se e agir de acordo com a sua vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Devem ser respeitadas tanto as mulheres que optem por prosseguir com a gravidez, por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir, quanto as que preferem interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.³⁶⁶ A incolumidade física do

incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação. (...) Como bem destacam Telma Birchal e Lincoln Frias, embora: [...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial”. Idem.

³⁶⁴ Idem.

³⁶⁵ Idem.

³⁶⁶ Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele

feto anencéfalo, que se sobreviver será por poucas horas, não pode ser preservada a qualquer custo em detrimento dos direitos da mulher. Ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo, tal direito cederia, em juízo de ponderação em prol de outros direitos como a dignidade humana, autonomia, integridade física, liberdade no campo sexual, entre outros. Por fim, para o Ministro Marco Aurélio, os tempos atuais obrigam a Corte a:

Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.³⁶⁷

No que diz respeito a violação à igualdade de gênero, no HC124306/RJ o Ministro Barroso observou que a histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social, exemplo disso é a visão idealizada e romantizada em torno da experiência da maternidade. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.³⁶⁸ Se o homem esgota a o seu papel reprodutivo com a produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure o seu papel com o óvulo fecundado, pois, este ovócito, é apenas o início da trajetória gestacional que pode culminar com uma vida ou com a morte do produto da reprodução.³⁶⁹

Nesse precedente afirmou-se ainda que a pobreza e a desigualdade social são obstes para o exercício integral dos direitos sexuais e reprodutivos, pois, as políticas públicas de promoção a esses direitos demandam recursos estatais e, não raro, as mulheres pobres não têm acesso a meios alternativos para a sua promoção. A criminalização prejudica de forma desproporcional as mulheres pobres que recorrem a clínicas clandestinas que lhes oferecem elevados riscos de lesões,

nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida'. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade". Continua: "o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável". Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas. Idem.

³⁶⁷ Idem.

³⁶⁸ STF- HC 124306/RJ. Op. cit.

³⁶⁹ STF- ADI3510/DF. Op. cit.

mutações e óbito, pois, não têm acesso a médicos e clínicas particulares e, tampouco, podem recorrer ao sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Para o Ministro, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher, e afeta a quantidade de abortos seguros e o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento, e, portanto, trata-se de uma restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis.³⁷⁰

Na ADPF 54 veio a baila o argumento de uma possível violação dos direitos das pessoas com deficiência. A assertiva de que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos consubstancia aborto eugênico, com sentido negativo em referência a práticas nazistas foi rechaçada, pois sendo o anencéfalo um natimorto, não há vida em potencial e, por esta razão não se pode cogitar aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos, nesse caso, não se cuida de feto com deficiência grave que permite a vida extrauterina, cuida-se de anencefalia, a “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo, a anencefalia não”. O relator afastou a possibilidade de discriminação contra pessoas com deficiência, pois, “não é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”.³⁷¹

Os direitos das mulheres, tal qual nos precedentes das Cortes Constitucionais da América Latina aqui analisados, são utilizados de forma periférica, há outros direitos, como a liberdade, igualdade e autonomia que são mais e melhor explorados, sendo os direitos das mulheres mencionados de forma secundária.

Sobre as possíveis contribuições dos precedentes do Supremo para os casos em tramitação, existe a possibilidade de divergência entre a ADPF 54e a ADI 5581, conhecida como o caso do zika vírus. O argumento de que o aborto para os casos de máformação fetal não constitui aborto eugênico prevaleceu no caso dos anencéfalos, pois para estes não há chance alguma de vida extrauterina. Para os casos de microcefalia, entretanto, a vida extrauterina é plenamente possível, o que pode, em parte, quando do julgamento dessa ADI, possibilitar o argumento de que a autorização para a antecipação do parto de mulheres infectadas pelo zika vírus

³⁷⁰ STF- HC 124306/RJ. Op. cit.

³⁷¹ STF- ADPF54/DF. Op. cit.

violaria os direitos das pessoas com deficiência e, portanto, constituiria aborto eugênico.

A autonomia, liberdade e igualdade estão intimamente ligados aos direitos sexuais e reprodutivos, pois não há pleno exercício da sexualidade e reprodução sem a garantia desses elementos. Da mesma forma, o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos garantem a autonomia, liberdade e igualdade.

4.1.4 Direitos Sexuais e Reprodutivos

No Habeas Corpus 84025/RJ, o relator Ministro Joaquim Barbosa afirmou que os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, e por esta razão, cumpre ao Supremo garantir seu legítimo exercício, nos limites esperados.³⁷²

No HC 124306/RJ os argumentos favoráveis ao direito de a mulher dispor de seu próprio corpo são tratados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Sobre a inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, argumenta que para ser compatível com a Constituição, a criminalização do aborto exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. Ainda que o bem jurídico protegido, qual seja, a vida potencial do feto, seja relevante, “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.”³⁷³

Em consonância com os compromissos internacionais pactuados pelo Brasil, para o Ministro Barroso, o aborto não deve ser promovido como política de saúde reprodutiva ou de contracepção, pois é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Ao se afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento, pelo contrário, o que se pretende é que ele seja

³⁷² STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³⁷³ “Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade”. STF- HC 124306/RJ. Op. cit.

raro e seguro.³⁷⁴ A criminalização do aborto viola diversos direitos da mulher, como o direito à autonomia, que guarda relação com os direitos sexuais e reprodutivos. A autonomia expressa a autodeterminação, o direito de fazer suas escolhas existenciais e tomarem suas próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida e:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?³⁷⁵

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres incluem “o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva”.³⁷⁶ O tratamento conferido pelo Código Penal de 1940 afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada que prejudica sua saúde física e mental e aumenta os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.³⁷⁷

O Ministro reconhece que o direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, tal qual é garantida e exercida pelos homens “ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade”.³⁷⁸

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ “O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório. Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos: “§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o

A parte mais relevante para a proteção dos direitos das mulheres é o marco temporal fixado no HC 124306/RJ, pois, “exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher.”³⁷⁹ Conclui-se, portanto, que é preciso conferir interpretação em conformidade com a constituição ao artigos 124 a 126 do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para excluir do âmbito de incidência a interrupção efetivada no primeiro trimestre de gestação.³⁸⁰

O Ministro Ayres Britto questionou na ADI 3510 se havia base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*? A resposta foi positiva. O Ministro questionou ainda, sendo legítimo o recurso, por parte dos casais, aos processos de reprodução humana assistida, tal legitimidade implicaria em um dever de tentativa de nidação de todos os óvulos, mesmo que sejam cinco, seis, dez, no corpo da mulher? A resposta foi negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não é imposto por nenhuma lei brasileira, seja por ser incompatível com o instituto do planejamento familiar na perspectiva da paternidade e maternidade responsável. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos compatível com as possibilidades econômico-financeiras do casal, bem como sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que dispõe a Constituição Federal no artigo 205, sendo este o modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma procriação responsável.³⁸¹

Não se pode, portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal, compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões, e tal aproveitamento, à revelia do casal seria submeter o gênero feminino a tratamento desumano e degradante, além de extremamente perigoso para a vida da mulher diante de uma compulsiva nidação de um grande número de embriões, tendo a gestante que aceitar uma ninhada de filhos de uma só vez, em outras palavras:

espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”. *Idem*.

³⁷⁹ *Idem*.

³⁸⁰ Diante disso, a Corte não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia.

³⁸¹ STF- ADI3510/DF. *Op. cit.*

Talidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher.”³⁸²

Além da ausência do dever legal de aproveitamento dos embriões está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo afetivo e de proximidade física do zigoto convencional, ou seja, não há para a mulher que teve uma gestação voluntária, a criação de uma atmosfera de expectativas e planos em relação à vida em gestação.³⁸³

4.1.5 Restrições constitucionais ao poder punitivo do Estado

Ao analisar a lei penal verificou-se, na ADPF 54, que o legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização, entretanto, não preocupou-se em conceituá-lo. A expressão “aborto” corresponde a um elemento normativo do tipo que necessita de valoração por parte do intérprete, e o preenchimento desse significado deve ser buscado no campo extra-penal, mais especificamente na biologia, na parte que cuida do processo de formação da vida e de suas causas de interrupção.³⁸⁴

No HC 124306/RJ o Ministro Barroso utilizou o princípio da proporcionalidade que objetiva assegurar a razoabilidade dos atos estatais e divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para o Ministro, é dominante no mundo democrático a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente os direitos fundamentais das mulheres com reflexos na dignidade humana. Ninguém em sã consciência suportará que um aborto é realizado por prazer ou diletantismo e que o Estado não precisa tornar a vida da mulher pior processando-a criminalmente, assim, “a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.”³⁸⁵

Dando conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso só estará

³⁸² Idem.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³⁸⁵ STF- HC 124306/RJ.Op. cit.

justificada se for adequada à tutela do direito à vida do feto, se não houver outro meio que proteja igualmente a sua vida e que seja menos restritivo aos direitos das mulheres e, por fim, se a tipificação se justificar partir da análise dos seus custos e benefícios. Em relação ao subprincípio da adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. O que a criminalização de fato afeta é o número de abortos inseguros e as consequentes complicações de saúde e morte das mulheres que realizam o procedimento, “trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido.”³⁸⁶

Na prática a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto e do ponto de vista penal, constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Do ponto de vista médico, a criminalização tem um efeito perverso sobre as mulheres pobres e privadas de assistência à saúde. Há a reprovação moral do aborto por grupos religiosos que é legítima, pois, todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. “O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro”.³⁸⁷ O papel adequado do Estado não é tomar partido ou impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam escolhas de forma autônoma, “o Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.” Sendo assim, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a sua prática, e, logo é medida de duvidosa adequação para a proteção da vida do feto.³⁸⁸

Em decorrência do subprincípio da necessidade é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Ainda que se pudesse atribuir eficácia ao direito penal como forma de evitar a prática do aborto, deve-se reconhecer que há outros instrumentos eficazes à proteção do feto e, ao mesmo tempo, menos lesivas aos direitos das mulheres, exemplo disso é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial, em regra no primeiro trimestre, desde que cumpridos requisitos procedimentais que permitem à gestante tomar uma

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ “É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe”, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa”. Idem.

decisão refletida.³⁸⁹ O Ministro Barroso apontou a necessidade de políticas públicas voltadas aos direitos reprodutivos e redução da desigualdade econômica e social:

(...) o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual.³⁹⁰

Diante disso, a tutela penal também não se amolda ao subprincípio da necessidade. Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos das mulheres são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. Em resumo, a tese do Ministro Barroso é a de que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres e confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. É possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meio da educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. A medida é desproporcional em sentido estrito, pois, gera custos sociais maiores que os benefícios.³⁹¹

Também se verificou que a criminalização produz um efeito reduzido, se não inexistente, de proteção aos direitos do feto, tendo em vista que a criminalização não reduz o número de abortos. O Ministro reconhece, todavia, que o peso concreto da vida do feto varia de acordo com o seu estágio de desenvolvimento na gestação, o grau de proteção vai ampliando na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade de vida extrauterina. Torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da criminalização do aborto, pois a tipificação penal da interrupção voluntária da gestação viola os direitos fundamentais das mulheres e gera custos

389 “É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica”. Idem.

³⁹⁰ Idem.

³⁹¹ Idem.

sociais muito superiores aos benefícios da criminalização.³⁹²

Para que não se confira uma proteção insuficiente às mulheres ou à vida do nascituro é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da interrupção da gestação que ocorre quando o feto já está mais desenvolvido, não devendo ser criminalizada durante o primeiro trimestre da gestação, pois, durante esse período, o córtex cerebral ainda não foi formado e, em razão disso não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. A ingerência estatal no primeiro trimestre da gestação deve ocorrer apenas para garantir que a mulher tenha condições seguras de realizar a interrupção da gestação, visto que a sua criminalização não consegue tutelar o bem vida pretendido, seja a vida do feto, seja a vida da mulher.³⁹³

Por fim, um dos argumentos suscitados no HC 84.025/RJ é de que o aborto eugênico não se encontra incluído no rol de excludentes de ilicitude do Código Penal e, sendo comportamento atípico e por trata-se justamente de conduta não tipificada, sequer haveria de se cogitar ilícito penal. O Ministro Joaquim Barbosa, entretanto, frisa que há uma razão histórica para o aborto eugênico não ser considerado lícito.

³⁹² Idem.

³⁹³ Em seu voto, a Ministra Rosa Weber, que atualmente é relatora da ADPF 442, reconheceu que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero tutelados. Para a Ministra o Supremo deve enfrentar o debate sobre o aborto por escolha da mulher, pelo menos neste espaço de jurisdição constitucional com base nos princípios constitucionais, devendo o Estado adotar uma postura de neutralidade quanto à ética privada. A Ministra Questiona se é justificável o Estado criminalizar a decisão da mulher por abortamento no primeiro trimestre da gestação? Pode ser negado este direito de escolha da mulher? Existem razões suficientes na ordem constitucional que legitimam esta decisão política majoritária em detrimento de direitos individuais? Quais os princípios constitucionais que estão em colisão? Entende que as questões sobre o aborto são importantes para a formação e consciência da comunidade social, entretanto, são questões que pertencem a esfera da moral privada, pois: “cada pessoa tem sua esfera privada, moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias. Contudo, o espaço da moral privada não pode ser confundido com a esfera da responsabilidade pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos individuais da pessoa. Ao contrário, a responsabilidade pública exige a abdicação de ética privada em detrimento de uma moralidade comum”. Assinala ainda que a decisão do Supremo tribunal Federal, não necessariamente será a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a descriminalização do aborto, mas fomentará o debate com os demais poderes, haja vista que o Legislativo não avançou nesta agenda, o que acaba por bloquear a discussão pública. No caso em questão, tem-se a colisão entre dois direitos fundamentais básicos: o direito à vida do nascituro versus o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização do direito à igualdade de gênero. Além destes, agregam-se outros argumentos jurídicos essenciais, de forma colateral, como a liberdade privada, autonomia e direito ao próprio corpo, direito à saúde da mulher, direitos reprodutivos da mulher, direito à igualdade, dignidade da pessoa humana e privação arbitrária da vida. Sobre o direito à vida pontua que conforme “deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX”. Idem.

Quando da promulgação do Código Penal de 1940 não havia tecnologia médica apta a diagnosticar a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro e a medicina fetal e terapia neonatal só alcançaram a sofisticação hoje conhecida há pouco mais de dez anos, o que explica, portanto, a lacuna do Código Penal.³⁹⁴

4.2 DIREITO COMPARADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No *Habeas Corpus* 84.025/RJ há apenas duas menções a precedentes estrangeiros, ambas realizadas pelo relator do caso Ministro Joaquim Barbosa. O primeiro a ser mencionado foi o caso *Roe vs. Wade*, pelo fato de que o princípio da autonomia e liberdade individual da mulher prevaleceu, o Ministro cita um trecho do voto do juiz Harry Blackmun:

Este direito de privacidade, fundado no conceito de liberdade pessoal da 14ª Emenda ou nas restrições à atuação do Estado, como nós o entendemos, ou nos direitos reservados ao povo, como entendeu a Corte distrital, é amplo o suficiente para incluir a decisão de uma mulher de interromper ou não a gravidez. Os prejuízos que o Estado causa a uma mulher ao recusar-lhe esta escolha é manifesto. Podem envolver danos específicos e diretos, medicalmente diagnosticáveis até mesmo no início da gravidez. Uma maternidade, ou filhos indesejados, podem conduzir uma mulher a uma situação ou a um futuro de misericórdia. Danos psicológicos podem ser iminentes. A educação de uma criança pode afetar a saúde mental e psíquica da mãe. Há, também, para todas as pessoas envolvidas, o problema do stress (distress) associado à criança não desejada, bem como o problema de se criar uma criança em uma família desprovida de meios, tanto no plano psicológico como em qualquer outro plano. (...) Nessas condições, nós julgamos que o direito à vida privada inclui a decisão, mas que esse direito não é ilimitado, devendo ser visto à luz do relevante interesse que o Estado tem em regulamentá-lo.³⁹⁵

O Ministro menciona também, em apenas um único parágrafo, a França, entretanto não deixa claro se está fazendo referência a algum precedente ou legislação específica desse país.³⁹⁶

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, que tratou do uso de células tronco para pesquisa científica, o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou dois precedentes da Corte Constitucional da Espanha, entretanto, não cita diretamente as decisões, mas um comentário à decisão realizado pelo autor José Miguel Ruiz-

³⁹⁴ STF- HC84025/RJ. Op. cit.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ Idem.

Calderón.³⁹⁷ Também há utilização do Direito Comparado no voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirma que as Cortes Constitucionais quando chamadas a decidir sobre determinadas controvérsias “têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático” questões importantes “têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”, exemplo disso é a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Roe vs. Wade* e as decisões *BVerfGE 39, 1, 1975* e *BVerfGE 88, 203, 1993* do Tribunal Constitucional Alemão.³⁹⁸

Houve por parte do Ministro Gilmar Mendes apenas uma rápida menção à decisão da Corte dos Estados Unidos, de outro lado, dedica algumas páginas do seu voto para tratar dos precedentes alemães. Segundo o Ministro, a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã consolidou o entendimento de que o significado objetivo dos direitos fundamentais resulta do dever do Estado de se abster de intervir bem como de protegê-los de agressão de terceiros e cita como embasamento o precedente *BVerfGE, 39, 1*, também conhecido como “Aborto I”.³⁹⁹

Os direitos fundamentais, entretanto, não podem ser considerados apenas como proibição de intervenção, mas também como proibição de proteção insuficiente e com base na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflcht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.⁴⁰⁰

Na jurisprudência do Tribunal Alemão o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente pode ser encontrado na decisão *BVerfGE 88, 203, 1993* (Aborto II) e o Ministro colaciona um trecho do precedente:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar - atendendo à contraposição de bens jurídicos - a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ Idem.

⁴⁰⁰ STF- ADI3510/DF. Op. cit.

determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...) . Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.⁴⁰¹

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 o Ministro Gilmar Mendes dedica o tópico “considerações a respeito do tratamento do aborto no Direito Comparado” para tratar da experiência de Cortes estrangeiras com o tema em questão. Justifica que a análise do Direito Comparado pode servir como suporte eficaz para a apreciação de questões nacionais polêmicas.⁴⁰² Para o Ministro, no caso do aborto de anencéfalos é válido verificar o modo como as demais nações lidam com o tema e, principalmente “valer-se de experiências estrangeiras para atestar o grau de complexidade da matéria” tratada. Diversos países reconhecidamente religiosos como a Itália, México, Portugal e Espanha além de Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Rússia, África do Sul e França já enfrentaram a questão posta em discussão na ADPF 54. “Em quase todos esses países, a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos deu-se há mais de uma década, normalmente em debates relacionados à licitude do aborto, de modo geral”.⁴⁰³

O primeiro caso apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 54, é o caso Italiano, que discutiu o tema em 1975, quando a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 560 do Código Penal que previa a punição do aborto sem ressalvar os casos em que a não realização poderia implicar em risco à saúde da gestante. Em resposta à decisão, em 1978, foi promulgada a Lei 194 que regulamentou as hipóteses legais de aborto que incluía os casos de risco à saúde física ou psíquica da mãe, má formação fetal, gestação decorrente de estupro e comprometimento das condições econômicas, sociais ou familiares da gestante.⁴⁰⁴ Antes da realização do procedimento, entretanto, a legislação prevê o acompanhamento da gestante por autoridades sanitárias e sociais que procurarão

⁴⁰¹ Idem..

⁴⁰² STF- ADPF54/DF. Op. cit.

⁴⁰³ Idem.

⁴⁰⁴ Idem.

indicar alternativas à decisão da mulher. Com exceção dos casos urgentes, a lei determina um intervalo de sete dias entre a data de solicitação do procedimento e a sua realização, de modo que a gestante tenha tempo para refletir sobre a sua decisão.⁴⁰⁵ A Corte Constitucional Italiana ao pronunciar-se sobre a validade dessas inovações, entendeu que compete ao legislador a despenalização de determinadas condutas e, posteriormente:

Em 1997, ao apreciar validade de referendo sobre regulamentação legal de aborto nos primeiros 90 dias de gestação, a Corte entendeu que a revogação de todas as normas que disciplinassem o assunto seria incompatível com o dever de proteção constitucional da vida do nascituro.⁴⁰⁶

O Ministro Marco Aurélio também citou, brevemente, a Corte Constitucional Italiana:

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma.⁴⁰⁷

Na decisão italiana ficou consignado que a lei não pode dar prevalência absoluta aos direitos do nascituro em detrimento dos direitos da mulher e outros direitos. Do mesmo modo, o Ministro Luiz Fux, utiliza a Corte Italiana para reforçar o argumento de que:

na Itália, a Corte Constitucional, por meio da Sentença nº 35, de 10 de fevereiro de 1997, reconheceu que, embora o direito à vida do concepto mereça uma proteção forte, ela deve se dar na medida do possível, cedendo quando presente um risco sério à saúde física ou psíquica da gestante, sendo esse o requisito exigido pelo art. 4º da Legge nº 194, de 22 de maio de 1978, para que seja legítima interrupção voluntária da gravidez.⁴⁰⁸

No acórdão da ADPF 54 também há menção ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual o Ministro Gilmar Mendes Realiza uma análise mais detida. No julgamento conhecido como Aborto I (*Schwangerschaftsabbruch I* - BVerfGE 39,1) verificou-se a constitucionalidade da “solução por prazo” prevista no § 218, a, do Código Penal Alemão, no qual o aborto não seria punível nas 12 primeiras

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Idem.

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ Idem.

semanas de gestação, desde que realizado por um médico e com consentimento da gestante e indicado para evitar perigo à vida ou à saúde da mãe ou em caso de comprometimento fetal insanável. Neste caso, a Corte ressaltou que a proteção à vida prevista na Lei Fundamental não deveria fazer distinção entre o ser humano “pronto” e o nascituro, pois, ainda que a relação feto-gestante seja peculiar, o nascituro é um ser independente, constitucionalmente protegido.⁴⁰⁹

A Alemanha atribui especial relevância ao direito à vida devido à sua conhecida história recente e na decisão Aborto I a Corte indicou que a incorporação expressa do direito à vida na Lei Fundamental é uma reação à eliminação de vidas sem valor, levada a cabo pelo Regime Nacional Socialista, por esta razão o direito à vida na Alemanha é o direito mais fundamental e primordial dos seres humanos e protege também os nascituros e, tal interpretação está de acordo com a história, opinião dominante da sociedade alemã bem como com a cultura jurídica nacional.⁴¹⁰ Gilmar Mendes acrescenta que:

Independentemente dos motivos históricos ou teológicos em razão dos quais o direito à vida é considerado prioritário em uma determinada cultura, é evidente que se trata, sob a perspectiva do estado democrático de direito, de valor essencial a ser preservado pelo Estado. A existência humana é pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades elencados na Constituição. Compete ao ordenamento jurídico estabelecer, dentro dos limites constitucionalmente admitidos, de que forma e em que medida essa proteção estatal será concretizada.⁴¹¹

Na lei de 1972 o legislador alemão abdicou da punibilidade do período inicial da gestação, pois, entendeu que a melhor forma de proteção do feto nas 12 primeiras semanas não seria a punição da gestante, mas sim submetê-la ao aconselhamento médico-social. O mero aconselhamento, entretanto, não pareceu razoável à Corte sob a perspectiva constitucional e fática, pois, não haveria indícios suficientes que mostrassem que o número de abortos poderia diminuir com a referida autorização e, dessa forma, o dispositivo foi considerado nulo. No ano seguinte em resposta à decisão da Corte a legislação foi alterada e passou a criminalizar o aborto apenas com exceção ao risco à vida e à saúde da mulher e

⁴⁰⁹“Para a Corte, em uma tentativa de harmonização entre o direito da vida do embrião e a liberdade da gestante, tem prevalência o direito do nascituro, que deve perdurar durante toda a gravidez, não podendo ser relativizada por um prazo determinado, ou período de carência em que o aborto estaria autorizado”. Idem.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Idem.

também para os casos de patologia fetal.⁴¹²

Com a queda do Muro de Berlim em novembro de 1989 iniciou-se um trabalho de reunificação legislativa entre as duas Alemanhas. Na Alemanha Oriental o aborto era autorizado sem restrições desde 1972, o que demandou uma nova legislação uniformizadora. Em junho de 1992 foi aprovada a nova lei sobre aborto permitindo, novamente, a realização nos três primeiros meses desde que a gestante fosse anteriormente submetida ao serviço de aconselhamento, buscando a prevenção de abortos por meio de mecanismos não repressivos, com a criação de medidas de caráter educativo, benefícios assistenciais e planejamento familiar com a finalidade de evitar as causas materiais que fazem com que as mulheres busquem a interrupção da gestação.⁴¹³

A constitucionalidade desses dispositivos foi submetida à análise do Tribunal Constitucional Alemão em 1993, no julgamento denominado Aborto II (*Schwangerschaftsabbruch II*—BVerfGE 88, 203), no qual, novamente, a Corte especificou que o nascituro já é uma vida individual, “essa vida, em seu processo de desenvolvimento, mais do que evoluir para se converter em um ser humano é um ser humano que se desenvolve”. A legalização do aborto na fase inicial foi considerada inconstitucional, salvo em casos especiais, em que a continuidade da gestação representasse um ônus excessivo para a mulher.⁴¹⁴

Por outro lado, a Corte Alemã confirmou a ideia de que a proteção do feto não precisa ser realizada por meio de intervenções repressivas do Direito Penal, mas pode ser realizada por medidas de caráter assistencial e administrativo.⁴¹⁵ Em 1995

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ “Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo... Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até o fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte estabeleceu o standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções ... O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. Este cenário inclui situações psicológicas especiais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado. ... Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade ... Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado ..., desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto,

uma nova lei foi editada descriminalizando a interrupção da gestação ocorrida nas 12 primeiras semanas e estabeleceu entre outras medidas a obrigatoriedade do serviço de aconselhamento. Tanto o Tribunal Constitucional Alemão quanto a Corte Italiana argumentaram que cabe ao legislador escolher e especificar quais medidas de proteção entende ser mais efetivas e oportunas para garantir a proteção da vida do nascituro, preferencialmente por meio da ideia de que a prevenção deve anteceder a repressão.⁴¹⁶

Em relação à Espanha, também utilizada na ADPF 54, a legislação de 1985 a 2010 estabelecia três casos possíveis para a realização do aborto: em caso de perigo à vida ou saúde física e psíquica da mulher, em caso de estupro e nos casos em que o feto pudesse vir a nascer com graves danos físicos ou psíquicos. Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia recordou que em 1985 o Tribunal Constitucional Espanhol manifestou-se sobre os casos em que seria possível realizar o aborto e reconheceu que, embora a Constituição da Espanha estabeleça que todos têm direito à vida é difícil conceituar o que é vida humana e destaca um trecho da decisão espanhola:

A vida é um conceito indeterminado sobre a qual têm sido dadas respostas plurívocas não somente em razão das distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), senão também em virtude dos diversos critérios mantidos pelos especialistas dentro de cada um dos pontos de vista considerados, e em cuja avaliação e discussão não podemos nem devemos entrar aqui. Todavia, não é possível resolver constitucionalmente o presente recurso sem partir de uma noção de vida que sirva de base para determinar o alcance do mencionado preceito. Do ponto de vista da questão pode-se definir: a) que a vida humana é um processo de desenvolvimento, começando com a gestação, no curso da qual uma realidade biológica vai tomando forma e sentimento para criar uma pessoa humana e que termina com a morte; é um contínuo processo subjetivo através dos efeitos do tempo através de mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital. b) que a gestação gerou um terceiro existencialmente distinto da mãe, ainda que alojado no seio desta. c) que dentro das mudanças qualitativas no desenvolvimento do processo vital e partindo do pressuposto que a vida é uma realidade desde o início da gestação, o nascimento em si mesmo é particularmente relevante, porque significa a passagem para a vida ao abrigo do seio materno para a vida protegida pela sociedade, embora com diferentes especificações e modalidades ao longo do curso vital. E antes do nascimento, tem especial transcendência o momento a partir do qual o nascituro está apto a ter uma vida independente de sua mãe, isto é, quando adquire plena individualidade humana" (trecho do acórdão no sítio do Tribunal Constitucional espanhol: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC5>

como regra geral, é ilegal". Idem.

⁴¹⁶ Idem.

31985en.aspx)⁴¹⁷

Segundo o Ministro Gilmar Mendes em 2010, na Espanha, apesar da forte oposição religiosa, uma reforma legislativa passou a permitir o aborto em determinados prazos:

O legislador estabeleceu as três seguintes fases: a) o aborto é completamente liberado até a 14ª semana de gestação; b) entre a 15ª e a 22ª semana, é permitido para casos de grave risco à vida ou à saúde da gestante, atestado por um médico especialista, ou caso o feto padeça de graves anomalias, atestado por dois médicos especialistas; e, finalmente, c) sem submissão a prazo específico, para casos de má-formação do feto incompatível com a vida, comprovada por um médico especialista, ou se o feto padecer de doença extremamente grave e incurável, desde que tenha sido submetido à apreciação por comitê clínico de três médicos especialistas.⁴¹⁸

A Ministra Cármen Lúcia mencionou brevemente o caso *Engel vs. Vitale* de 1962, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que quando o poder, prestígio e apoio financeiro do governo é colocado atrás de uma crença religiosa particular, a pressão coercitiva indireta sobre as minorias religiosas para se conformar com a religião oficialmente aprovada é clara e a *Establishment Clause* constitui uma expressão dos princípios dos Fundadores da Constituição norte americana de que a religião é pessoal demais, santa demais, sagrada demais para permitir sua "perversão não proferida" por um magistrado civil.⁴¹⁹

Ainda sobre os Estados Unidos, na ADPF 54, Gilmar Mendes cita o famoso caso *Roe vs. Wade* que descriminalizou o aborto nos Estados Unidos. "No contexto histórico daquele país, verificava-se que, desde a segunda metade do século XIX, a maior parte dos estados federados norte-americanos adotava leis que restringiam severamente a possibilidade de se realizar abortos". Em 1965 a Suprema Corte dos Estados Unidos já havia decidido no caso *Griswold vs. Connecticut*, pela inconstitucionalidade de lei estadual que proibia o uso de contraceptivos. E em 1973, com fundamento no direito à privacidade como liberdade individual fundamental, protegida pela Décima Quarta Emenda, a Suprema Corte dos Estados Unidos

⁴¹⁷ Idem.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ "When the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved' religion is plain.... The Establishment Clause thus stands as an expression of principle on the part of the Founders of our Constitution that religion is too personal, too sacred, too holy, to permit its 'unhallowed perversion' by a civil magistrate (fonte: <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar10.html>)". Idem.

declarou inconstitucional qualquer lei que proibisse a livre e voluntária decisão da mulher em interromper a gestação.⁴²⁰ O caso *Roe vs. Wade*, contudo:

Estabeleceu uma gradação em sua aplicação. Assim, a livre e voluntária decisão da mulher e de seu médico pelo aborto era ampla no estágio inicial da gestação (primeiro trimestre), mas progressivamente condicionada nos demais estágios (trimestres), a fim de que os estados pudessem controlar a adequação entre os meios procedimentais de sua realização e os riscos à saúde e à vida da mulher (admitindo-se, excepcionalmente, a possibilidade de proibição, caso a caso, do aborto no último trimestre).⁴²¹

Mesmo com o entendimento fixado no precedente, o tema foi continuamente debatido pela sociedade norte americana, inclusive, por meio de novos casos submetidos à Suprema Corte como o *Planned Parenthood of South eastern Pennsylvania vs. Casey* (1992), *Gonzales vs. Carhart* (2007), que “pouco a pouco, atualizam e contextualizam o entendimento fixado à nova realidade histórica e social” dos Estados Unidos.⁴²² O Ministro finaliza argumentando que:

Ainda que o cerne da questão não tenha sido a possibilidade de se realizar aborto de feto anencéfalo, mas de legalização do aborto em geral, as discussões, críticas e argumentos que emergem desse caso ainda hoje são importantes, em termo comparativos, para uma reflexão ampla sobre os vários pontos de vista que a problemática aqui debatida envolve, sobretudo ao se considerar o contexto histórico e social e as inúmeras mudanças e desenvolvimentos ocorridos entre o momento da edição do Código Penal brasileiro na década de 40 e a realidade contemporânea.⁴²³

O uso do Direito Comparado também foi realizado no *Habeas Corpus* 124.306/RJ. Para o Ministro Roberto Barroso “é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres”. Utiliza o precedente *Aborto II (BverfGE 88, 203, 1993)* do Tribunal Federal Alemão para fundamentar a ideia de que a criminalização não é capaz de evitar a realização de abortos, e argumenta que, tal qual o referido Tribunal, é preciso reconhecer que as chances de o Estado conseguir proteger o nascituro serão maiores se trabalhar junto com a gestante, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa. Uma prática alternativa à criminalização implementada em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto no estágio inicial da

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Idem.

⁴²³ Idem.

gestação desde que cumpram alguns requisitos procedimentais, nos quais a grávida que pretende abortar deve se submeter a consulta de aconselhamento e um período de reflexão prévia de três dias.⁴²⁴ De um modo geral o Ministro Barroso utiliza o Direito Comparado de forma breve, sucinta e sem aplicação de método, pois não justifica a escolha dos precedentes e realiza uma abordagem rasa dos argumentos das decisões. Ao invocar o caso *Roe vs. Wade* limita-se apenas a informar que a Corte dos Estados Unidos declarou que o “interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto”.⁴²⁵

De outro lado, no HC 124306/RJ, a Ministra Rosa Weber é mais detida nas análises dos precedentes estrangeiros e antes de adentrar na discussão argumentativa sobre o aborto entendeu ser 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”.⁴²⁶ Apontou o caso *Roe vs. Wade* como o mais emblemático e conhecido por todos no cenário jurídico internacional. Em uma análise detalhada descreve que por uma maioria de sete votos em desfavor de uma minoria de dois votos a Corte entendeu pela inconstitucionalidade da disposição legal do Estado do Texas que permitia o aborto unicamente para salvar a vida da mãe. Para chegar a esta conclusão a Suprema Corte Americana, liderada pelo magistrado Harry Blackmun “fundamentou-se no direito à privacidade da mulher em decidir pela continuidade ou não da gravidez, tal como reconhecido no caso *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, em detrimento do interesse do Estado na proteção dos direitos constitucionais do feto como pessoa”.⁴²⁷

Em *Roe vs. Wade* a questão central foi a ponderação entre o direito à privacidade da mulher (que engloba o direito de interromper a gestação), contra o direito à vida do feto e a preocupação do Estado com a vida da mãe, e oportunamente a Ministra colaciona o trecho da decisão no qual é realizado a ponderação entre direitos.⁴²⁸ A Suprema Corte Americana, para a Ministra Rosa

⁴²⁴ STF- HC 124306/RJ. Op. cit.

⁴²⁵ Idem.

⁴²⁶ Idem.

⁴²⁷ Idem.

⁴²⁸ “The Court then outlined the various interests arising out of the abortion decision. The pregnant woman’s interest was said to stem from her right to personal privacy. Encompassed within this concept of privacy are the fundamental rights to marry, procreate, raise children and use

Weber, além de declarar a inconstitucionalidade do texto legal, estabeleceu critérios para a disciplina legislativa do aborto pelos estados:

No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre escolha da mulher; no segundo trimestre o aborto seria permitido, todavia, o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito, como forma de proteger a saúde da mulher gestante; no terceiro e último trimestre da gestação, o aborto seria proibido, porque neste período o feto já tem viabilidade de vida extrauterina, daí os Estados poderiam ter o interesse na tutela da vida do nascituro, salvo na situação de intervenção para preservação da saúde da mulher.⁴²⁹

A justificativa que fundamentou a inconstitucionalidade ocorreu com base na proteção do princípio da privacidade e da interpretação conferida à Décima Quarta Emenda, “não havendo uma apreciação expressa do problema a partir dos direitos reprodutivos da mulher e sua autonomia de decisão”, o argumento jurídico da decisão talvez se justifique pelo contexto social, histórico e jurídico da época. Para a Suprema Corte Norte Americana “o interesse do Estado em proteger os direitos do nascituro apenas se projeta na hipótese de viabilidade de vida extrauterina deste, o que ocorreria a partir do terceiro trimestre da gestação”.⁴³⁰

Rosa Weber também aponta para o fato de que a Suprema Corte revisitou o tema e evoluiu a sua jurisprudência. Em 1992 discutiu-se a “questão da fronteira da viabilidade do feto, que pode ocorrer antes do período de 28 semanas, ou seja, do sétimo mês da gestação, tal como decidido no caso *Planned Parenthood of Southern Pa. v. Casey*”. Em 2016 no caso *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* a Suprema Corte reafirmou o direito da mulher ao aborto legal e seguro no primeiro trimestre da gestação, com a declaração de inconstitucionalidade da legislação texana que previa regulações sanitárias burocráticas:

O raciocínio decisório da opinião majoritária fundamentou-se no argumento de que a existência de ônus indevido sobre o direito reprodutivo da mulher de escolha e, conseqüentemente, uma disposição legislativa que tenha por

contraceptives. Contrary to the district court's focus on the ninth amendment, the Court expressed its belief that this right of privacy is "founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state actions ... [and is] broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy." 12 In an apparent attempt to provide some boundaries to this right of personal liberty, the Court specified: ... it is not dear to us that the claim asserted by some aniki that one has an unlimited right to do with one's body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court's decisions. As a consequence, the right had to be qualified and considered against the other interests involved. Because this right of privacy which includes the decision to abort a pregnancy is fundamental, the Court held that only a compelling state interest and a narrowly drawn statute would justify its regulation." Idem.

⁴²⁹ Idem

⁴³⁰ Idem

efeito impor obstáculos substanciais no caminho deste direito, sem o oferecimento de benefícios médicos suficientes que os justifiquem, é inconstitucional.⁴³¹

A Ministra utiliza unicamente o caso norte-americano, entretanto, diferentemente do Ministro Barroso, analisa a *ratio decidendi* da decisão invocada e não apresenta apenas ideias esparsas sobre o resultado do caso.

Ainda no HC 124.305/RJ foi mencionada a Corte Suprema de Justiça do Canadá, em 1988, declarou a inconstitucionalidade do artigo do Código Penal que criminalizava o aborto com base no fundamento da violação à proporcionalidade. O precedente foi invocado pelo Ministro Barroso e para ele, “de acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um standard capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher”.⁴³² E finaliza argumentando que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido criminaliza a interrupção da gestação em estágio inicial, pois, durante o primeiro trimestre da gestação o córtex cerebral ainda não foi formado e não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália autorizam a interrupção da gestação em estágio inicial.⁴³³ De outro lado, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos da mulher e nem à vida do nascituro é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da interrupção da gestação quando o feto já estiver mais desenvolvido, como e o caso da Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México.⁴³⁴

A partir da análise do uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal sobre o aborto elaborou-se as tabelas abaixo, que objetivam ilustrar quantitativamente o uso do Direito Comparado pelo Supremo.

⁴³¹ Idem

⁴³² Idem

⁴³³ Idem

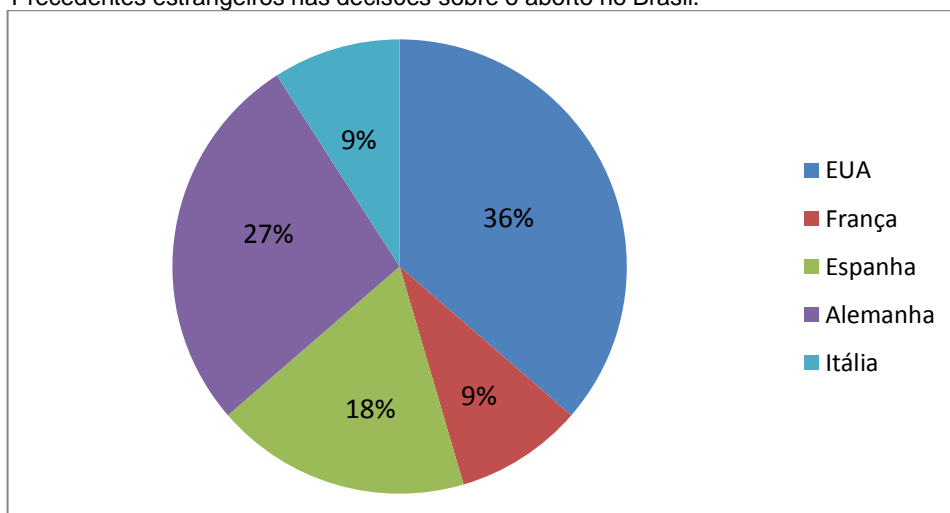
⁴³⁴ Idem

Tabela 9 - Uso de Cortes Estrangeiras pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

MINISTROS	CORTES	CASO
Cármem Lúcia	Estados Unidos Espanha	ADPF 54
Gilmar Mendes	Estados Unidos Alemanha Itália Espanha	ADI 3510 ADPF 54
Joaquim Barbosa	Estados Unidos França	HC 84.025
Luiz Fux	Itália	ADPF 54
Luiz Roberto Barroso	Alemanha Canadá	HC 124.306
Marco Aurélio Mello	Itália	ADPF 54
Ricardo Lewandowski	Espanha	ADI 3510
Rosa Weber	Estados Unidos	HC 124.306

O Ministro que mais utilizou o Direito Comparado foi Gilmar Mendes, que em dois julgamentos utilizou quatro cortes diferentes. Na sequência, a Ministra Cármem Lúcia seguida por Joaquim Barbosa e Roberto Barroso, que citaram em um único caso duas Cortes distintas. Entretanto, os Ministros que fizeram um estudo mais aprofundado e melhor utilização dos precedentes invocados foram Rosa Weber e Gilmar Mendes.

Tabela 10 - Precedentes estrangeiros nas decisões sobre o aborto no Brasil.



Sobre os países utilizados na invocação de precedentes a tabela acima

demonstra que a Corte mais utilizada em matéria de aborto foi a Corte dos Estados Unidos, mais especificamente o caso *Roe vs. Wade*, seguido do Tribunal Constitucional Alemão. Há aqui duas questões, a pertinência temática e a afinidade dos ministros ao invocar determinado precedente. No caso da pertinência temática, parece coerente que haja massiva utilização do caso norte-americano, tendo em vista ser esse o caso mais famoso e paradigmático no que diz respeito ao aborto. Sobre a afinidade dos magistrados com determinada Corte, parece demasiado subjetivo, no fim das contas, a escolha de determinado país, exemplo disso é o Ministro Gilmar Mendes que em mais de uma oportunidade utilizou o Tribunal Constitucional Alemão em seus votos, e isso ocorre, muito provavelmente pelo fato de que parte de sua formação jurídica foi realizada na Universidade de Münster, na Alemanha. A facilidade com o idioma também é algo que deve ser levado em consideração, o inglês, sem dúvida é uma das línguas mais instrumentais e de fácil acesso, no caso do Ministro Gilmar Mendes, além do inglês, há afinidade com o idioma alemão. O mesmo ocorre com o Ministro Joaquim Barbosa que é mestre e doutor pela Universidade de Paris-II, o que justificaria menção, ainda que breve, da França no *Habeas Corpus* 84.025/RJ. A terceira Corte mais utilizada foi a Corte Constitucional da Espanha, o que demonstra mais uma vez, que a facilidade com determinado idioma também é privilegiada na escolha dos precedentes a serem utilizados.

A experiência e interpretação de outras Cortes pode ajudar o Supremo Tribunal Federal a encontrar fundamento para as próprias decisões, especialmente para os casos que envolvem direitos fundamentais. O próximo tópico trata das novas ações que tramitam no Supremo e tem como núcleo a defesa dos direitos fundamentais das mulheres.

4.3 NOVAS AÇÕES NA SUPREMA CORTE

Com a intensa judicialização das relações políticas e sociais, tem-se também as estratégias dos grupos aliados dos processos políticos para o encaminhamento de demandas aos tribunais com o objetivo de obter tutela de direitos pela via judicial. Ao Supremo Tribunal Federal chegaram processos apontados como exemplos do uso dos tribunais como “canais” para a pauta dos direitos reprodutivos.⁴³⁵

⁴³⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago. “Meu corpo, minhas regras”: a judicialização dos direitos

Dentre os processos, tem-se a discussão da antecipação terapêutica do parto para a gestação de fetos anencéfalos, já sanada na ADPF 54. Na ADI 5581 discute-se a possibilidade de interrupção voluntária da gestação para gestantes infectadas pelo zika vírus. Mais recentemente chegou ao STF a discussão sobre o dispositivo da Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/1996) que dentre os requisitos para a realização da esterilização voluntária, insere o consentimento do cônjuge, na vigência da sociedade conjugal, além de idade superior a vinte e cinco anos ou existência de dois filhos vivos.⁴³⁶ Em 2017 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a ADPF 442 na qual se discute se os dispositivos do Código Penal concernentes ao aborto foram ou não recepcionados pela Constituição.

Essas novas ações buscam proteger e garantir os direitos fundamentais das mulheres, utilizando como argumento tanto o direito comparado quanto a própria

reprodutivos da mulher no Supremo Tribunal Federal à luz da *legal mobilization*. In: SILVA, Chistine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018.p. 254. Um caso recente que teve um feliz desfecho foi o Recurso Extraordinário 1.058.333 de relatoria do Ministro Luiz Fux que tratou da possibilidade de remarcar o teste de aptidão física da candidata gestante em concurso público, ainda que sem previsão editalícia. O recurso foi manejado contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que assentou que não autorizou que o exame físico fosse remarcado. Em juízo de retratação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a decisão proferida, pois, entendeu que estava em consonância com o princípio da isonomia. “A questão constitucional trazida à apreciação desta Suprema Corte se cinge à possibilidade de remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente de haver previsão expressa nesse sentido no edital de concurso público”. No caso, a candidata não compareceu ao exame físico, que é uma das etapas do certame para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, em razão de estar grávida de vinte e quatro semanas. A especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher, a impossibilidade de remarcação do teste pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à sua saúde e a do nascituro, deve-se avaliar se há comprometimento do princípio da isonomia e de outros valores constitucionais. Ademais, o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, e o acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição de gestante possa representar para a genitora, permitindo que a mulher persiga os seus projetos de vida e suas ambições, é necessário, portanto, igualar as circunstâncias originais tanto quanto possível. Além da igualdade material está em jogo a dignidade humana da mulher, sobretudo na vertente as autonomia privada, bem como o postulado constitucional da proteção à maternidade e o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva. A possibilidade de remarcação repercute no direito à saúde, pois, não é proporcional ou razoável exigir que a candidata colocasse a vida intrauterina em risco, mediante a prática de exercícios físicos incompatíveis com a fase gestacional. Em outubro de 2017, o relator manifestou-se pela repercussão geral da questão constitucional suscitada. In: STF- RE1058333/PR - Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20 ago. 2018. Em novembro de 2018 “o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão no edital”. “Foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral: É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”. In: STF. STF reconhece direito de candidata gestante à remarcação de teste de aptidão física. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal>> Acesso em: 15 dez. 2018.

⁴³⁶ Idem.

construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, por meio do romance em cadeia.

4.3.1 Zika Vírus

Em fevereiro de 2015, sete meses após a Copa do Mundo FIFA, a Secretaria de vigilância em Saúde do Ministério da Saúde do Brasil passou a monitorar o registro de Síndrome Exantemática Indeterminada nos estados da região Nordeste; entre os diversos arbovírus investigados estava o zika vírus (ZIKAV).⁴³⁷ A microcefalia causada pelo zika vírus tornou-se centro das atenções no ano de 2015 em decorrência da condição de saúde que afetava constantemente os recém-nascidos de mulheres grávidas doentes e, aparentemente, o responsável era o ZIKAV, um arbovírus quase desconhecido no Brasil até recentemente.⁴³⁸

Paralelamente as descobertas científicas sobre o aumento das desordens neurológicas e malformações fetais decorrentes do vírus Zika, iniciou em 2016 um litígio judicial para a garantia dos direitos das mulheres afetadas pela epidemia. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 que tramita no Supremo Tribunal Federal, foi proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) em 24 de agosto de 2016 e é de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. A referida ADI está cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), na qual se discute a omissão do Estado brasileiro em dispor sobre a possibilidade de interrupção da gestação por parte das mulheres afetadas pela epidemia do Zika vírus, e pede-se interpretação conforme a Constituição dos artigos 24, 124, 126 e

⁴³⁷ BRASIL. Boletim Epidemiológico volume 46 nº 26-2015. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>> Acesso em: 6 fev. 2018. “Há hipóteses fortes e concorrentes sobre as origens da chegada do vírus zika ao Brasil: ora o Campeonato Mundial de Va’a, canoagem polinésia (entre 12 e 17 de agosto de 2014, no Rio de Janeiro), ora a Copa do Mundo FIFA (entre 12 de junho e 14 de julho de 2014, em 12 estados no país). Para a tristeza dos campeonatos esportivos, há ainda uma terceira hipótese, pouco conhecida até o momento, de que o vírus teria chegado com a Copa das Confederações Fifa (entre 15 e 30 de junho de 2013), um ano antes da notificação oficial da circulação do zika no Brasil. (...) Para testar qual dos eventos seria o marco de origem da chegada do Zika, pesquisadores sequenciaram o DNA do vírus que circula no Brasil. Não era o mesmo da linhagem africana, conhecida em Uganda desde 1947, mas o da família asiática. Desconhecendo quem foi o paciente zero – ou seja, a primeira pessoa adoecida a trazer o vírus para o Brasil-, mas identificando o tipo do vírus, os cientistas preferem pensar que, ou na Copa das Confederações de Futebol, ou no Campeonato de Canoagem, teria ocorrido a entrada do zika, pois nos dois eventos passaram por aqui atletas oriundos da Polinésia Francesa”. In: DINIZ, Debora. **Zika: do sertão nordestino à ameaça global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p.33-34.

⁴³⁸ TOMAZONI, Larissa Ribeiro; DOTTA, Alexandre Godoy. **Vulnerabilidades sociais causadas pela epidemia zika vírus de 2015 no Brasil: saúde da mulher, racismo ambiental e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581**. Disponível em: <<https://www.ssrn.com>> Acesso em: 07 dez. 2018.

128, do Código Penal, ou seja, de legislação pré-constitucional, sendo estes pleitos típicos de ADPF.⁴³⁹ A omissão do Estado é configurada quando se adotam políticas públicas insuficientes para a garantia dos direitos das mulheres, o que constitui uma modalidade comportamento inconstitucional.⁴⁴⁰

No tópico sobre a omissão na garantia de acesso a métodos contraceptivos e repelente contra o mosquito vetor, o argumento é de que o Estado brasileiro foi omissor ao não conceber e executar políticas públicas focadas no planejamento

⁴³⁹ A Arguição de Descumprimento busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Na ADI nº 5581, os atos atacados que interessam para os fins desta pesquisa são: Os atos do Poder Público atacados são: 02.1. omissão na garantia de acesso à informação sobre o estado atual do conhecimento médico sobre a epidemia do vírus zika, incertezas e riscos de infecção, bem como formas de prevenção; 02.2. omissão na garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração, tais como o DIU-LNG, e ao repelente do mosquito vetor; 02.4. omissão sobre a possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectada pelo vírus zika. 03. Essas omissões encontram-se consubstanciadas nas políticas públicas absolutamente insatisfatórias para enfrentar a epidemia do vírus zika nas Instruções, nas Portarias, nas Normas Técnicas e nos Protocolos do Governo Federal, assim como na inexistência de recursos financeiros alocados para concretização das medidas necessárias para enfrentar os efeitos nocivos da citada epidemia. Conforme descrito acima, os principais documentos são: a) Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central (SNC); b) Protocolo para Implantação de Unidades Sentinela para Zika Vírus, c) Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia, d) e as Diretrizes para Estimulação Precoce - Crianças de zero a 3 anos com Atraso no Desenvolvimento Neuropsicomotor Decorrente de Microcefalia, e) Portaria MS nº. 3, de 11/01/2016, f) a Instrução Operacional Conjunta MS-MDS nº. 1, expedida em 25/02/2016, g) a Portaria Interministerial nº. 405, de 15/03/2016 e h) Instrução Operacional Conjunta MS-MDS nº. 2, de 31/03/2016. 05. Primeiramente, salienta-se não existir outro meio eficaz para sanar as lesões arguidas de forma concentrada. Nos quatro pedidos desta ADPF, não se procura a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de atos normativos posteriores à Constituição de 1988 (ADI e ADC) ou a omissão de ato legislativo (ADO). Em três pedidos atacam-se políticas públicas insuficientes pautadas em atos normativos secundários e pede-se interpretação conforme a Constituição dos artigos 24, 124, 126 e 128, do Código Penal, ou seja, de legislação pré-constitucional. STF. ADI 5581/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 1 fev. 2018. STF. ADI 5581/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 1 fev. 2018.

⁴⁴⁰ “A ação aponta que houve violação aos seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e às integridades física e psicológica (art. 5º, caput, CR), direito à informação (art. 5º, XIV, da CR), proteção à infância e à maternidade (art. 6º, da CR), direito à saúde e da prevenção de doenças (arts. 6º, 196 e 198, II, da CR), direito à seguridade social (art. 203, da CR), direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva (art. 226, §7º, da CR) e direito à proteção dos deficientes (art. 227, caput, §1º, II, da CR). (...) Assim dispõe a jurisprudência do STF: “Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operante e exequíveis, abstendo-se, em consequência, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Dese non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”. Idem.

familiar e saúde reprodutiva das mulheres em risco de infecção pelo Zika vírus, com a distribuição de métodos contraceptivos e acesso à repelentes contra o mosquito *Aedes aegypti*. O direito ao planejamento familiar, que encontra fundamento no artigo 226, §7º da Constituição, pressupõe o acesso à esses métodos, e no caso da epidemia, “é fundamental uma política pública de acesso a meios contraceptivos extensiva, a qual foque em especial nas mulheres em idade reprodutiva e na população em maior vulnerabilidade, com ampla distribuição dos meios contraceptivos”.⁴⁴¹ No Plano Nacional de Enfrentamento à Microcefalia o uso de repelentes é frequentemente citado como estratégia de prevenção, porém não ocorreu a distribuição gratuita do produto. “Em tempos de crise de saúde pública provocada pelo vírus, o repelente é requisito básico de uma gestação saudável, e, portanto, deve ser entendido como parte dos “métodos de concepção” que, segundo o art. 9º da Lei Federal nº. 9.263/1996, compõem o direito ao planejamento familiar”.⁴⁴²

Em relação a omissão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas públicas do Estado brasileiro para a mulher grávida infectada pelo Zika a ANADEP requer que os dispositivos do Código Penal pertinentes ao tema sejam interpretados conforme a Constituição de 1988. O parecer do *Global Health Justice Partnership* (GHJP), da Universidade de Yale, ressalta a omissão do Brasil em implementar políticas públicas voltadas à saúde reprodutiva:

Assim como a epidemia de HIV/AIDS, combater efetivamente o Zika exigirá que o governo brasileiro trabalhe dentro de um contexto cultural e social diverso para avaliar as necessidades das populações vulneráveis e expandir a disponibilidade dos recursos de saúde a essas populações. O Protocolo [de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia] reconhece adequadamente a importância do uso de contraceptivos, assim como o papel do homem na gravidez. Contudo, ele não reflete uma compreensão do contexto social adequada para fazer face à epidemia de Zika de uma maneira que ofereça suporte ao compromisso do Brasil com as metas de saúde pública e direitos humanos. Especificamente, o Protocolo ignora as realidades complexas associadas às decisões reprodutivas da mulher. Ele não explica os desafios práticos que muitos indivíduos, principalmente mulheres pobres, enfrentam ao obter e usar métodos contraceptivos, nem faz qualquer menção ao aborto, disponível legalmente ou não. Para melhorar a saúde pública e os direitos humanos, o protocolo deve estar enraizado nas experiências de vida da mulher em vez de somente em soluções teóricas. Além do mais, a exclusão de opções abrangentes de saúde reprodutiva pelo Protocolo demonstra a negligência do governo brasileiro com suas obrigações internacionais de proteger a

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² Idem.

saúde da mulher.⁴⁴³

No contexto das mulheres grávidas contaminadas pelo Zika, a possibilidade de interrupção lícita da gravidez conta com respaldo na jurisprudência do STF.⁴⁴⁴ No caso da epidemia, “a gravidez foi transformada em uma espera desamparada para as mulheres, semelhante a um permanente estado de maus-tratos”:

A filósofa e pesquisadora sobre deficiência Dra. Eva Kittay assim descreve, em parecer, os profundos dilemas e angústias que vivem as mulheres infectadas pelo vírus zika durante a gravidez: Embora todas as crianças demandem responsabilidades, o cuidado de crianças com deficiência impõe responsabilidades adicionais. Essas responsabilidades nem sempre são indesejáveis, mas têm um impacto significativo sobre a mãe e a família. Já mencionei o compromisso eterno de cuidar, os elevados custos médicos impostos por algumas deficiências quando há complicações de saúde e o fato de que o cuidado extra, ao mesmo tempo, exige que a renda da mulher, que é geralmente a cuidadora da criança, seja sacrificada. As mulheres são, na maioria das vezes, quem assume o trabalho adicional e arca com os custos.⁴⁴⁵

Nos debates sobre a interrupção da gestação pode haver colisão entre princípios constitucionais, entretanto, a vida não é um direito absoluto e inexistente hierarquia entre o direito à vida e os demais direitos. No caso das mulheres grávidas infectadas, há o seu direito à vida digna, o qual pressupõe o direito de decidir continuar ou não com uma gravidez que lhe causa intenso sofrimento.⁴⁴⁶ “São nove

⁴⁴³ Idem.

⁴⁴⁴ A síndrome congênita do vírus zika, em algumas gestações, causa a inviabilidade do prosseguimento da gravidez devido à morte do embrião ou do feto. Nessas situações, a possibilidade de interrupção da gravidez amolda-se perfeitamente ao precedente firmado na ADPF nº. 54, *verbis*: “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.” (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013). Idem.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Inexistente hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos’, conforme amplamente demonstrado pelo Exmo. Min. Marco Aurélio, na ADPF nº. 54, *verbis*: [...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto... (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013).” “Ainda, está em jogo a saúde mental da mulher grávida. Nesse sentido, é o voto do Exmo. Ministro Marco Aurélio, manifestando-se pela descriminalização da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos: além de reconhecerem-se como direitos

meses de desamparo e, se o futuro filho nascer com desordens neurológicas provocadas pela síndrome congênita do Zika, tem início um longo percurso de necessidades singulares de saúde e acessibilidade que não são garantidas como direitos”. O argumento da ANADEP é que “a situação de mulher grávida com diagnóstico de infecção por vírus enquadra-se no art. 128, I, do Código Penal, como estado de necessidade específico, ou no arts. 23, I, e 24 do mesmo Código, como estado de necessidade justificante geral”.⁴⁴⁷

No caso específico da epidemia do vírus Zika, marcada por incertezas, angústia e sofrimento psicológico para as mulheres afetadas, é razoável considerar que a epidemia provoca um estado de necessidade à mulher grávida infectada, tornando a interrupção da gravidez um direito da mulher para proteção da sua saúde mental.⁴⁴⁸

Para a ANADEP, deve-se aplicar assim de forma analógica o art. 128, I, do Código Penal, e ainda que não se entenda pela analogia com o referido artigo, “é forçoso concluir que a interrupção da gestação de mulher infectada pelo vírus Zika é acolhida pelo estado de necessidade genérico (CP, art. 24), configurando-se em causa de exclusão da ilicitude da conduta (CP, art. 23, I)”. E ainda, “a interrupção da gravidez deve ser autorizada quando o Poder Público falhou em evitar o sofrimento da mulher, por não erradicar o mosquito vetor, por não informar, por não promover medidas preventivas adequadas no contexto da epidemia e, ainda, quando não se

humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.(...) Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoexterminio”. (...) 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. (...)Idem.

⁴⁴⁷ Idem.

⁴⁴⁸“Também a Dra. IlanaLöwy destaca, em seu parecer, que o reconhecimento do direito à interrupção da gestação em função do sofrimento psíquico vivido por mulheres grávidas é um aprendizado da história da medicina em outros países: Médicos brasileiros não têm resposta para os medos das mulheres e preveem um aumento constante nas anomalias congênitas causadas pelo zika. Quando perguntados sobre a possibilidade de mulheres serem autorizadas a abortar em caso de anomalia cerebral no feto, os especialistas brasileiros respondem habitualmente que “o aborto é um crime”. Em outro tempo e lugar, médicos que atuaram em países que criminalizam o aborto tiveram uma atitude diferente em relação ao sofrimento das mulheres. Há um consenso generalizado, explicou em 1959 o obstetra britânico BevisBrock, do Hospital St. Bartholomew, em Londres, de que “quando uma mulher grávida, tendo tido rubéola, está ciente dos riscos e preparada para enfrentá-los, então ninguém tentará convencê-la a aceitar a interrupção. Mas se ela se sente incapaz de enfrentar a terrível ansiedade de uma gravidez ofuscada pelo medo de ter uma criança cega ou surda, então deve haver fortes convicções de recusar esse pedido”. É ainda preciso que existam fortes convicções — ou uma ausência de compaixão pelo sofrimento de uma mulher grávida.” Idem.

compromete com a garantia de direitos da mulher e de seus futuros filhos”.⁴⁴⁹ Dessa forma:

A interpretação conforme a Constituição é medida hábil à garantia de tais preceitos fundamentais, a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus Zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou; b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus Zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de Zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez.⁴⁵⁰

Levando em consideração a angústia mental sobre questões reprodutivas, acrescido dos deveres éticos de minimizar danos e permitir que as decisões sejam realizadas com base nas crenças e na concreta realidade de cada mulher, a capacidade de escolher deve incluir um amplo conjunto de opções, que inclui tanto a contracepção quanto a interrupção da gestação.⁴⁵¹ A ação requer, “por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus Zika, até o julgamento definitivo”.⁴⁵²

4.3.2 Planejamento Familiar

Está em tramitação no Supremo Tribunal Federal duas Ação Direta de Inconstitucionalidade contra os dispositivos da Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/1996). A Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido liminar 5097 foi ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) e questiona a constitucionalidade do artigo 10, §5º da Lei 9263/1996 que trata da obrigatoriedade de autorização expressa de ambos os cônjuges para a realização de esterilização voluntária.

A argumentação da exordial alega que “a exigência de consentimento expresso do cônjuge, na vigência da sociedade conjugal, para a realização da

⁴⁴⁹ Idem.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ DINIZ, Debora. **Zika...**, p.33-34.

⁴⁵² STF. ADI 5581/DF. Op. cit.

esterilização voluntária, contraria o direito à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo à autonomia privada e à dignidade humana”, e o dispositivo questionado constitui um “ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada”.⁴⁵³

O relator, Ministro Celso de Mello negou o pedido liminar em fevereiro de 2015, pois, não verificou o *periculum in mora*, argumentando que a regra inscrita na Lei 9.263/1996 está em vigor desde 12 de janeiro de 1996, ou seja, o preceito normativo impugnado ingressou em nosso ordenamento há mais de 19 anos, assim, o tardio ajuizamento da ação inviabiliza o pedido liminar.⁴⁵⁴

A Procuradoria Geral da República opinou pela ilegitimidade ativa da ANADEP, pois, as entidades de classe de abrangência nacional submetem-se ao requisito da pertinência temática, devendo guardar relação com os interesses próprios da classe representada, e ainda que seja um tema de relevância social não se relacionaria aos interesses típicos, prerrogativas e direitos dos defensores públicos.⁴⁵⁵ Já no mérito a Procuradoria Geral da República entendeu pela inconstitucionalidade da norma, pois, a autorização do cônjuge coloca a mulher em situação de restrição extrema. Trata-se de grave violação sociojurídica, psicológica e anacronismo jurídico, tais requisitos, impõe reprodução não planejada aos casais e, não cabe ao Estado tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes. “Após a negativa da liminar, a ação está conclusa para o relator desde então, sem previsão de inclusão na pauta”.⁴⁵⁶

Em 2018, no dia internacional da mulher, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a ADI 5911 cujo objeto é mais amplo, pugna pela “inconstitucionalidade parcial com redução de texto da exigência de idade superior a 25 anos ou existência de dois filhos vivos para a realização de esterilização cirúrgica e a inconstitucionalidade total da exigência de autorização do cônjuge para o procedimento”.⁴⁵⁷

⁴⁵³ LIMA, Flávia Danielle Santiago. Op. cit, p. 271.

⁴⁵⁴ “Interessante ressaltar, mais uma vez, que a lei impugnada foi promulgada apenas em 19 de agosto de 1997, após a derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional”. Ibidem, p. 271-272.

⁴⁵⁵ “Todavia, a alegação de ilegitimidade ativa da ANADEP aponta, de acordo com a jurisprudência do STF, para a impossibilidade de êxito da demanda, uma vez que o denominado requisito da pertinência temática constitui-se num relevante instrumento de autocontenção e “filtro de acesso” decorrente da afirmação da jurisprudência restritiva pelo Tribunal”. Ibidem, p. 272.

⁴⁵⁶ Idem.

⁴⁵⁷ É impugnado o artigo 10, I, §5º da Lei 9263/1996 e “foram exploradas, também, comparações com outros sistemas jurídicos que não estabelecem estes requisitos (Argentina, Chile, Uruguai, Portugal)”.

A ação ajuizada pelo partido levou em consideração o tramite da ADI 5097, o que permitiu a reformulação da estratégia processual e dos argumentos expendidos. Houve reformulação sobre o pedido liminar “no trecho em que a parte autora justifica o perigo da demora, independentemente do período de vigência da Lei”, pois, os efeitos nefastos são renovados cotidianamente.⁴⁵⁸

A restrição imposta pela legislação atinge, principalmente, os grupos mais vulnerabilizados, e a “manutenção da norma intensifica os problemas estruturais de ordem social dele advindos, como o abandono e a marginalização de crianças e agravamento da pobreza, o que de modo algum pode se manter de forma indeterminada”. A argumentação da inicial também conjuga à “fundamentação constitucional a necessidade de coerência do ordenamento jurídico aos dados que demonstram os impactos socioeconômicos gerados pelos obstáculos previstos” na legislação para as mulheres pobres que lidam com maior desequilíbrio de gênero.⁴⁵⁹

A tentativa de sensibilização quanto às consequências dos obstáculos normativos também se ampara em dados científicos:

Pesquisa realizada em seis capitais brasileiras (Palmas, Recife, Cuiabá, Belo Horizonte, São Paulo e Curitiba), que acompanhou homens e mulheres que buscavam a esterilização cirúrgica junto ao SUS, e verificou que após um período de cerca de 6 meses, apenas 25,8% das mulheres e 31% dos homens que demandaram a cirurgia haviam obtido sucesso. O partido destaca ainda o fato de que 8% das mulheres engravidaram durante o período de espera pela esterilização.⁴⁶⁰

A exigência de consentimento do cônjuge contraria diversos postulados constitucionais e a norma impugnada, apenas viabiliza a liberdade reprodutiva, mediante anuência conjugal, o que é um limite irrazoável ao direito individual estabelecido pelo Estado.⁴⁶¹ Para o Partido Socialista Brasileiro “a manutenção da norma impugnada gera diariamente danos à saúde física e psicológica, à dignidade

Ibidem, p. 273.

⁴⁵⁸ “É o que se infere, por exemplo, da menção expressa à ação da ANADEP, com o cuidado de afastar eventuais alegações quanto à ilegitimidade ativa da agremiação partidária, além de esclarecimentos em torno do renovado (e ampliado) pedido: 18. Todavia, o ajuizamento da presente ação justifica-se não só por seu objeto mais amplo – aqui se impugna também o inciso I do art. 10, da Lei 9.263/96, mas também em razão da controvérsia surgida no bojo daquele processo acerca da legitimidade ativa da ANADEP para a propositura da ADI, ante a alegada ausência de pertinência temática entre os seus objetivos institucionais e o objeto daquela ação”. Idem.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 274-275.

⁴⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 11 ago. 2018.

⁴⁶¹ LIMA, Flávia Danielle Santiago. Op. cit, p. 275.

e aos direitos sexuais, de milhares de indivíduos”.⁴⁶² Decorridos mais de três meses desde a sua distribuição ao Ministro- Relator, os autos permanecem conclusos para apreciação.⁴⁶³

4.3.3 Aborto Legal

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi proposta em março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) alegando que os artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 não foram recepcionados pela Constituição de 1988 porque violam os preceitos fundamentais da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da saúde, planejamento familiar e da proibição de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante.⁴⁶⁴

Na inicial, argumenta que a solução da questão do aborto deve ser jurídica. Deve-se ter em mente o “Direito como integridade”, que segundo Ronald Dworkin, deve ser tanto vertical quanto horizontal e é a partir do Direito como integridade que se deve entender a linha de continuidade entre as decisões do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 84.025/RJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e *Habeas Corpus* 124.306/RJ os quais estabeleceram permissão para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.⁴⁶⁵

Enfrentar tal questão significa questionar a “razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto”, em um contexto de descriminalização, nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade. Porém, hoje, o Estado brasileiro torna a gravidez um dever, uma imposição que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas.⁴⁶⁶

A cada minuto uma mulher realiza aborto no Brasil e a desigualdade racial e de classe torna o aborto um elemento mais comum na vida de mulheres que vivenciam maior vulnerabilidade social. E sobre as questões prisionais:

⁴⁶² Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Op. cit.

⁴⁶³ LIMA, Flávia Danielle Santiago. Op. cit, p. 276.

⁴⁶⁴ STF- ADPF442/DF - Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em:< www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ Idem.

Do total de mulheres brasileiras que fizeram aborto, hoje, estima-se que 3.019.797 delas tenham filhos; isso significa que, no atual marco de criminalização, essas seriam famílias cujas mães ou já deveriam ter estado presas, ou estariam, neste momento, presas pelo crime de aborto. O já falido sistema prisional brasileiro⁴⁶⁷ seria quadruplicado, e as mulheres seriam a principal população carcerária. Mas não seriam quaisquer mulheres nos presídios: é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultariam em prisão. A seletividade do sistema prisional brasileiro ganharia uma face assustadoramente feminina, pobre, negra e indígena.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Nesse sentido ver: TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Mulheres estrangeiras encarceradas. In: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; SÁ, Priscilla Placha; ROMFELD, Victor Sugamoto; SIMÕES, Heloisa Vieira. (Org.). Criminologias: feminismos, mídia e protestos sociais. 1ed. Curitiba: EVG - Editora Virtual Gratuita, 2018, v. 1, p. 233-254.

⁴⁶⁸ STF- ADPF442/DF. Op. cit. Recentemente o Habeas Corpus 143641/SP com pedido liminar foi impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, em favor de todas as mulheres presas preventivamente e que sejam gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade, pois, a prisão preventiva ao confinar mulheres que ostentam a condição acima descrita em espaços prisionais precários retira-lhes o acesso aos programas de saúde pré-natal e pós-parto bem como privam as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, o que constitui tratamento, cruel, desumano e degradante e viola o postulado constitucional de individualização da pena e vedação de penas cruéis. O expressivo encarceramento feminino é discriminatório e seletivo e impacta de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias, aquelas mais vulneráveis socioeconomicamente compõe a maior parcela das mulheres presas preventivamente no Brasil. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, votou pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo. O *habeas corpus* retratou gravíssima deficiência estrutural especificamente em relação à situação da mulher encarcerada. A falha estrutural no sistema penitenciário brasileiro agrava a “cultura do encarceramento”, que se dá mediante a imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Isso decorre de um proceder mecânico de certos magistrados assoberbados pelo excesso de trabalho e por vezes, decorre de uma interpretação acrítica e com viés punitivista do direito penal e processo penal. O relator utiliza dados do INFOPEN para exemplificar os problemas estruturais do sistema prisional, no qual apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõe de espaços adequados para gestantes e apenas 32% possuem berçários e 5% dispõe de creches. Nos estabelecimentos mistos esse número é muito inferior, 6% das unidades dispõe de espaço específico para gestantes, 3% dispõe de berçário e nenhum dispõe de creche. A população de mulheres encarceradas cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014 e aproximadamente 30,1% da população carcerária feminina é composta por presas provisórias. Além disso, 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes que na maioria dos casos não envolvem violência ou grave ameaça e cuja repressão cai sobre a parcela mais vulnerável da população, que antes da prisão desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal. As mulheres encarceradas sofrem uma dura realidade inconstitucional, na qual há relatos de partos em solitárias sem assistência médica ou com a parturiente algemada, ausência de cuidados pré-natal e pós-parto, falta de escolta para levar a gestante a consultas médicas, ocorrência de partos em celas, corredores ou no pátio das prisões, manutenção das crianças em celas, afastamento abrupto de mães e filhos dentre outras atrocidades. Tais ocorrências evidenciam que há um descumprimento de regras constitucionais e internacionais referentes aos direitos das presas e de seus filhos, portanto, “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar” o quadro de violações de direitos humanos, na linha do que já se decidiu na ADPF 347 e em respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a exemplo das Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras). O ministro relator relembra que a Constituição garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, entretanto, no caso das mulheres presas a privação de liberdade e suas consequências são estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram. Por fim, “para apurar a situação de guardião dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação”. STF- HC143641/SP - Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20-02-2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018. Sobre o tema ver: VITAL, Danilo.

Os dispositivos impugnados violam uma série de direitos fundamentais das mulheres, que são princípios constitucionais:

Os dispositivos que esta ADPF visa a impugnar (Código Penal, art. 124 e 126) violam uma série de direitos fundamentais das mulheres, todos informados pelos princípios fundamentais da República: o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), da cidadania (CF, art. 1º, inciso II) e da promoção do bem de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º, inciso IV). A criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, pois não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida. Além disso, a despeito de todas as mulheres estarem potencialmente submetidas à proibição penal do aborto, a criminalização afeta desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, resultando em uma grave afronta ao princípio da não discriminação. Devido à seletividade do sistema penal, são também as mulheres mais vulneráveis as diretamente submetidas à ação punitiva do Estado, na forma de denúncias por profissionais de saúde, exposição da intimidade médica, assédio da mídia, investigações policiais, prisões provisórias e processos penais. Assim, a criminalização do aborto também afronta o objetivo republicano de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, inciso IV).⁴⁶⁹

A criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória afronta a dignidade humana, cidadania e o princípio da não discriminação, pois, viola de forma desproporcional mulheres negras, indígenas, pobres e de baixa escolaridade que não tem acesso a métodos de planejamento familiar e abortamento seguro. São as mesmas mulheres as diretamente submetidas à ação punitiva do Estado e da seletividade do sistema penal.⁴⁷⁰

A petição inicial da ADPF 442 trabalha com alguns casos paradigmáticos de aborto no direito comparado, como Alemanha e Estados Unidos. Na América Latina remete aos casos do México e da Colômbia e no sistema regional recorda o Caso *Artavia Murillo e otros vs. Costa Rica* cujo tema foi a fertilização *in vitro* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito do direito interno recorda os precedentes do Supremo Tribunal Federal que guardam relação com a temática do aborto e outros “casos difíceis” como a ADI 3510, ADPF 54, HC 124.306/RJ e a

Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas. Disponível em: < www.conjur.com.br > Acesso em: 08 set. 2018.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ Idem.

ADPF 132. Outro argumento trazido é o da proporcionalidade, que é um método para maximizar o efeito do controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. Para os fins da presente pesquisa o pedido mais importante da ação é a declaração da:

Incompatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com o texto constitucional por afronta aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como aos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou ao tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º). Os precedentes estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306 afirmam a impossibilidade de imputar estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação. No entanto, essa proteção não pode ser desproporcional: tem que ter como limites o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.

Em agosto de 2018 foram realizadas audiências públicas para a exposição e debate da descriminalização do aborto. Dado a fase inicial do processo, ainda não há data para julgamento. Diante da atual conjuntura política do país, debater o aborto no Supremo Tribunal Federal tornou-se temerário, por conta da possibilidade de *backlash* e retrocesso nos direitos já conquistados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, a pergunta que se buscou responder foi, quais direitos fundamentais foram usados como fundamento nas decisões das cortes constitucionais do México, Colômbia, Bolívia e Brasil sobre o direito ao aborto?

No primeiro capítulo demonstrou-se, por meio de dados estatísticos, o problema do aborto na América Latina e Brasil. A cada ano 208 milhões de mulheres ficam grávidas em todo o mundo e 41% dessas gestações são indesejadas, e dos 22 milhões de abortamentos inseguros praticados por ano em todo o mundo, 98% ocorrem em países em desenvolvimento e a América Latina, segundo o *Guttmacher Institute*, é o continente com maior incidência de abortamentos inseguros.

Quanto a legislação sobre aborto na América Latina, demonstrou-se que tratam-se de marcos legais bastante restritivos. Os códigos penais de alguns países do continente não autorizam a realização do aborto em nenhuma circunstância, nem mesmo em caso de estupro, é o caso da Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haiti e Venezuela.

Há pontos interessantes na legislação de alguns países que merecem ser mencionados, pois causam estranhamento quando lidos a partir de uma perspectiva feminista. O artigo 120 do Código Penal do Peru regula o aborto sentimental e eugênico, e dispõe que o aborto será punido com pena privativa de liberdade não superior a três anos para os casos em que a gestação decorrer de violação sexual ou inseminação artificial não consentida desde que tenha ocorrido fora do matrimônio, ou seja, uma leitura positivista desse dispositivo nos leva a crer que gestações decorrentes do chamado “estupro marital” não estariam contempladas pelas hipóteses que autorizam o aborto no Peru. Tal afirmação, contudo, demandaria uma investigação jurisprudencial nos Tribunais Peruanos, o que não foi objeto de estudo na presente pesquisa.

Está presente no Código Penal da Venezuela o chamado *aborto honoris causa*, que é a prática do aborto para resguardar honra própria, da esposa, mãe, de descendentes, da irmã ou da filha adotiva, nesse código, o referido dispositivo é uma atenuante penal. No caso do Código Penal da Bolívia este dispositivo é mais enxuto, estabelecendo apenas que constitui *aborto honoris causa* quando o delito for cometido para salvar a honra da mulher, seja por ela mesma ou por terceiro.

Reitera-se, em regra, na América Latina, a legislação que regula o aborto é

bastante restritiva e, tal restrição impõe um ônus desproporcional às mulheres. Na Bolívia, entretanto, pode-se afirmar, inicialmente, que a legislação tentou equilibrar, em certa medida, as relações no que diz respeito à reprodução. Ao mesmo tempo em que estabelece penalidades para o aborto no artigo 263 e seguintes do Código Penal, estabelece também o tipo penal do abandono de mulher grávida, no artigo 250 do mesmo diploma legal.

O artigo dispõe que aquele que engravidar uma mulher e abandoná-la, sem prestar a assistência necessária será punido com pena de prisão de seis meses a três anos, e ainda, se como resultado do abandono a mulher cometer o crime de aborto, infanticídio ou abandono de recém nascido, a pena para quem abandonou será de um a cinco anos. Em janeiro de 2019 foi proferida na Bolívia a primeira sentença condenatória por abandono de mulher gestante e, depois de um processo que durou quatro anos o autor do abandono foi sentenciado a dois anos de privação de liberdade.⁴⁷¹ Por fim, no primeiro capítulo, foram descritas as garantias positivadas no direito internacional dos direitos humanos, no que diz respeito aos direitos reprodutivos das mulheres.

No segundo capítulo, comprovou-se que partir do uso de uma metodologia para a aplicação do direito constitucional comparado é possível utilizar a migração de ideias constitucionais, especialmente em temas que versem sobre direitos fundamentais. Foram descritas e analisadas as decisões das Cortes Constitucionais da Bolívia, Colômbia e México. Em todas as decisões analisadas prevaleceram duas razões de decidir: o direito à vida e a limitação ao poder de punir do Estado. Nas decisões analisadas, o argumento do direito à vida é, em geral, o que tem maior carga argumentativa por parte das Cortes. Os países analisados têm uma tradição religiosa expressiva, mesmo no México que é um dos países mais secularizados do continente, não se pode negar que a religião, especialmente de ordem cristã, exerce influência na vida das pessoas. E ainda, no caso da Bolívia, por ser um Estado Plurinacional, outras religiões (que não são permissivas ao aborto) podem influenciar na concepção e interpretação do que é e de quando se inicia o direito à vida.

Tem-se aqui, entretanto, duas questões. A primeira é o fato de que ainda que se trate de países com tradição religiosa forte, as Cortes demonstraram-se laicas e democráticas, há argumentos que ilustram bem essa posição. Um deles, utilizado

⁴⁷¹ Sentencian a hombre que abandonó a mujer embarazada. Disponível em:< <http://www.redbolivision.tv.bo/> > Acesso em: 11 de jan. 2019.

pela Corte Mexicana, e pela Corte Boliviana em certa medida, é o fato de que nas disposições de direito internacional, o direito à vida não é reconhecido como um direito absoluto e, tampouco há definição do momento no qual se inicia a proteção à vida ou o momento em que o ser humano passa a ser sujeito de proteção. Daí decorre outro argumento, utilizado pela Corte Colombiana, de que o direito à vida supõe titularidade para o seu exercício, e a referida titularidade está adstrita ao ser humano, excluindo, por consequência o nascituro. No mesmo sentido se posicionou a Corte da Bolívia, para a qual a titularidade de todos os direitos estende-se à pessoa humana, não abrangendo a proteção e exercício de direitos àqueles que sequer alcançaram essa condição.

A segunda questão é o fato de que em todas as decisões analisadas, em matéria de aborto, o argumento preponderante foi o do direito à vida (sendo ponderada entre a vida da mãe e a vida do feto) e não o direito à autonomia e liberdade das mulheres. Sendo assim, ainda que se trate do direito à liberdade, igualdade e autonomia da mulher, o núcleo da discussão sobre o direito ao aborto nas Cortes da América Latina é o direito à vida.

Ainda que se tenha encontrado nas decisões analisadas menções aos direitos das mulheres, essas são breves e não integram propriamente a *ratio decidendi*, por vezes são apenas um apanhado histórico ou legislativo sobre a situação da mulher no país e, novamente se afirma que, ainda que as decisões tenham remetido aos direitos das mulheres, não há argumento expresso de que o aborto integra esse catálogo de direitos.

Aqui se comprovou, portanto, a primeira hipótese da pesquisa. Pode-se afirmar que as Cortes constitucionais da América Latina têm sim se mostrado abertas à descriminalização, despenalização ou legalização do direito ao aborto e resguardado os direitos fundamentais das mulheres. Ainda que a *ratio decidendi* das decisões não tenha sido especificamente os direitos das mulheres, as Cortes da América Latina mostraram-se preocupadas em garantir e proteger tais direitos, mesmo de forma tangencial, por meio da proteção do direito à vida, saúde, direitos reprodutivos, dignidade humana e da limitação do poder punitivo do Estado.

A segunda hipótese também foi comprovada, efetivamente há nos países analisados, similitudes econômicas, sociais e políticas que justificam a comparação, especialmente pela influência religiosa que é presente em quase todos os países da América Latina, decorrente em parte do processo de “colonização” que ocorreu a

partir de 1492 pela Espanha e mais tarde por Portugal, bem como os altos índices de abortamento inseguro e a desigualdade de gênero presente no continente se mostraram um critério suficiente para a escolha das Cortes aqui analisadas.

Confirmou-se também a terceira hipótese que afirmava que o direito constitucional era utilizado como uma ferramenta para o desenvolvimento da agenda de gênero, em especial o direito ao aborto. Há, verdadeiramente, no ordenamento jurídico dos países analisados instrumentos que possibilitam o acesso à justiça e a jurisdição constitucional, em maior ou menor medida. Na Colômbia, por exemplo, os cidadãos são legitimados para propor ações perante a Suprema Corte. Além disso, houve participação de diversos setores da sociedade, inclusive atores estrangeiros, ao longo do processo e das audiências públicas e, no caso da Bolívia, a ação foi proposta por uma parlamentar favorável aos direitos das mulheres.

No terceiro capítulo foram analisados os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos casos constitucionais que tratam dos direitos sexuais e reprodutivos e do direito ao aborto: *Habeas corpus* 84.025/RJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e o *Habeas corpus* 124.306/RJ.

Alguns pontos importantes podem ser destacados sobre o direito à vida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a relação com o aborto. Tal qual leciona Ronald Dworkin, para Supremo, assim como para as Cortes Constitucionais analisadas, o direito à vida recebe graus de proteção diferenciados conforme o estágio que se encontra, prova disso é a diferença entre a pena de homicídio e do aborto. A vida de fato ganha maior proteção do que a vida em potencial.

A essa ideia relaciona-se o argumento de que o embrião é humano, entretanto, não é sujeito de direitos, pois não tem *status* de pessoa humana e, portanto, não é titular de direitos e obrigações. A inviolabilidade disposta no artigo 5º da Constituição é destinada ao indivíduo já formado e residente no Brasil, e não no útero materno. Por fim, o Supremo afirmou o caráter não absoluto do direito à vida, pois inexistente hierarquia entre direitos.

Os direitos das mulheres, tal qual nos precedentes das Cortes da Bolívia, Colômbia e México foram utilizados de forma periférica, há outros direitos, como a liberdade, igualdade, dignidade e autonomia que são mais e melhor explorados, sendo os direitos das mulheres mencionados de forma secundária. Sobre as possíveis contribuições dos precedentes do Supremo para os casos em tramitação,

existe a possibilidade de divergência entre a ADPF 54 e a ADI 5581, conhecida como o caso do zika vírus. O argumento de que o aborto para os casos de máformação fetal não constitui aborto eugênico prevaleceu no caso dos anencéfalos, pois para estes não há chance alguma de vida extrauterina. Para os casos de microcefalia, entretanto, a vida extrauterina é plenamente possível, o que pode, em parte, quando do julgamento dessa Ação, possibilitar o argumento de que a autorização para a antecipação do parto de mulheres infectadas pelo zika vírus violaria os direitos das pessoas com deficiência e, portanto, constituiria aborto eugênico.

Um dos objetivos propostos nessa pesquisa era realizar um cotejo entre os precedentes estrangeiros com os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos casos de aborto. Há duas grandes aproximações nos argumentos dessas Cortes. A primeira é a proteção gradual que o direito à vida recebe nesses ordenamentos e a constatação de que a vida não é um direito absoluto. A segunda aproximação diz respeito à titularidade de direitos. Nas Cortes analisadas, bem como no Supremo, afirmou-se que mesmo que exista a expectativa de direito por parte do feto e um dever de proteção do Estado para com o nascituro, o mesmo não é titular de direitos e obrigações, pois a titularidade de direitos está adstrita à pessoa humana.

A hipótese geral da pesquisa, entretanto, não se confirmou. A hipótese era que, para os casos envolvendo direitos sexuais e reprodutivos, especialmente o direito ao aborto, quando da utilização do direito comparado, o Brasil deveria, preferencialmente, escolher os precedentes da América Latina, deixando em segundo plano os precedentes da Europa e América do Norte.

O Código Penal brasileiro garante o direito ao aborto para os casos de risco à vida ou saúde da gestante bem como para os casos de gestação decorrente de estupro. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se apenas para garantir a possibilidade de aborto para os casos de gestação de feto anencéfalo, isso em decorrência da lacuna do Código Penal que data de 1940, época na qual não havia tecnologia suficiente para detectar anomalias fetais ainda no útero materno.

Por outro lado, a discussão que ocorreu nas três Cortes analisadas é quase que primitiva, pois buscava, já nos anos 2000, garantir minimamente a possibilidade de realização do aborto quando a gestação fosse decorrente de estupro ou quando houvesse risco à vida ou saúde da mulher e, em alguns casos quando houvesse má formação fetal grave.

Sendo assim, conclui-se que em comparação com as Cortes aqui analisadas, a legislação e a jurisprudência brasileira é mais protetiva aos direitos das mulheres, o que não justificaria, portanto, a migração de ideias constitucionais com as Cortes da Bolívia, Colômbia e México. Há apenas três argumentos que poderiam ser bem aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal: o primeiro deles diz respeito ao Parlamento. As três Cortes afirmaram em suas decisões que cabe ao legislador regular o direito ao aborto, desde que em conformidade com os parâmetros constitucionais e internacionais de direitos humanos, e que constituam medidas eficazes para a proteção dos bens jurídicos tutelados, seja o direito da mulher, seja o direito do nascituro. A Corte da Bolívia instou ainda, o Poder Legislativo a editar normas, inclusive de caráter prestacional, que regulem o aborto e garantam direitos fundamentais. No Brasil, entretanto, delegar tal tema ao Parlamento, pode ter o efeito reverso e constituir um retrocesso nos direitos das mulheres, contudo, o Poder Judiciário ao provocar o Legislativo a se manifestar demonstra a aplicação dos freios e contrapesos, bem como afastaria o argumento de que a Corte é, por vezes, ativista, no sentido pejorativo da palavra. O último argumento é o da autodeterminação da personalidade, há que se considerar que a maternidade é uma opção para toda a vida, ainda que tal argumento tenha sido mencionado pelo Supremo Tribunal Federal, a autonomia e liberdade das mulheres deveria ser melhor explorado, pois a Corte brasileira também ficou adstrita à discussão do direito à vida e do limite ao poder punitivo estatal e desenvolveu pouco a argumentação referente aos direitos das mulheres e, em momento algum, tratou expressamente do aborto como um direito da mulher. No caso México, seria possível utilizar a limitação temporal das doze semanas de gestação, entretanto, esse quesito temporal já se encontra na jurisprudência do Supremo, precisamente no *Habeas corpus* 124.306/RJ. Conclui-se que, o ordenamento jurídico brasileiro teria muito mais a contribuir com as Cortes da América Latina do que o inverso.

A partir dessa conclusão o que se propõe é que o Supremo Tribunal Federal deve dar preferência a própria jurisprudência ao invés do Direito Comparado, mas quando resolver utilizá-lo deve utilizar o caso *Roe vs. Wade*.

O caso *Roe vs. Wade* é sem dúvida o caso mais famoso que já foi decidido pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos e é o mais conhecido no mundo inteiro. Em sua sentença, o juiz Harry Blackmun declarou que uma mulher grávida tem o direito constitucional à privacidade em questões de procriação e que esse direito

geral inclui o direito ao aborto, desde que ela e seu médico optem por fazê-lo. Afirmou ainda que tal garantia decorre do que foi estabelecido em sentenças anteriores (*Griswold vs. Connecticut*, de 1965 e *Eisenstadt vs. Baird*, de 1972), que uma pessoa tem o direito constitucional de tomar decisões próprias em questões relativas à reprodução. Para Dworkin, uma decisão sobre o aborto é tão privada quanto qualquer outra decisão que o Tribunal Norte Americano tenha tomado, talvez até mais privada, pois implica no controle pela mulher não apenas de suas relações sexuais, mas também das mudanças que ocorrerão no seu corpo.⁴⁷²

A proibição do aborto pauta-se no dever estatal de proteção à vida. Para além da discussão do feto ser ou não pessoa, o governo tem o direito legítimo de proteger os interesses das criaturas que não são pessoas, entretanto, não pode usar esse poder para tornar impossível o exercício de outros direitos fundamentais. Os fetos não têm interesses até o momento em que se tornam biologicamente viáveis e a decisão norte americana permite aos estados que proíbam o aborto depois de atingido esse momento.⁴⁷³

Há três aspectos fundamentais na decisão do caso *Roe vs. Wade* que merecem atenção do Supremo Tribunal Federal em sede de Direito Comparado: (i) a decisão reafirmou o direito da mulher à autonomia procriadora e declarou que os estados não podem proibir o aborto em quaisquer termos que desejem fazê-lo, por outro lado (ii) reconheceu que os estados tem um interesse legítimo em regulamentar o aborto e (iii) elaborou um regime que harmonizou o direito da mulher e o interesse do Estado ao declarar que os estados não podem proibir o aborto no primeiro trimestre de gestação por motivo algum, e que só podem regulamentar o aborto do quarto ao sexto mês quando a saúde da mãe estiver em risco e pode proibir completamente no último trimestre quando o feto já estiver transformado em um ser viável.⁴⁷⁴

Os juristas que são contrários à decisão proferida nesse caso argumentam que “as mulheres não têm direito constitucionalmente protegido à autonomia procriadora porque o texto não menciona esse direito e porque nenhum dos “pais” da Constituição pretendeu que as mulheres o tivessem”.⁴⁷⁵ Ao deslocarmos essa questão para o contexto brasileiro, encontraremos a autonomia reprodutiva no artigo

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida...**,p.145-147.

⁴⁷³ Ibidem, p.159-160.

⁴⁷⁴ Ibidem, p.235.

⁴⁷⁵ Ibidem, p.207.

226, §7º da Constituição bem como no voto do Ministro Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Assim, o fato de o caso *Roe vs. Wade* ser o mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para os temas correlatos ao aborto e aos direitos sexuais e reprodutivos se justifica pela profundidade argumentativa do caso, por ser uma decisão de vanguarda e por trazer contribuições efetivas para a jurisdição constitucional brasileira, diferentemente dos precedentes latino-americanos aqui analisados.

Sobre o respeito aos precedentes brasileiros, cabe mencionar a pesquisa de Estefânia Barboza que afirma que, em que pese a segurança jurídica ser inalcançável, o que se pretende é reduzir a insegurança jurídica a índices aceitáveis. A segurança jurídica, entretanto, não se realiza quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes. Valores como a certeza e estabilidade jurídica e previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito justificariam a prática de respeito aos precedentes, “quer sejam meramente interpretativos como nos países de tradição do *civil law*, quer vinculantes como nos países de tradição do *common law*”.⁴⁷⁶

Há, portanto, em qualquer sistema jurídico, uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, justificado pela necessidade de estabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais. Para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação, pois este é um requisito próprio do Estado Constitucional de Direito, que demanda igual tratamento dos indivíduos perante a lei, formal e materialmente.⁴⁷⁷

Não é admissível que o direito seja interpretado de forma diferente em casos similares e a uniformidade do direito nas decisões é parte essencial da igualdade de tratamento em casos semelhantes, até porque há expectativa legítima por parte daquele que se encontra em situação similar já julgada pelo Judiciário de não se surpreendido por decisão diversa. As decisões, portanto, devem ser coerentes, não apenas com a decisão judicial precedente, mas com os princípios que a fundamentaram, pois tais princípios, além da *ratio decidendi*, irão vincular os casos futuros. A coerência deve ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema, e essa é justamente a ideia do direito como integridade, que gera

⁴⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.237.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p.237-240.

consistência necessária para um modelo de princípios. A partir da busca por coerência nas decisões, Ronald Dworkin vai fazer uma analogia com a literatura a qual denomina “romance em cadeia”.⁴⁷⁸

Ronald Dworkin propõe a utilização da interpretação literária como um modelo para o método de análise jurídica e convida os seus leitores a supor que um grupo de escritores foi contratado para escrever um romance de forma conjunta. O primeiro romancista escreve o capítulo de abertura, o qual ele manda posteriormente para o próximo romancista, que deverá escrever o próximo capítulo, “com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois manda os dois capítulos”⁴⁷⁹ para o seguinte, e assim por diante.

Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi escrito antes para poder interpretar o que é o romance criado até então. Espera-se que os romancistas assumam sua responsabilidade e reconheçam o dever de criar um romance único, integrado, em vez de uma série de contos independentes.⁴⁸⁰ Dessa forma, para Dworkin, “decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”.⁴⁸¹ Cada juiz é como um romancista coerente, que deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente.⁴⁸²

Ao decidir um novo caso, o juiz deve considerar-se parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual essas inúmeras estruturas e decisões são a história, e seu trabalho é continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. É incumbido de levar adiante o que tem em mãos e não partir em uma nova direção, “portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”.⁴⁸³

De acordo com Estefânia Barboza, é possível aplicar o romance em cadeia no sistema de *civil law* brasileiro, especialmente na jurisdição constitucional, quando se trate de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais que não estão no

⁴⁷⁸ Ibidem, p.238-252.

⁴⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p.235-236.

⁴⁸⁰ Ibidem, p.236-237.

⁴⁸¹ Ibidem, p.237.

⁴⁸² Ibidem, p.238.

⁴⁸³ Idem.

texto constitucional, além disso, “é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade”.⁴⁸⁴

As novas decisões, assim como no romance em cadeia, devem ser construídos com base em argumentos de princípios e não em argumentos de política, pois estes são mais frágeis. O magistrado encontra-se vinculado a um dever de coerência com outras decisões já tomadas “e a serem tomadas, por meio de uma consistência articulada, sendo tal dever de coerência mais compatível com os argumentos de princípios do que com os argumentos de política”.⁴⁸⁵

Por fim, “quando se tem o direito como integridade dando fundamento para as decisões, nos casos futuros quando se for decidir sobre o aborto, o Tribunal deverá partir dos princípios que fundamentaram casos anteriores”.⁴⁸⁶ Sendo assim, muito mais do importar decisões, teorias ou doutrina estrangeira a Corte brasileira, deve acima de tudo respeitar os próprios precedentes, principalmente nos casos que envolvem direitos fundamentais.

⁴⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit.,254.

⁴⁸⁵ Ibidem, p.254.

⁴⁸⁶ Ibidem, p.270.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

AGUIRRE, R. J.; ROJAS, A. S.; MANTILLA, A. P. P. Análisis de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 17, n. 2, p. 167-198, 2015.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Direitos sexuais e reprodutivos na América Latina e Caribe: acordo histórico de governos da região.** Disponível em: <<https://anistia.org.br>> Acesso em: 04 ago. 2018.

ARAÚJO, L. C. M. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 39, p. 226-252, jan./mar. 2014.

BETANCUR, C. M. M.; ARROYAVE, S. O. S. El derecho al aborto. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, v.4, n.8, p.15-88, 2005.

BLAY, Eva Alterman; AVELAR, Lúcia. (org.). **50 anos de feminismo:** Argentina, Brasil e Chile. São Paulo: Edusp, 2017.

BOLTANSKI, L. As dimensões antropológicas do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.7, p. 205-245, Jan./Abr, 2012.

BRASIL. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Boletim Epidemiológico volume 46 nº 26-2015. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>> Acesso em: 6 fev. 2018.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Mulher constituinte:** discursos destacados. Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 20 out. 2017.

Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 06 out. 2018.

CARVALHO, W. Direito comparado: método ou ciência?. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008.

CENTENERA, Mar; MOLINA, Federico Rivas. **Senado da Argentina diz 'não' à legalização do aborto e país fica com lei de 1921**. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com>> Acesso em: 07 set. 2018.

COELHO, Luiz Fernando. **Hard cases**: argumentação jurídica em casos difíceis. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/>> Acesso em: 10 abr. 2018.

CURY, P. M. N. Métodos em Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, 2014.

DA SILVA, L. E. **Eu aborto, tu abortas: todos calamos? O caso da despenalização do aborto no Uruguai**. 2017. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) –Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Os direitos sexuais e reprodutivos. In: RIBEIRO, C.; CAMPUS, M.T.A. (ed.). **Afinal, que paz queremos?** Lavras: UFLA, 2004.

DINIZ, D; MEDEIROS, M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.15, p.959-966, 2010.

DINIZ, Debora. **Um candidato que ignore a questão do aborto não pode ser levado a sério**. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com>> Acesso em: 20 dez. 2018.

DINIZ, Debora. **Zika**: do sertão nordestino à ameaça global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. TOMAZONI, Larissa Ribeiro; DOTTA, Alexandre Godoy. **Vulnerabilidades sociais causadas pela epidemia zika vírus de 2015 no Brasil: saúde da mulher, racismo ambiental e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581**. Disponível em: <<https://www.ssrn.com>> Acesso em: 07 dez. 2018.

DUTRA, D. C. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set./dez.,2016.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Revista Publicum* Rio de Janeiro, n.2, p. 45-73, 2016.

FREIRE, Alonzo. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Angela. **Aborto**: guia para profissionais de comunicação. Recife: Grupo Curumim, 2011.

HARTMANN, Diogo Mateus Zini; TORRES, Mateus Gamba. **A Descriminalização do Aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88)**: uma análise dos discursos dos Constituintes. Disponível em: <
<http://www.encontro2014.sc.anpuh.org/> Acesso em: 30 abr. 2018.

HEILBORN, M. L. Heterossexualidades, contracepção e aborto: Uma pesquisa em quatro capitais latino-americanas. Sexualidad, Salud y Sociedad, Rio de Janeiro, n.12, p.127-134, 2012.

HIRSCHL, Ran, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. American Journal of Comparative Law, v. 53, n. 1, p. 125-155, Toronto, 2005.

HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Shazia. (ed.). The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University, 2007.

IBARRA, L. F. B. Género y Constitucionalismo: uma mirada feminista al derecho constitucional colombiano. Ciência Política, v. 9, n. 18, p. 83-107, 2014.

JIMÉNEZ, F. P. El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal. Anuario de Derechos Humanos, Santiago, n.5, p. 137-152, 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. “Meu corpo, minhas regras”: a judicialização dos direitos reprodutivos da mulher no Supremo Tribunal Federal à luz da *legal mobilization*. In: SILVA, Chistine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018.

Lois, C.C; Marques, G. L. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 47 jul/dez 2015.

LOPES, Bárbara; MARTINS, Jéssika; MORENO, Tica. (orgs.). **Somos todas clandestinas**: relatos sobre aborto, autonomia e política. São Paulo: SOF, 2016.

MACHADO, M. D. C. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n.7, p. 25-54, 2012.

MANCE, Euclides André. Bem-Viver. SIDEKUM, Antônio. et.al. **Enciclopédia Latino-americana de direitos humanos**. Blumenau: Edifurb, 2016.

MATTAR, L. D. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur, Revista internacional de direitos humanos, v.5, n.8, p.60-83, 2008.

MEDEIROS, Laís de Almeida. **“A mulher, que sempre falou pelos cotovelos, agora fala pela Constituinte”** A imprensa feminista e a Constituinte. 2014. Monografia (Licenciatura em História) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Multidisciplinar, Nova Iguaçu.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F.; MARIANO, R. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. Opinião Pública, Campinas, v. 23, n.1, 2017.

Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Violência Sexual e o direito à interrupção da gravidez nos casos previstos em lei.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>> Acesso em: 30 abr. 2018.

MORAIS, L. R. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher. Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio, 2008.

MOTTA, F. M. Sonoro silêncio: por uma história etnográfica do aborto. Estudos Feministas, Florianópolis, v.16. n.2, p.681-689, maio-agosto/2008.

Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

Organização das Nações Unidas. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher:** Pequim. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Disponível em: <<https://www.oas.org>> Acesso em: 15 abr. 2018.

Organização das Nações Unidas. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento:** Plataforma de Cairo. Disponível em: <<http://unfpa.org.br>> Acesso em: 15 abr. 2018.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2018.

Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro:** orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. OMS: 2013.

Ovídio, F. Aspectos do direito comparado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v.79, p.161-180, 1984.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução humana assistida:** a tutela dos

direitos fundamentais das mulheres. Curitiba: Juruá, 2014.

PIMENTEL, S. Aborto: um direito da mulher. Lua Nova, São Paulo, v.2 n.2, 1985.

PIOVESAN, Flávia. Mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 2, 2004.

PIRES, T. I. T. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva: Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 51, n. 201, p. 129-149, jan./mar. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

ROCHA, M. I. B. A discussão política sobre aborto no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006.

RUIBAL, A. M. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n.14, p.111-138, 2014.

SANDI, S. F.; BRAZ, M. As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública. Revista Bioética, Brasília, v.18, n. 1, p. 131-153, 2010.

SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v.16, n.2, p.675-680, 2008.

SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) Biodireito e Gênero. Ijuí: Unijuí, 2007.

SIEGEL, Reva. **La dignidad y el debate del aborto**. Disponível: < www.law.yale.edu> Acesso em: 13 jan. 2017.

SILVA, L.; MENDES, R. R. Obesidade: um problema nacional. Revista de Psicologia, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 197-216, 2012.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. **As mulheres e o novo Constitucionalismo**: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em: 13 jan. 2017.

STF- ADI3510/DF - Rel. Min. Carlos Britto. 29-05-2008. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20 abr. 2018.

STF- ADPF 54 - Rel. Min. Marco Aurélio. 12-04-2012. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

STF- ADPF442 - Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em:< www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STF- HC 124306/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio. 29-11-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STF- HC143641/SP - Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20-02-2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STF- HC84025/RJ - Rel. Min. Joaquim Barbosa. 04-03-2004. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STF- RE1058333/PR - Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20 ago. 2018.

STF.ADI 5581/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/> > Acesso em: 1 fev. 2018.

STF. STF reconhece direito de candidata gestante à remarcação de teste de aptidão física. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal>> Acesso em: 15 dez. 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación- México. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Disponível em: <<https://www.scjn.gob.mx/>> Acesso em: 10 abr. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 11 ago. 2018.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Notas sobre o método em direito comparado. Revista Húmus, v. 7, n. 23, p. 183-197, São Luís, 2018.

TOMAZONI, L. R.; GOMES, E. B. Afirmação histórica dos direitos humanos das mulheres no âmbito das Nações Unidas. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Centro Universitário Autônomo do Brasil, v. 2, n. 23, p. 44-59, 2015.

TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Mulheres estrangeiras encarceradas. In: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; SÁ, Priscilla Placha; ROMFELD, Victor Sugamoto; SIMÕES, Heloisa Vieira. (Org.). Criminologias: feminismos, mídia e protestos sociais. 1ed. Curitiba: EVG - Editora Virtual Gratuita, 2018, v. 1, p. 233-254.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>> Acesso em: 10 abr. 2018.

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. (Eds.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

VÉLEZ, A. C.G.; MONSALVE, V. B. Estudo de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo. SUR. Revista

Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, 2004.

VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. UNFPA: Brasília, 2009.

VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Disponível em: < www.conjur.com.br > Acesso em: 08 set. 2018.