

DANIEL SARMENTO

*Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado)*

*Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UERJ*

*Professor da FGV/RJ (Pós-Graduação)*

*Visiting Scholar da Yale Law School*

*Procurador Regional da República*

LIVRES E IGUAIS:  
Estudos de Direito Constitucional

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro

2006

*Copyright* © 2006 by Daniel Sarmento

Produção Editorial  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Revisão  
Enzo Bello

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pela originalidade desta obra  
nem pelas opiniões nela manifestadas por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## 3

# Legalização do Aborto e Constituição<sup>1</sup>

1. Introdução; 2. Aborto e Constituição no Direito Comparado; 2.1. Estados Unidos; 2.2. França; 2.3. Itália; 2.4. Alemanha; 2.5. Portugal; 2.6. Espanha; 2.7. Canadá; 2.8. Comissão e Corte Européia de Direitos Humanos; 2.9. Conclusão Parcial; 3. O Aborto sob a Perspectiva Constitucional no Brasil; 3.1. A Constitucionalização do Direito e o Aborto; 3.2. Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas; 3.3. A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro; 3.4. O Direito à Saúde da Gestante; 3.5. Direito à Liberdade, à Privacidade e a Autonomia Reprodutiva; 3.6. Direito à Igualdade; 4. Conclusões Finais.

## 1. Introdução

No mundo todo, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto desperta polêmicas intensas e até passionais, pondo em campos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro. As divergências são profundas e não se circunscrevem aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, envolvendo também crenças religiosas. E, no Brasil, não teria como ser diferente. Aqui, vigora na matéria o Código Penal, editado em 1940, que optou pela criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128.

No momento, discute-se a revisão destas normas. Neste sentido, o Governo brasileiro, em louvável iniciativa, instituiu Comissão Tripartite, composta por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e sociedade civil, destinada a repensar o posicionamento do nosso Estado sobre o aborto, visando eventual elaboração de nova legislação sobre a matéria. Por isso, parece extremamente oportuna a discussão sobre a viabilidade constitucional da legalização do aborto no Brasil, na fase inicial da gestação, na linha defendida pelo movimento feminista brasileiro.<sup>2</sup>

Nosso ponto de partida deve ser a constatação empírica de que a criminalização do aborto acaba empurrando todo ano centenas de milhares de

1 Agradeço a advogada Maira Fernandes pelo excepcional trabalho de pesquisa realizado visando a elaboração deste texto.

2 A proposta do movimento feminista está traduzida pela posição assumida pelas Jornadas Brasileiras para o Aborto Legal e Seguro, que defende a legalização da interrupção voluntária da gestação nas primeiras 12 semanas de gestação, com ampliação do prazo para 20 semanas, em caso de gravidez resultante de violência sexual, e em qualquer momento, nas hipóteses de risco à vida ou grave risco à saúde da gestante, ou de grave anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina.

mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene.<sup>3</sup> E as seqüelas decorrentes destes procedimentos representam hoje a quinta maior causa de mortalidade materna no país, ceifando todo ano centenas de vidas de mulheres jovens, que poderiam e deveriam ser poupadas.

Por outro lado, deve-se ressaltar que, nos países que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados,<sup>4</sup> e não há razões para supor que no Brasil seria diferente. Portanto, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível – aliás, se não fosse, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar as milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas. Daí se pode concluir que, do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal conseqüência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

Ademais, a cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita.<sup>5</sup> Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora esta autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica.

3 Cf. *Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

4 Cf. *Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide*. The Alan Guttmacher Institute, 1999.

5 Cf. Michel Bozon, *Sociologia da Sexualidade*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004; e Anthony Giddens, *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992.

Neste contexto, a revisão da legislação sobre aborto, elaborada sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, torna-se um verdadeiro imperativo constitucional. E o debate jurisdicional sobre a validade destas normas já se iniciou, através da corajosa iniciativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, que propôs perante o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2004, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sob o patrocínio do jurista e advogado Luís Roberto Barroso, questionando a constitucionalidade da incidência do Código Penal, na hipótese de interrupção da gravidez de feto anencéfalo.<sup>6</sup>

Vale destacar que, desde a década de 60 do século passado, assiste-se no mundo todo um fenômeno de liberalização da legislação sobre o aborto. Em sintonia com os novos valores sociais e revelando uma crescente sensibilidade diante dos direitos fundamentais das mulheres, legisladores ou Tribunais Constitucionais de incontáveis países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha, Canadá, dentre tantos outros, promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações. Neste contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como uma das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo.

Por outro lado, a alteração do tratamento legal conferido à interrupção voluntária da gravidez constitui também o cumprimento de compromissos internacionais, como os estabelecidos no Plano de Ação da Conferência do Cairo, sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, e na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995, nas quais ficou assentado que a questão do aborto deveria ser tratada pelos países como problema de saúde pública e não pela ótica criminal.

6 A belíssima petição inicial da ação está reproduzida em Luís Roberto Barroso. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 559-581.

Destaque-se que, por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, decidiu no sentido do cabimento da referida ADPF, refutando o argumento de que só o legislador poderia criar uma nova hipótese de aborto legal. Entendeu o Supremo que na ação não se buscava decisão do Tribunal como legislador positivo, mas fixação de interpretação conforme à Constituição, que eliminasse, por contrariedade à Constituição Federal, notadamente aos seus princípios da dignidade da pessoa humana, e da proteção à liberdade, à privacidade e à saúde da gestante, a exegese de dispositivos do Código Penal que implicassem no reconhecimento da tipicidade da conduta de mulher e dos profissionais de saúde que realizassem a interrupção da gravidez após a constatação médica da anencefalia fetal – patologia grave, considerada absolutamente incompatível com a vida extra-uterina.

Sem embargo, é certo que, do outro lado da balança, existe uma justa e legítima preocupação com a vida do embrião. Embora haja ampla discordância sobre como qualificar a situação jurídica e moral do nascituro, é indiscutível que não se deve desconsiderar este importantíssimo elemento no equacionamento do tratamento legal a ser dado para o caso. Portanto, se não parece correto ignorar os direitos da mulher na fixação da solução normativa para este grave e delicado problema – como fez o legislador de 1940 –, tampouco o seria negligenciar os valores concernentes à vida do embrião ou feto. Neste ponto, o entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E, por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intra-uterina vai aumentando na medida em que avança o período de gestação.

Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitradas.

Com base nestas premissas, foi elaborado o presente estudo, que pretende abordar o tema do aborto sob a perspectiva jurídico-constitucional, mas devidamente ilustrada e enriquecida pelos aportes da Ética, da Saúde Pública e da Sociologia.

## 2. Aborto e Constituição no Direito Comparado

A partir da década de 60, o processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, dentre outros fatores, desencadearam uma forte tendência à liberalização da legislação sobre o aborto. As dinâmicas variaram, de país para país, bem como as soluções normativas adotadas, e não seria possível, nos limites deste estudo, descrever detalhadamente o que ocorreu nos inúmeros Estados que modificaram nas últimas décadas suas legislações nesta matéria. Por isso, optou-se por privilegiar a abordagem de países em que ocorreram embates jurisdicionais relevantes sobre a nossa questão, envolvendo matéria constitucional, considerando os objetivos específicos do presente trabalho. Não obstante, será também sumariada a discussão sobre questões envolvendo o aborto no âmbito da Comissão e da Corte Européia de Direitos Humanos, considerando o papel destacado daquelas instâncias no temário dos direitos humanos.

## 2.1. Estados Unidos

O debate mais conhecido nesta matéria é certamente o travado nos Estados Unidos.<sup>7</sup> A questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso *Roe vs. Wade*,<sup>8</sup> julgado pela Suprema Corte em 1973, entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold vs. Connecticut*, de 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Da decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun, vale reproduzir o seguinte trecho:

*“O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...)*

*O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...) Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é*

7 Há vastíssima bibliografia sobre o debate constitucional envolvendo o aborto nos Estados Unidos. Veja-se, em especial, Ronald Dworkin. *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003; Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, pp. 1340-1362; John E. Novak & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 809-861; Ruth Bader Ginsburg. "Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe vs. Wade*". In: *North Carolina Law Review*, nº 63, 375-386, 1985; John Hart Ely. "The Wages of the Crying Woof: A Comment on *Roe vs. Wade*". In: *Yale Law Journal*, nº 82, 920-939, 1973.

8 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973).

*incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.*"<sup>9</sup>

No julgamento em questão, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente a proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina –, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe.

Por honestidade intelectual, é mister reconhecer que a referida decisão provocou na época, e ainda provoca, até hoje, intensa polêmica nos Estados Unidos. Além da crítica substantiva relacionada ao resultado atingido, foram levantadas fortes objeções contra a legitimidade democrática de um tribunal não eleito para decidir questão tão controvertida, sobrepondo a sua valoração àquela realizada pelo legislador, tendo em vista a ausência de qualquer definição no texto constitucional sobre a matéria.<sup>10</sup> Sem embargo, apesar dos esforços dos militantes do grupo *Pro-Life* e de sucessivos governos do Partido Republicano, no sentido de forçar uma revisão deste precedente, ele, nas suas linhas gerais, ainda hoje se mantém em vigor nos Estados Unidos.

É certo que em decisões posteriores, como *Planned Parenthood vs. Casey*,<sup>11</sup> proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º trimestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extra-uterina.

9 Tradução livre do autor.

10 Esta é a crítica levantada, dentre tantos outros, por John Hart Ely, em "The Wages of the Crying Wolf (...)", *Op. cit.*, Ronald Dworkin rebate esta objeção, que tem a ver com o chamado caráter "contramajoritário" da jurisdição constitucional, argumentando que, em matéria de tutela de direitos fundamentais, os juízes e tribunais devem estar autorizados a realizarem uma "leitura moral" da Constituição, interpretando construtivamente as suas cláusulas mais gerais, visando a proteção dos cidadãos em face do eventual arbítrio das maiorias legislativas. Para ele, esta atividade não seria antidemocrática, pois a democracia tem como pressuposto a garantia de direitos fundamentais. Veja-se, a propósito, Ronald Dworkin. "The Moral Reading of the Majoritarian Premise". In: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 01-38.

11 112 S.Ct. 2791. Vale notar que neste caso houve uma maioria mais "apertada" de 5 votos a 4 favorecendo o direito ao aborto e mantendo a orientação básica firmada em *Roe vs. Wade*. Quatro juízes da Suprema Corte dispuseram-se a rever aquele precedente para negar a existência do direito de escolha da gestante à interrupção da gravidez. Veja-se, a propósito, John E. Novak & Ronald D. Rotunda, *Op. cit.*, pp. 817-822.



É ainda digno de nota que a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que condicionava o exercício do direito ao aborto ao consentimento do pai do nascituro.<sup>12</sup> Ela admitiu, porém, a exigência de consentimento dos pais de gestante menor de idade, mas apenas se a legislação contemplar a possibilidade de suprimento judicial deste consentimento, a ser concedido quando se verifique que a gestante é madura o suficiente para decidir sozinha ou quando se conclua que a interrupção da gravidez atende aos seus interesses.<sup>13</sup> Este procedimento judicial deve ser sigiloso e suficientemente célere de modo a não retardar em excesso o exercício do direito pela gestante menor de idade.

Todavia, a força desta orientação jurisprudencial em favor dos direitos reprodutivos das mulheres restou comprometida em face da orientação da Suprema Corte, firmada em *Harris vs. McRae*,<sup>14</sup> e reiterada em casos subsequentes, no sentido de que o Estado não está obrigado a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os respectivos custos, mesmo tratando-se de mulheres carentes, incapazes de suportar os ônus econômicos inerentes aos procedimentos médicos necessários. Tal entendimento, é bom que se registre, deve-se não a qualquer problemática específica atinente ao aborto, mas sim à visão dominante nos Estados Unidos, de que os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos são exclusivamente direitos de defesa contra o Estado, que não conferem ao cidadão a possibilidade de reclamar prestações positivas dos poderes públicos em seu favor.<sup>15</sup>

## 2.2. França

O debate constitucional na França deu-se em termos um tanto diferentes do que nos Estados Unidos, pois a iniciativa de legalizar o aborto partiu do legislador e não do Judiciário. De fato, em 1975, foi aprovada a Lei nº 75-17, que teria vigência temporária por 5 anos, permitindo a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angústia (*détresse*), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de "*doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico*". Pela lei em questão, deveria a gestan-

12 *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*. (428 U.S.52, (1976)).

13 Cf. John E. Novak & Ronald D. Rotunda, *Op. cit.*, pp. 835-836.

14 448 U.S. 297 (1980).

15 A propósito do debate sobre os direitos positivos e sua tutela judicial no cenário jurídico norte-americano, veja-se Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004.

te, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez.

Antes de a lei entrar em vigor, foi o Conselho Constitucional provocado por parlamentares que a ela se opunham, para que exercesse o controle preventivo da constitucionalidade da norma. Em 15 de janeiro de 1975, foi proferida a decisão reconhecendo a compatibilidade da norma com a Constituição francesa e com os outros diplomas integrantes do chamado “bloco de constitucionalidade”.<sup>16</sup>

Na decisão em questão, o Conselho Constitucional francês recusou-se a apreciar a alegação de suposta incompatibilidade entre a lei impugnada e a Convenção Européia de Direitos Humanos. Isto, porém, foi realizado pelo Conselho de Estado – última instância da jurisdição administrativa daquele país –, que reconheceu a conformidade entre a norma em questão e o direito à vida, proclamado no art. 2º daquela Convenção. De acordo com Louis Favoreau e Lóic Philip, o Conselho de Estado, na referida decisão, partiu do princípio de que *“a vida e a pessoa existem antes do nascimento, mas que o direito correlativo que as garante não deve ser considerado como absoluto”*.<sup>17</sup>

Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas. Posteriormente, em 1982, foi editada outra lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez.<sup>18</sup>

E, mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória. O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na sua Decisão nº 2001-446, que *“ao ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez quando a gestante se encontre numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda*

16 Decisão reproduzida em Louis Favoreau et Lóic Phlip. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 10e ed., Paris: Dalloz, 1999, pp. 317-318.

17 *Op. cit.*, p. 335.

18 Cf. Jean Rivero. *Les Libertés Publiques*. Tome 2, 6e ed., Paris: PUF, 1997, pp. 112-113.

*forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*".<sup>19</sup>

### 2.3. Itália

Em 1975, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal daquele país, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante. Na sentença nº 18, proferida em fevereiro daquele ano, a Corte afirmou:

*"Considera a Corte que a tutela do nascituro ... tenha fundamento constitucional. O art. 31, parágrafo segundo, da Constituição impõe expressamente a 'proteção da maternidade' e, de forma mais geral, o art. 2 da Constituição reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, dentre os quais não pode não constar ... a situação jurídica do nascituro.*

*E, todavia, esta premissa – que por si justifica a intervenção do legislador voltada à previsão de sanções penais – vai acompanhada da ulterior consideração de que o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por conseqüência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência total e absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este o vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...*

*Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se."*<sup>20</sup>

Diante desta decisão, o legislador italiano editou, em 1978, a Lei nº 194, que regulamentou detalhadamente o aborto. De acordo com a referida lei, a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, solicitar a realização do aborto em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nestas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evi-

<sup>19</sup> Tradução livre do autor, de trecho da decisão que pode ser obtida na íntegra no sítio <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

<sup>20</sup> Tradução livre do autor. O acórdão pode ser obtido em *Giurisprudenza Costituzionale*, Ano XX, 1975, p. 117 e ss.

tem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, visando a assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante.

Por outro lado, a lei em questão autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher.

A Corte Constitucional italiana, chamada a pronunciar-se sobre a validade destas inovações, afirmou que a despenalização de certas condutas se inscreve na competência do legislador, deixando por isso de conhecer das questões de constitucionalidade suscitadas.<sup>21</sup>

Mais recentemente, em 1997, o mesmo Tribunal julgou inadmissível uma proposta de referendo ab-rogativo, que submeteria ao eleitorado a proposta de eliminação de toda a regulamentação legal do aborto nos primeiros noventa dias de gestação. A Corte manifestou o entendimento de que a pura e simples revogação de todas as normas que disciplinavam o aborto na fase inicial da gravidez era incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro.<sup>22</sup>

## 2.4. Alemanha

Na Alemanha, foi editada uma lei em 1974 descriminalizando o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, nas doze primeiras semanas de gestação. Contra esta lei foi ajuizada uma ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, que veio a ser julgada em 1975.<sup>23</sup>

Nesta famosa decisão, conhecida como caso Aborto I, a Corte rechaçou a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento, afirmando que, antes disso, o feto já é “*um ser em desenvolvimento*”, dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, a qual deveria iniciar-se, de acordo com critérios biológicos de prudência, a partir do 14º dia de gestação – momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno. O Tribunal reconheceu a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões relativas à procriação, mas afirmou que, numa ponderação, este direito deveria ceder diante do direito à vida do feto, a não ser em certas situa-

21 *Giurisprudenza Costituzionale*, Ano XXVI, 1981, sentença 108, fasc. 06, pp. 908 e ss.

22 *Giurisprudenza Costituzionale*, Ano XLII, 1997, sentença 35, fasc. 01, pp. 281 e ss.

23 39 BverfGE I. As partes mais relevantes da decisão estão reproduzidas em Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed., Durham: Duke University Press, 1997, pp. 336-346.

ções especiais, como risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual.

Firmada esta premissa, assentou a Corte que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto. Por isso, a descriminalização do aborto, tendo em vista a relevância do bem jurídico em jogo, não poderia ser operada, a não ser nas hipóteses específicas acima mencionadas. Diante disso, o Tribunal reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade da lei questionada.

Assim, em 1976 foi alterada a legislação para que se conformasse com a decisão da Corte Constitucional. A nova norma proibia e criminalizava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação e incesto e razões sociais e econômicas.

Mais tarde, com a unificação da Alemanha, foi necessária a edição de nova legislação sobre a matéria, visando a conciliar o tratamento dispensado ao tema na antiga Alemanha Oriental – em que o aborto era livre no primeiro trimestre de gestação – com aquele existente na Alemanha Ocidental, acima descrito. Com este objetivo, foi elaborada nova lei, promulgada em 1992, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto nos primeiros três meses de gravidez. Porém, a norma dispunha que, antes de realizar a interrupção da gravidez, a gestante deveria submeter-se a um serviço de aconselhamento, que tentaria demovê-la da idéia, e aguardar um período de três dias. A principal característica da nova legislação estava no fato de que visava a evitar o aborto através de mecanismos não repressivos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, dentre outros, no afã de eliminar as causas materiais que levam as mulheres a procurarem a interrupção da gravidez.

Mais uma vez, a legislação foi contestada na Corte Constitucional, que emitiu decisão em 1993, conhecida como Aborto II. Neste julgamento, ela considerou inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial de gestação, a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante. Porém, ela afirmou que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo. Vale transcrever alguns dos trechos mais significativos da decisão:

*“Os embriões possuem dignidade humana; a dignidade não é um atributo apenas de pessoas plenamente desenvolvidas ou do ser humano depois do nascimento... Mas, na medida em que a Lei Fundamental não elevou a proteção da vida dos embriões acima de outros valores constitucionais, este direito à vida não é absoluto... Pelo contrário, a extensão do*

*dever do Estado de proteger a vida do nascituro deve ser determinada através da mensuração da sua importância e da necessidade de proteção em face de outros valores constitucionais. Os valores afetados pelo direito à vida do nascituro incluem o direito da mulher à proteção e respeito à própria dignidade, seu direito à vida e à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade...*

*Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. 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 e sociais 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, como regra geral, é ilegal.”<sup>24</sup>*

Em 1995, uma nova lei foi editada para adequar-se à decisão da Corte Constitucional. O novo diploma, afora as hipóteses de aborto legal, referidas na decisão, descriminalizou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação. A lei estabeleceu um procedimento pelo qual a mulher que queira praticar o aborto deve recorrer a um serviço de aconselhamento, que tentará convencê-la a levar a termo a gravidez. Depois

---

24 88 BverfGE 203. O acórdão está parcialmente reproduzido em língua inglesa em Donald Kommers, *Op. cit.*, pp. 349-356.

disso, há um intervalo de três dias que ela deve esperar para, só então, poder submeter-se ao procedimento médico de interrupção da gravidez.

## 2.5. Portugal

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu, no Acórdão 25/84, proferido no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, a legitimidade constitucional de lei lusitana que permitira o aborto em circunstâncias específicas – risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual. A norma em questão fora impugnada em razão de suposta violação ao direito à vida do nascituro. Na sua decisão, o Tribunal afirmou que a Constituição de Portugal tutela o direito à vida do feto, mas não com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas. Aduziu, assim, que a questão da autorização legal do aborto depende de ponderação entre este direito à vida do nascituro com outros direitos fundamentais da mãe, e que o sopesamento de interesses constitucionais feito no caso pelo legislador não deveria ser censurado. Do aresto em questão, pode-se destacar os seguintes trechos:

*“A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde ... o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto ‘não nascido’, não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir...*

*A matéria relativa à colisão ou situação conflitual que pode gerar-se entre os valores ou interesses do nascituro e os da mãe merece ser aprofundada mais um pouco...*

*E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido.*

*Em todo caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra..., pode ser maior ou menor, em face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando então uma certa liberdade conformativa para o legislador, dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional.”<sup>25</sup>*

<sup>25</sup> O acórdão encontra-se reproduzido na íntegra em Jorge Miranda. *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, v. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996, pp. 163-244.

A problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser afluída pelo Tribunal Constitucional no Acórdão nº 85, proferido em 1985, em que se afirmou:

*“... a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indifferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucional objectivo (Constituição, art. 24, nº 1). Todavia, só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito – pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros.*

*É este um dado simultaneamente biológico e cultural, que o direito não pode desconhecer e que nenhuma hipostasiação de um suposto ‘direito a nascer’ pode ignorar: qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, nem no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.”*

E, mais recentemente, o tema do aborto foi retomado pelo referido Tribunal Constitucional no Acórdão nº 288, proferido em 1998. Tratava-se agora do controle preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo, versando sobre a despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial. Neste julgamento, reiterou a Corte lusitana o seu entendimento de que a vida intra-uterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas. Daí porque, admitiu a ponderação entre esta vida e direitos fundamentais das mulheres, considerando que o tempo de gestação afigurava-se critério adequado para solução desta colisão de interesses constitucionais. Nas palavras do Tribunal português:

*“Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes... Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo’, sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente ‘desfazer-se’ do embrião logo no iní-*



*cio de uma gravidez ou quem pretenda 'matar' o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser partilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na união Européia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem...*

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

Porém, no referendo, cuja validade o Tribunal reconhecera, a proposta de legalização incondicionada do aborto no início da gestação foi derrotada (houve índice elevadíssimo de abstenção, só tendo votado 31,9% dos eleitores inscritos). Embora não se tratasse de consulta popular vinculativa, o legislador português seguiu a orientação referendária, rejeitando a mudança legislativa pretendida. Assim, hoje, em Portugal, o aborto só é legal em casos específicos, de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual.

## 2.6. Espanha

Em 1985 foi aprovado, na Espanha, projeto de lei alterando o Código Penal, passando a permitir às gestantes a realização do abortamento, por médico, em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. Um grupo de parlamentares contrários ao aborto impugnou o projeto na Corte Constitucional, que, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, decidiu que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Não obstante, a Corte, no Acórdão 53/1985, declarou a inconstitucionalidade do projeto, por considerar que ele falhara ao não exigir, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico, um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de interrupção da gravidez.

No citado acórdão, adotou-se também como premissa a idéia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento. Para a Corte espanhola, não há um direito fundamental à vida do embrião ou feto, muito embora esta vida seja um bem constitucionalmente protegido. Daí, concluiu o Tribunal no sentido da admissibilidade da realização de ponderação entre

a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida. De acordo com a decisão proferida, os casos envolvendo aborto,

*“... não podem contemplar-se tão-somente desde a perspectiva dos direitos da mulher nem desde a proteção da vida do nascituro. Nem esta pode prevalecer incondicionalmente frente àqueles, nem os direitos da mulher podem ter primazia absoluta sobre a vida do nascituro ... Por isso, na medida em que não se pode afirmar de nenhum deles (os interesses em conflito) seu caráter absoluto, o intérprete constitucional se vê obrigado a ponderar os bens e direitos ... tratando de harmonizá-los se isto for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que se poderia admitir a prevalência de um deles.”<sup>26</sup>*

Nesta mesma decisão, a Corte espanhola refutou a alegação de inconstitucionalidade do projeto de lei questionado, por violação ao direito dos pais. Estes, pelo projeto, não tinham de ser consultados antes da interrupção da gravidez. Mas, para o Tribunal, tal fato não ensejaria qualquer inconstitucionalidade, uma vez que *“a peculiar relação entre a grávida e o nascituro faz com que a decisão afete primordialmente àquela”*.

Logo em seguida ao referido julgamento foi elaborada nova legislação, sanando o vício apontado pelo Tribunal Constitucional espanhol, mas reiterando as mesmas possibilidades de interrupção voluntária da gravidez da norma anterior. Esta lei se encontra até hoje em vigor. E convém destacar que, na prática, tem prevalecido na Espanha um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, elastecendo com isto as possibilidades de aborto legal.

## 2.7. Canadá

No Canadá, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Morgentaler, Smoling and Scott vs. The Queen*, proferido em 1988, também reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto. Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o aborto, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante.

<sup>26</sup> Acórdão disponível no sítio <http://www.boe.es>. O texto reproduzido foi traduzido livremente pelo autor.

Naquela decisão, relatada pelo *Chief Justice Dickson*, declarou-se que “forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar uma gravidez até o fim, a não ser que se enquadre em certos critérios sem relação com suas próprias prioridades e aspirações constitui uma profunda interferência no corpo da mulher e, por isso uma violação da sua segurança pessoal”.<sup>27</sup> Outro fundamento adicional em que se baseou a Corte canadense foi o fato de que o procedimento previsto na legislação para permissão do aborto encerrava o risco de um grande atraso na realização do procedimento médico, o que trazia abalo emocional para as gestantes, além de aumentar o risco para a sua saúde.

## 2.8. Comissão e Corte Européia de Direitos Humanos

A Convenção Européia de Direitos Humanos não dispõe expressamente sobre a proteção ao nascituro. Contudo, a Comissão foi provocada na década de 80 por um cidadão inglês,<sup>28</sup> que afirmava que a decisão unilateral de sua mulher de realizar o aborto, realizada com amparo na legislação inglesa – o *Abortion Act* de 1967 – violava o direito à vida, previsto no art. 2º daquela Convenção, assim como o direito à privacidade familiar, consagrado no seu art. 8º. A Comissão declarou inadmissível o requerimento, argumentando que a palavra “pessoa”, utilizada no art. 2º da Convenção, só seria aplicável a indivíduos já nascidos. E conclui que, em se tratando de interrupção da gestação realizada na fase inicial de gravidez, o direito à vida familiar do genitor potencial deveria ceder, numa ponderação, ante os direitos à saúde e ao respeito da vida privada da mãe.<sup>29</sup>

Já o caso levado à Corte Européia de Direitos Humanos, julgado em 1992, envolvia a Irlanda, país que, pela fortíssima influência católica, tem a legislação mais repressiva de toda a Europa e proíbe o aborto em todos os casos. Tendo em vista o teor da legislação irlandesa e a facilidade de deslocamento no âmbito europeu, tornou-se comum que mulheres irlandesas via-

27 O relato do caso e os trechos mais importantes do acórdão encontram-se em Vicki C. Jackson & Mark Tushnet. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999, pp. 76-113. O trecho acima reproduzido foi traduzido livremente pelo autor.

28 Até a edição da Resolução nº 11, em 1998, os cidadãos europeus não possuíam legitimidade ativa perante a Corte Européia de Direitos Humanos. Tinham de formular seus requerimentos perante a Comissão Européia de Direitos Humanos, que, se os considerasse admissíveis e não alcançasse solução amigável com os Estados, podia levar as questões para a Corte Européia, em sistemática muito semelhante à que hoje vigora no nosso sistema interamericano. Atualmente, contudo, já pode o cidadão europeu acionar diretamente a Corte Européia de Direitos Humanos. Cf., a propósito, Henry H. Steiner & Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 797-801.

29 Cf. José Adércio Leite Sampaio. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 332-333.

jassem para o exterior – sobretudo para a Inglaterra, que possui regulamentação bastante liberal na matéria – em busca do aborto seguro. Duas clínicas de aconselhamento, que vinham fornecendo informações sobre instituições inglesas que realizavam aborto, foram proibidas de continuar a fazê-lo, por decisão da Suprema Corte da Irlanda, que se baseou na tutela do direito à vida do nascituro. Diante disso, as clínicas recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que houvera ofensa ao direito humano ao fornecimento e recebimento de informações.

Sem examinar a questão relacionada à existência seja de um direito ao aborto, seja de um direito à vida do nascituro, a Corte pronunciou-se pela invalidade das restrições, em razão de ofensa ao princípio da proporcionalidade,<sup>30</sup> afirmando que a medida adotada pelo Estado irlandês teria sido excessiva. Note-se que, muito embora a Corte não tenha examinado a questão do direito ao aborto, infere-se da sua decisão que a vida intra-uterina não pode ser protegida com a mesma intensidade que a vida de pessoa nascida. Com efeito, ninguém questionaria o poder de um Estado de proibir o fornecimento de informações contendo endereços, telefones e contatos de assassinos, visando a encomenda de homicídios. O tratamento diferente dado ao caso revela, portanto, uma posição que, nas suas entrelinhas, recusa qualquer equiparação entre a proteção da vida do nascituro e a do indivíduo após o nascimento. E esta postura se evidencia também na parte da decisão em que a Corte, rebatendo a argumentação do governo irlandês, afirmou que o aumento da procura de abortos no exterior por mulheres irlandesas devia-se não ao trabalho das clínicas de aconselhamento, mas ao excessivo rigor da legislação daquele país.

## 2.9. Conclusão Parcial

A análise das posições acima expostas confirma a tendência à liberalização da legislação sobre o aborto, em razão da proteção de direitos humanos das gestantes. É relevante notar que os exemplos referem-se a países com tradições constitucionais relativamente próximas à nossa, e que também possuem constituições em que os direitos fundamentais desfrutam de posição privilegiada no sistema jurídico.

Contudo, nota-se também que, de um modo geral, reconheceu-se esta-tura constitucional ao interesse na preservação da vida do nascituro, que aumenta na medida em que progride a gestação. Daí porque, apesar das variações nas soluções perfilhadas, pode-se afirmar que, de um modo geral,

---

30 O acórdão está reproduzido em Vincent Berger. *Jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l' Homme*, 5e éd., Paris: Ed. Sirey, 1996, pp. 428-432.

o que buscam as legislações modernas nesta matéria é um ponto de equilíbrio entre, de um lado, os direitos humanos das gestantes, e, do outro, a proteção à vida do embrião ou feto. Na nossa opinião, que será aprofundada nos itens seguintes, a ordem constitucional brasileira impõe seja trilhado este mesmo caminho, já que ela consagra a proteção de direitos fundamentais da mulher correlacionados à sua saúde e autonomia reprodutiva, mas também protege a vida do nascituro – embora não com a mesma intensidade com que garante a vida das pessoas já nascidas.

### 3. O Aborto sob a Perspectiva Constitucional no Brasil

#### 3.1. A Constitucionalização do Direito e o Aborto

A Constituição de 88 não tratou expressamente do aborto voluntário, seja para autorizá-lo, seja para proibi-lo. Isto não significa, por óbvio, que o tema da interrupção voluntária da gravidez seja um "indiferente constitucional". Muito pelo contrário, a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, na medida em que envolve o manejo de princípios e valores de máxima importância consagrados na nossa Carta Magna.

Ademais, na quadra histórica presente, tem-se afirmado que o reconhecimento da força normativa da Constituição, o caráter vinculante dos seus princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional são ingredientes fundamentais do fenômeno da constitucionalização do Direito.<sup>31</sup> Tal fenômeno não se limita à regulação, pelas constituições contemporâneas, de matérias que no passado inseriam-se na esfera exclusiva do legislador ordinário. Mais que isso, ele envolve a idéia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais; de que todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira "filtragem" constitucional,<sup>32</sup> para que se conformem à tábua axioló-

31 Cf., a propósito, Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; Luis Roberto Barroso. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional", In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 03-46; Louis Favoreau. *Legalidad y Constitucionalidad: La Constitucionalización del Derecho*. Trad. Magdalena Correa Heno. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000; Luigi Ferrajoli. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". In: Miguel Carbonell, Wistano Orozco e Rodolfo Vázquez (Coords.), *Estado de Derecho*. México: Siglo XXI Editores, 2002, pp.187-204; e Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.

32 Cf. Clemerson Merlin Clève. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo". In: *Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, pp. 34-55; Paulo Ricardo Schier. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

gica subjacente à Lei Maior. Trata-se de um imperativo decorrente do reconhecimento da supremacia formal e material da Constituição sobre o Direito infraconstitucional, mas também de uma tomada de posição no sentido da mobilização do potencial emancipatório da Constituição em prol da efetiva transformação da sociedade.

No caso brasileiro, este processo se intensifica sob a égide da Constituição de 1988, que inaugurou uma fase inteiramente nova em nosso constitucionalismo. Pela primeira vez em nossa história, pode-se dizer que a Constituição está se incorporando ao cotidiano dos tribunais. Apesar do persistente *déficit* de efetividade constitucional em determinadas questões, sobretudo as concernentes à justiça social, é fato que a Carta de 88 não é mais vista pelos operadores do Direito como uma mera proclamação simbólica de princípios políticos desvestidos de força cogente. Pelo contrário, cada vez mais ela é empregada diretamente na resolução das mais variadas questões, e já se pode falar no país do desenvolvimento de um certo "sentimento constitucional" entre o povo.

E o melhor: trata-se de uma Constituição com características muito singulares, que apresenta, como sua marca mais notável, a preocupação central com os direitos humanos. Este foco se evidencia desde já pela própria estruturação do texto constitucional: se, nas constituições anteriores, primeiro tratava-se da organização do Estado, e só ao fim eram consagrados os direitos, agora inverte-se esta ordem e os direitos passam a ser afirmados antes, como uma espécie de testemunho da sua prioridade axiológica. Na verdade, a Constituição de 88 não só hospedou em seu texto um generoso catálogo de direitos fundamentais, incorporando direitos individuais, políticos, sociais e difusos, como também atribuiu a eles aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), e protegeu-os, ainda, diante do próprio poder constituinte derivado (art. 60, § 4º).

Neste contexto, parece evidente que é, sobretudo, na Constituição que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido à questão da interrupção voluntária de gravidez no Brasil. É certo que, numa democracia, existe um espaço próprio para que o legislador, como representante do povo, decida sobre questões controvertidas como o aborto. Mas este espaço não é infinito. Ele está emoldurado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais que esta garante. Tal constatação justifica, ao nosso ver, a opção metodológica do presente estudo, que priorizou a dimensão constitucional do debate a propósito do aborto.

Portanto, em que pese o reconhecimento de uma esfera de liberdade de conformação do legislador na regulamentação da matéria, existem limites constitucionais que devem ser observados, que concernem não só aos direitos fundamentais da mulher, como também à proteção do feto. A seguir, tentaremos explorar estes limites.

### 3.2. Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas

Talvez não haja nenhum outro tema que provoque reações tão apaixonadas como o aborto. E este passionalismo deve-se não apenas à transcendência dos interesses envolvidos, mas também, cumpre reconhecer, às dimensões religiosas da nossa problemática. Não é necessário lembrar, no particular, a posição radical assumida pela Igreja Católica, que condena o aborto em qualquer circunstância – até mesmo naquelas hoje admitidas pela retrógrada legislação brasileira. Nem é preciso recordar que o catolicismo continua sendo a religião majoritária no país.<sup>33</sup>

Neste contexto, deveria o Direito curvar-se diante da religião, impondo coercitivamente, inclusive aos não crentes, as posições de determinada confissão religiosa, ainda que majoritária? O fato de o catolicismo predominar no Brasil constituiria justificativa legítima para o Estado adotar medidas legislativas que simplesmente endossassem as concepções morais católicas? A resposta a estas perguntas só pode ser negativa.

A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. Este princípio não indica nenhuma má-vontade do constituinte em relação ao fenômeno religioso, mas antes exprime “a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”.<sup>34</sup>

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de acei-

33 Observe-se, porém, que, consoante diversas pesquisas de opinião, a maioria dos que se dizem católicos no Brasil não subscreve os posicionamentos radicais da Igreja sobre questões ligadas à sexualidade, reprodução e aborto. Neste sentido, Sílvia Pimentel relata que a agência Datafolha realizou, em julho de 1994, pesquisa entre católicos praticantes e não praticantes em São Paulo, Brasília, Recife e Belém. A agência apurou que, entre os que se disseram católicos praticantes, 11% seguiam a orientação da Igreja, 8% seguiam-na em parte e 81% não a seguiam. Já entre os que se afirmaram católicos não praticantes, só 3% seguiam a Igreja, 3% seguiam em parte e 94% não seguiam (“Sacralidade da via e o aborto: idéias (in)conciliáveis”. In: *Revista de Estudos Feministas*, nº 02: 153-163, 1996, p. 158).

34 Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 347.

tação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares.<sup>35</sup> A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e eqüidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais e filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os *outsiders*. Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, “*um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância*”.<sup>36</sup>

Esta afirmação pode parecer estar em contradição com a idéia fundamental nas democracias de que, inviável o consenso, as normas jurídicas devem expressar as convicções das maiorias. Mas a contradição é apenas aparente. Isto porque, o princípio básico subjacente à democracia é o de que as pessoas devem ser tratadas com igualdade.<sup>37</sup> O princípio majoritário, pelo qual, diante da impossibilidade de consenso, deve-se recorrer ao voto, atribuindo-se peso igual à manifestação de cada cidadão (*one man, one vote*), não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar.<sup>38</sup>

35 Sobre razões públicas, veja-se John Rawls. *Liberalismo Político*. Trad. Sergio René Madero Baez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 204/240.

36 93 BVerfGE 1 (1995).

37 Cf. Ronald Dworkin, “The Moral Reading of the Majoritarian Premise”, *Op. cit.*

38 Cf. Cass Sunstein. “The Republic of Reasons”. In: *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 17-39.



Na verdade, há muito tempo a idéia de democracia não mais se circunscreve à existência de eleições periódicas com respeito do princípio majoritário. Afirma-se, hoje, que a democracia pressupõe a existência de um espaço público aberto, em que as pessoas e grupos possam discutir sobre os temas polêmicos, prontas ao diálogo, reconhecendo-se reciprocamente como seres livres e iguais. A democracia exige deliberação pública e o seu objetivo não é – ou pelo menos não é exclusivamente – o de solucionar divergências contando votos. Presume-se, pelo contrário, que no processo deliberativo as pessoas manifestem-se buscando o entendimento e não a derrota do adversário. Pretende-se que, no espaço público, os cidadãos orientem-se pela busca do bem comum, e não pela defesa incondicional dos seus interesses pessoais ou de grupo. Almeja-se, enfim, que no debate franco de idéias inerente a este processo, as pessoas eventualmente revejam suas posições originais, convencidas pelas razões invocadas pelo outro. Em suma, a democracia deve ser mais diálogo do que disputa; mais comunicação do que embate.<sup>39</sup>

Ocorre que, neste ambiente, as decisões adotadas pelo Estado, como já se disse, devem ser justificadas em termos de razões públicas. Imposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, mas pior, desrespeitados.<sup>40</sup> A divergência tornar-se-á conflito e as bases de legitimação do Estado restarão comprometidas. E o pluralismo, não é demais recordar, mais que um indiscutível fato social, é também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, CF).

Portanto, é imperativo, não só sob o prisma ético, como também sob a perspectiva jurídico-constitucional, que os atos estatais, como as leis, medidas administrativas e decisões judiciais, baseiem-se em argumentos que

39 Cf. Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 09-56; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; John Elster (Comp.). *La Democracia Deliberativa*. Trad. José María Lebron. Barcelona: Gedisa, 2001; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

40 Jürgen Habermas abordou esta questão tendo em vista precisamente o debate travado em torno da proteção devida à vida pré-natal. Segundo o filósofo, “*En el debate normativo de la esfera pública democrática solo cuentan, al fin y al cabo, los enunciados Morales en sentido estricto. Solo los enunciados cosmovisivamente neutrales sobre lo que es por igual bueno para todos y cada uno pueden tener la pretensión de ser aceptables por todos por buenas razones. La pretensión de aceptabilidad racional diferencia los enunciados sobre la solución ‘justa’ de los conflictos de acción de los enunciados sobre lo que es ‘bueno’ para mí o para ‘nosotros’ en el contexto de una biografía o de una forma de vida compartida*” (*El Futuro de la Naturaleza Humana*. Trad. R. S. Carbo. Barcelona: Ed. Paidós, 2002, p. 50).

possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia.

### 3.3. A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro

Não há como discutir a questão da legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. De fato, se a interrupção voluntária da gravidez implica em eliminação desta vida, é preciso verificar se, e até que ponto, ela recebe proteção da ordem constitucional brasileira.<sup>41</sup>

Neste particular, a fundamentação não pode ser construída a partir de pré-compreensões religiosas ou metafísicas particulares, como assentado acima. Nosso tema deve ser examinado com recurso a argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica, e não a partir de dogmas de fé. Portanto, não faz nenhum sentido buscar o equacionamento da questão do aborto levando em consideração, por exemplo, o suposto momento de implantação da "alma" no feto.<sup>42</sup>

41 Esta concepção não é partilhada por todos. Há uma linha, identificada com o setor mais radical do movimento feminista, que defende a tese de que a questão da vida do embrião ou feto é irrelevante para o reconhecimento do direito da mulher ao aborto. A mais conhecida formulação desta tese corresponde à metáfora "do violinista e do bom samaritano" elaborada por Judith Jarvis Thompson. Esta autora norte-americana, em famoso ensaio publicado originariamente em 1971, propôs a seguinte analogia: suponha-se que alguém acorde um dia num leito de hospital, com o rim ligado ao de um famoso violinista. Esta pessoa descobre que fora seqüestrada pela Sociedade dos Amantes da Música, porque seu raríssimo tipo sanguíneo era o único compatível com o do violinista, e está agora conectada por aparelhos ao músico, que morrerá se estes forem desligados. Ela fica sabendo que, ao fim de nove meses de tratamento, o violinista estará curado e os aparelhos poderão ser desligados sem qualquer risco para nenhum dos dois. A autora então indaga se esta pessoa teria o dever moral de aceitar a ligação por nove meses com o violinista, porque este seria o único meio de salvar-lhe a vida. E responde à questão negativamente. Ela diz que embora fosse esta uma conduta elogiável, não existe qualquer obrigação moral que a imponha, pois ninguém tem o dever de ser um "bom samaritano". Assim, conclui Judith Jarvis Thompson que o mesmo raciocínio vale para a gestante, pois ainda que se entenda que a vida do nascituro vale o mesmo que a de alguém já nascido, não se poderia obrigar a mulher a emprestar seu corpo, contra sua vontade, para manter esta vida, tal como não se pode compelir a ninguém a manter seu rim ligado ao de um grande violinista para preservar sua vida (Judith Jarvis Thompson: "A Defense on Abortion". In: Ronald Dworkin. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 112-128).

42 Destaque-se que no âmbito da própria Igreja Católica esta questão é controversa. Embora o magistério pontifício contemporâneo pareça inclinar-se para a tese da animação imediata – pela qual a alma é implantada no corpo já no momento da concepção –, grandes mestres da Igreja, como São Tomas de Aquino, sustentaram a tese da animação retardada, de acordo com a qual a alma só seria introduzida em fase posterior, no curso da gestação.

A tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustentar-se-á, por outro lado, que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extra-uterina.<sup>43</sup> O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal.

Aliás, a idéia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto – 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal) –, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código).

Trata-se, por outro lado, de noção fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto. Tome-se o exemplo do aborto espontâneo: por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento.

E esta crença também encontra fundamentos científicos, diante da constatação de que, pelo menos até a formação do córtex cerebral – que só acontece no segundo trimestre de gestação –, não há nenhuma dúvida sobre a absoluta impossibilidade de que o feto apresente capacidade mínima para a racionalidade.<sup>44</sup> Antes disso, o nascituro não é capaz de qualquer tipo de

43 Cf. no mesmo sentido, Carlos Maria Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

44 A valorização da racionalidade para a definição da personalidade humana chega ao extremo na filosofia moral kantiana, de reconhecida influência no Direito moderno. Nas palavras do filósofo de Königsberg, “o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio” (“Fundamentação à Metafísica dos Costumes”. Trad. Paulo Quintela. In: *Kant (II): os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 109-162, p. 135).

É preciso, contudo, não hipostasiar o elemento racional na definição da personalidade, sob pena de chegar-se ao extremo de negar a condição de pessoa às crianças pequenas e às pessoas portadoras de deficiência mental severa. Neste exagero parece ter incidido H. Tristan Engelhart Jr., um dos mais importantes autores da Bioética, que segue a orientação neokantiana (cf. H. Tristan Engelhart Jr., *Fundamentos da Bioética*, São Paulo: Edições Loyola, 1998, pp. 168-176).

sentimento ou pensamento, pois, como ressaltou Maurizio Mori, “o córtex constitui o substrato biologicamente necessário do qual emerge a novidade do nível cultural-racional”, sem a qual, nas palavras do autor italiano, não existe senão a “naturalidade do mundo orgânico”.<sup>45</sup>

Por todas estas razões, afirma-se que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa.<sup>46</sup> Isto, frise-se bem, decorre não apenas da lei. Recorde-se, no particular, que o Código Civil brasileiro é expresso ao estabelecer, logo no seu art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.<sup>47</sup> Mas é claro que se a legislação ordinária negasse personalidade a quem é pessoa – como no passado se fazia com os escravos – ela seria inválida, por manifesta inconstitucionalidade. Isto porque, o primeiro direito

---

Para uma densa crítica destas posições, veja-se Vicente de Paulo Barreto. “A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética”. In: Heloisa Helena Barboza; Jussara M. L. Meirelles & Vicente de Paulo Barreto. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 219-257.

45 *Op. cit.*, p. 55.

46 Ronald Dworkin, em obra importante sobre aborto e eutanásia, sustentou que a questão da personalidade do feto não é o problema essencial quando se discute aborto. Para ele, apesar da confusão conceitual que impera no debate sobre a matéria, a retórica contra o aborto pode basear-se em duas linhas argumentativas diversas. A primeira, que ele chamou de “objeção derivativa”, é a de que o embrião, desde a sua concepção, já constitui criatura com direitos e interesses próprios, dentre os quais o de proteção à sua vida. A outra, tachada de “objeção independente”, diz que a vida humana é sagrada desde o início, pois possui um valor intrínseco e inato, ainda que o nascituro não tenha sensações, interesses ou direitos próprios. Mas, de acordo com Dworkin, o ponto central do debate sobre aborto não é a propósito dos eventuais direitos do feto, mas sobre o significado do chamado “caráter sagrado da vida”. Portanto, a controvérsia deve centrar-se na análise da objeção independente e não na discussão da objeção derivativa à interrupção voluntária da gravidez.

A partir desta premissa, Dworkin, examinando a objeção independente, afirma que existem duas grandes posições a propósito do que tornaria a vida humana “sagrada”. Uma, que ele identifica aos conservadores, e que se opõe ao reconhecimento ao direito ao aborto, enfatiza que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado. Os religiosos, que entendem que a vida é sagrada porque provém da vontade divina, enquadram-se perfeitamente neste rótulo. A outra, associada aos liberais, atribui um peso superior ao investimento humano feito na vida, realizado através de decisões individuais, educação, empenho pessoal, etc. Portanto, para um liberal, há uma violação maior à sacralidade da vida quando uma mulher é obrigada a ter um filho que não desejava, frustrando com isso seus planos de vida, do que quando um feto, na fase inicial da gestação, é eliminado. Para ele, portanto, os defensores do direito ao aborto não se opõem à idéia de sacralidade da vida, mas se baseiam numa concepção diversa sobre o que tornaria a vida humana sagrada, valorizando mais o investimento humano e criativo nela realizado do que o investimento natural (Ronald Dworkin. *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente pp. 01-63)

47 O novo código manteve, neste particular, a mesma orientação adotada pela codificação de 1916. O posicionamento dominante na doutrina brasileira e na jurisprudência dos tribunais superiores era, antes, e continua a ser, depois do novo Código, no sentido de que só com o nascimento surge a personalidade jurídica, tendo o nascituro apenas uma personalidade potencial, que só vem a concretizar-se após o parto com vida. O debate sobre a questão encontra-se sumariado em Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza & Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil Interpretado*, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 06-11.

humano é o que cada indivíduo tem de ser tratado e considerado como pessoa;<sup>48</sup> um verdadeiro “direito a ter direitos”, se quisermos tomar emprestada a célebre fórmula arendtiana.<sup>49</sup>

Neste ponto, cumpre esclarecer que falar em vida humana e em pessoa humana não é a mesma coisa.<sup>50</sup> Indiscutivelmente, o embrião pertence à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humano. Por outro lado, embora habite o corpo da mãe, ele, obviamente, não se confunde com as vísceras maternas, ao contrário do que afirmavam os antigos romanos.<sup>51</sup> Possui o embrião identidade própria, caracterizada pelo fato de que constitui um novo sistema em relação à mãe e é dotado de um código genético único – ressalvado o caso dos gêmeos homozigóticos – que já contém as instruções para o seu desenvolvimento biológico. Trata-se, portanto, de autêntica vida humana.

Não obstante, não é o feto ainda pessoa.<sup>52</sup> É pessoa *in fieri*, pessoa potencial, mais ainda não é pessoa, da mesma forma que uma semente pode ser qualificada como árvore em potência, mas nunca como árvore.<sup>53</sup> Como vida humana, e como projeto de pessoa, merece já o nascituro a proteção do ordenamento e da Constituição. Não, porém, o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa. Neste sentido, colha-se a lição de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

*“A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...)”*

48 Cf. Karl Larenz. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 59.

49 Hannah Arendt, como se sabe, usou a expressão “direito a ter direitos” para referir-se ao direito à cidadania, apontando para os abusos cometidos por regimes totalitários que retiravam a nacionalidade de pessoas por razões étnicas ou políticas, tornando-as apátridas e sem direitos (*The Origins of Totalitarianism*, New York: The Harvest Book, 1973).

50 Cf. Maurizio Mori. *A Moralidade do Aborto*, Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: Ed. UnB, 1997, pp. 43-62.

51 O feto era considerado em Roma como *pars viscerum matris* (parte das vísceras maternas). Em alguns momentos o aborto foi proibido, mas não por qualquer preocupação com o nascituro, e sim porque ele era considerado como uma violação do direito do marido à prole (cf. Nelson Hungria, “Primeira Parte”. In: Nelson Hungria & Heleno Fragoso. *Comentários ao Código Penal*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 270-271).

52 Cf. Jürgen Habermas, para quem “*El ser genéticamente individuado en el claustro materno nos es, como ejemplar de una sociedad procreativa, ya persona, Solo en la publicidad de una sociedad hablante el ser natural se convierte a la vez en individuo y persona dotada de razón*” (*El Futuro de la Naturaleza Humana*, Op. cit., p. 53).

53 Cf., no mesmo sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que averbou, “*Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana (...) O embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana*” (“Vida Digna: Direito, Ética e Ciência”. In: Carmen Lúcia Antunes Rocha (Coord.), *O Direito à Vida Digna*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 22).

*Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.”<sup>54</sup>*

Esta posição intermediária, que reconhece a tutela constitucional da vida intra-uterina, mas atribui a ela uma protecção mais débil do que a concedida à vida extra-uterina é a quem tem prevalecido amplamente no mundo. As posições radicais, que equiparam esta tutela à conferida à vida de pessoas nascidas, ou que negam qualquer protecção jurídica ao nascituro, já não seduzem quase ninguém.<sup>55</sup> Elas não podem ser racionalmente aceites porque, como ressaltou Claus Roxin, “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer protecção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações”.<sup>56</sup>

Tal entendimento, professado por praticamente todos os tribunais constitucionais que analisaram a questão do aborto – vide item acima sobre Direito Comparado –, deve ser adotado também no Brasil. Ele está em perfeita harmonia com as percepções sociais dominantes no país – que se afastam, no particular, da ortodoxia católica –, tem respaldo científico e guarda absoluta sintonia com nossa ordem constitucional.

<sup>54</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., v. I, Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

<sup>55</sup> Em sentido contrário ao ora sustentado, veja-se, na doutrina brasileira, a coletânea de artigos de respeitados juristas próximos ao pensamento católico, Ricardo Henry Marques Dip (Org.). *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>56</sup> Claus Roxin. “A Protecção da Vida Humana através do Direito Penal”. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet em: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

Não há, por outro lado, incompatibilidade intransponível entre dita concepção e o disposto no art. 4.1. do Pacto de San José da Costa Rica,<sup>57</sup> segundo o qual, *“toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”*.

Com efeito, a tese que ora se sustenta também parte da premissa de que a proteção da vida se inicia no momento da concepção. Apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante. Aliás, o emprego da expressão “em geral”, no texto do artigo em discussão, revela com nitidez que as partes celebrantes do tratado não quiseram conferir à vida intra-uterina uma proteção absoluta.<sup>58</sup>

Neste particular, o uso da cláusula “em geral” evidencia que a proteção à vida intra-uterina deve ser concebida como um princípio e não como regra. Em outras palavras, e empregando a conhecida fórmula de Robert Alexy, a proteção ao nascituro constitui um “mandado de otimização”<sup>59</sup> em favor de

57 Não é necessário, no presente contexto, adentrar no debate sobre o caráter constitucional, ou não, dos tratados internacionais sobre direitos humanos, incorporados ao ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Destaque-se, apenas, que o STF, antes do advento da referida emenda, decidira no sentido da hierarquia de lei ordinária dos mencionados tratados, rechaçando a corrente capitaneada por Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, à qual também nos filiávamos, que atribuía a eles força constitucional, forte no art. 5º, § 2º, da Carta, e no sentido filosófico dos direitos humanos como limites à soberania dos Estados. Agora, porém, a referida emenda acrescentou à Lei Maior um §3º ao seu art. 5º, que expressamente conferiu hierarquia de emenda constitucional aos tratados sobre direitos humanos que sejam aprovados no Congresso, em duas votações sucessivas em cada Casa, com o quorum de 3/5. Discute-se, assim, se o novo preceito implicou ou não em recepção, com hierarquia constitucional, dos tratados anteriores que não seguiram o referido procedimento de incorporação. Veja-se, sobre este debate, Flávia Piovesan. “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”. In: André Ramos Tavares, Pedro Lenza, e Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2004, pp. 67-81.

58 Veja-se, no particular, o insuspeito magistério de Ricardo Henry Marques Dip – ferrenho opositor da liberalização da legislação abortista – que registrou: *“A cláusula ‘em geral’ (...) presente no referido preceito do art. 4º, foi-lhe aposta ao enunciado em virtude de propostas formuladas pelo Brasil e pelos Estados Unidos, quicá para deixar à discrição das autoridades locais os variados casos de aborto”* (“Sobre o Aborto Legal: Compreensão Reacionária da Normativa versus Busca Progressiva do Direito”). In: Ricardo Henry Marques Dip (Org.). *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Op. cit., pp. 355-402, p. 399).

59 De acordo com o magistério de Alexy: *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”*

um interesse constitucionalmente relevante – a vida embrionária –, sujeito, contudo, a ponderações com outros princípios constitucionais, e que pode ceder diante deles em determinadas circunstâncias.

E este entendimento se reforça diante da interpretação sistemática da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. É que a Convenção consagra em seu bojo uma série de outros direitos, titularizados também pelas gestantes, que podem entrar em colisão com a proteção à vida embrionária: é o caso do direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral (art. 5º, 1), do direito à liberdade e segurança pessoais (art. 7º, 1), do direito de proteção à vida privada (art. 11, 2), dentre outros. Assim, a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, na lesão a estes direitos, razão pela qual torna-se essencial a sua relativização.

Não bastasse, mesmo para quem atribua estatura constitucional ao Pacto, é evidente que se deve buscar a harmonização entre seus preceitos e aqueles contidos não só na Constituição da República, como também em outros tratados internacionais sobre direitos humanos. Portanto, tendo em vista a tutela constitucional de direitos como os da saúde da mulher, da privacidade, da autonomia reprodutiva e da igualdade de gênero – que adiante serão examinados –, não haveria como conferir peso absoluto à proteção à vida embrionária, sob pena de criar-se uma contradição insanável na ordem jurídica. E isto fica ainda mais claro quando se acrescenta a este quadro normativo os tratados de direitos humanos voltados à proteção da mulher – notadamente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção de Belém do Pará, elaborada no âmbito da OEA, em 1994 – ambas devidamente incorporadas ao ordenamento nacional e dotadas da mesma hierarquia do Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, é possível concluir que a ordem constitucional brasileira protege a vida intra-uterina, mas que esta proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, mediante uma ponderação de interesses, diante de direitos fundamentais da gestante. E pode-se também afirmar que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, sendo certo que tal fator deve ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

### 3.4. O Direito à Saúde da Gestante

Pode-se dizer que a criminalização do aborto, da forma como está hoje consagrada na legislação penal brasileira, atinge duplamente o direito à

---

(*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 86-87).



saúde das mulheres. Primeiramente, tem-se uma lesão aos direitos das gestantes, quando estas são obrigadas a levar a termo gestações que representam risco ou impliquem em efetiva lesão à sua saúde física ou psíquica. Isto porque, o risco à saúde não constitui hipótese de aborto autorizada pela legislação nacional.

Mas, além disso, verifica-se também uma lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil, decorrente do principal efeito prático das normas repressivas em vigor. Se estas têm eficácia preventiva mínima, e quase não evitam os abortos, produzem um efeito colateral amplamente conhecido e absolutamente desastroso: levam todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas e saúde.

No presente subitem, analisaremos estas duas questões importantíssimas. Mas, antes disso, discorreremos brevemente sobre o direito fundamental à saúde na ordem jurídica nacional, salientando a sua relação com os direitos reprodutivos.

O direito fundamental à saúde, como se sabe, está consagrado nos arts. 6º e 196 do texto magno. Este último dispõe que *"a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"*. E seria dizer o óbvio afirmar a enorme relevância deste direito fundamental para a garantia da vida humana digna. Afinal, a proteção à saúde é muitas vezes um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas humanas.<sup>60</sup>

Sem embargo, há muitas controvérsias sobre o que pode ser judicialmente exigido do Estado em termos de prestações positivas ligadas à saúde, com base no texto constitucional.<sup>61</sup> Isto não só em razão da vagueza do enunciado constitucional que consagra o direito à saúde, mas também pelo fato de que as prestações materiais que tal direito reclama possuem um custo financeiro, e, em um quadro de escassez de recursos, tem de ser enfrentada a questão da chamada "reserva do possível".<sup>62</sup> Discute-se, portanto, até que

60 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, pp. 296-297.

61 Veja-se na doutrina brasileira, em especial, Ingo Wolfgang Sarlet. "Algumas Considerações em torno da Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988". In: *Revista Interesse Público*, nº 12: 137-191, 2001; e Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 272-289.

62 Sobre o tema da eficácia dos direitos sociais prestacionais e a chamada reserva do possível no Direito brasileiro, veja-se, entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., pp. 254-279; Gustavo Amaral. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro:

ponto pode caminhar o Poder Judiciário na concretização deste direito, num regime democrático em que, diante da limitação das verbas disponíveis, as decisões sobre prioridades nos gastos cabem, em regra, ao Legislativo. Neste ponto, a doutrina vem delineando alguns critérios materiais importantes para a ponderação de interesses entre, de um lado, o direito social em jogo – no caso o direito à saúde –, e, do outro, os princípios da separação de poderes, da democracia e da legalidade orçamentária, destacando-se, neste particular, a idéia do mínimo existencial.<sup>63</sup> Tem-se entendido, neste sentido, que o Judiciário não só pode como deve assegurar, mesmo contra a vontade dos poderes políticos, o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais, uma vez que a garantia efetiva deles é condição para a vida digna e constitui pré-requisito para a própria democracia.<sup>64</sup> Não cabe, porém, o aprofundamento desta complexa problemática nos limites do presente estudo.

De qualquer sorte, cumpre referir que a idéia de saúde, à qual se liga o corresponsivo direito fundamental, é bastante ampla e compreensiva. Neste ponto, tem-se invocado a definição adotada pela Organização Mundial da Saúde, segundo a qual “saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.<sup>65</sup>

Por outro lado, é ainda importante destacar que o direito à saúde envolve tanto um aspecto defensivo como uma dimensão prestacional, como, de resto, praticamente todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais. Na dimensão defensiva, este direito atua como um mecanismo de bloqueio, para impedir que condutas do Estado ou de terceiros venham a lesar ou ameaçar a saúde do titular do direito. E a dimensão prestacional impõe ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, bem como fornecer prestações materiais aos cidadãos correlacionadas à saúde, tais como atendimento médico e

---

Renovar, 2001; Ana Paula de Barcellos. *Op. cit.*; Marcos Maselli Gouvêa. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; e Andréas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- 63 O mínimo existencial corresponde, segundo a visão doutrinária majoritária, às prestações materiais básicas sem as quais não há vida humana digna. Sobre o mínimo existencial, veja-se Ricardo Lobo Torres. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”. In: Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 01-46; Andréas J. Krell. *Op. cit.*, pp. 59-65; e Ana Paula de Barcellos. “Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.” In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *A Legitimação dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 11-50.
- 64 Cf. Rodolfo Arango. “Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy”. In: *Ratio Juris*, v. 16, nº 02, jun., 2003, pp. 141-154.
- 65 Preâmbulo do Ato Fundador da Organização Mundial da Saúde, assinado por 61 Estados, dentre os quais o Brasil.

medicamentos. Portanto, o direito à saúde não é exclusivamente um direito positivo ou negativo. Ele desempenha simultaneamente ambas as funções.

Esta afirmação é relevante no contexto do nosso estudo, uma vez que tanto a dimensão negativa como a positiva do direito à saúde são mobilizadas na questão da proibição geral do aborto. A dimensão negativa entra em cena, por exemplo, quando se verifica que a proibição do aborto, sob ameaça de sanção penal, em casos que envolvam riscos à saúde física ou psíquica da gestante, constitui lesão a este direito. Para cessar a ofensa, é preciso limitar o Estado, proibindo-o de agir contra as gestantes e profissionais de saúde enquadrados nesta situação. E a dimensão positiva vem à baila quando se percebe que seria insuficiente apenas remover a interdição legal ao aborto dentro de certos casos, para eliminação dos riscos envolvidos na realização de procedimentos clandestinos pelas gestantes. Sem a garantia da realização dos procedimentos médicos necessários no sistema público de saúde, as mulheres pobres continuariam sujeitas aos mesmos riscos, já que, pela falta de recursos, não teriam acesso à rede sanitária privada.

Há direta relação entre o direito à saúde e os direitos reprodutivos. Estes são, na definição de Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota, "*direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana*", devendo compreender "*o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde*".<sup>66</sup> A preocupação com os direitos reprodutivos é recente, e estes se consolidam no plano internacional sobretudo a partir das Conferências do Cairo, de 1994, e de Beijing, de 1995, como o resultado da luta do movimento feminista. Isto porque, embora os direitos reprodutivos sejam titularizados tanto por homens como por mulheres, as questões de saúde reprodutiva são muito mais críticas para o gênero feminino.<sup>67</sup>

Assentadas estas premissas, deve-se voltar a atenção aos tópicos específicos identificados no início deste subitem. Cabe então examinar, inicialmente, se é constitucional ou não a interdição e a criminalização do aborto em casos em que haja risco comprovado à saúde da gestante.

E a resposta só pode ser negativa. Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não é razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde física ou psíquica. Devidamente comprovado o risco, deve ter a gestante o direito de optar pela interrupção da gestação, no afã de salvaguardar sua própria higidez física e

66 "A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno". In: Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 167-2002, p. 168.

67 Cf. Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens & Mahmoud Fathalla. *Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos*. Trad. Andrea Romani, Renata Perroni e equipe. Rio de Janeiro: Edições Cepia, 2004, pp. 14-17.

psíquica. Isto porque, como foi assentado anteriormente, a proteção constitucional ao nascituro não tem a mesma intensidade do que a assegurada pela Lei Maior aos indivíduos já nascidos.

Recorde-se, neste particular, que foi exatamente assim que decidiu a Corte Constitucional italiana, ao declarar a inconstitucionalidade de norma incriminadora do aborto inserida no Código Penal, exatamente porque não previra a hipótese de interrupção da gravidez em decorrência de risco à saúde materna.<sup>68</sup> E é relevante destacar, neste ponto, que a maioria das legislações que tratam do aborto – mesmo as que optaram pela criminalização como regra geral – admitem a interrupção voluntária da gravidez em casos de risco devidamente constatado à saúde da gestante.

Porém, ainda mais grave, pelo menos sob o ponto de vista quantitativo, é a questão dos riscos concernentes aos abortos clandestinos. Não pode o Estado ignorar a realidade de que a legislação penal é absolutamente ineficaz no que tange à prevenção do aborto e proteção à vida pré-natal, e produz como consequência inexorável a exposição a riscos graves e desnecessários da vida de multidões de mulheres, integrantes sobretudo dos extratos sociais mais baixos. É certo que o aborto não é, nem pode ser tratado como se fosse, um simples método anticoncepcional. Isto seria incompatível com a proteção devida à vida do nascituro.

Sem embargo, a experiência já comprovou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intra-uterinas não é a repressão criminal. Ao invés disso, outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais, como, por exemplo, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma “escolha de Sofia” entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas.

A prova mais eloqüente de que a proibição legal e a criminalização do aborto não impedem a prática que estigmatizam são as estimativas alarmantes sobre números anuais de abortamentos clandestinos no país. É verdade que, em razão da ilegalidade do aborto no Brasil, não existem dados oficiais sobre seu número. Mas a Rede Feminista de Saúde, empregando metodologia científica baseada na quantidade de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados por ano no SUS, estimou que o total anual de abortos clandestinos ocorridos no país, entre 1999 e 2002, seja algo entre 705.600 e 1.008.000.<sup>69</sup>

68 Veja-se o item 2.3. deste estudo.

69 *Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis*. Op. cit., p. 19.

Hoje, o preço cobrado por uma clínica de aborto nos centros urbanos do país – em que estes procedimentos, apesar de ilegais, são realizados em melhores condições de segurança e higiene –, oscila entre R\$ 1.500,00 e R\$ 3.500,00.<sup>70</sup> Estes valores implicam, obviamente, na exclusão da absoluta maioria da população feminina brasileira, que se vê forçada a recorrer a métodos muito mais precários, que vão da ingestão de substâncias venenosas até a introdução de objetos pérfuro-cortantes no útero. Não é preciso ressaltar o impacto tenebroso deste quadro para a saúde deste enorme contingente de mulheres.

De acordo com o Ministério da Saúde, o número de óbitos provocados por complicações decorrentes de abortos no país, entre 1999 e 2002, foi 518. É certo, no entanto, que este número é infinitamente maior, seja em razão da sub-notificação de mortes, seja pela natural tendência dos profissionais de saúde de mascararem a causa real do óbito nesta situação, em razão da ilegalidade do aborto.<sup>71</sup> E não é preciso ser muito perspicaz para descobrir o perfil destas vítimas: são quase invariavelmente mulheres pobres e frequentemente negras.

Portanto, o quadro que se desenha diante dos olhos é profundamente desalentador, mas é também muito claro: a proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata muitas mulheres e impõe graves seqüelas a outras tantas!

Veja-se, por outro lado, que não bastaria, para solucionar este problema, a simples descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, dentro de determinados prazos e condições. Isto muito pouco adiantaria se os procedimentos médicos não pudessem ser realizados gratuitamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pois, do contrário, as mulheres pobres continuariam fatalmente exposta à mesma *via crucis*, em detrimento da sua saúde e expostas aos mesmos riscos de vida.

Na verdade, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, tal como recomendado pelas Plataformas das Conferências do Cairo e de Beijing, não haverá como escapar desta equânime solução. Isto porque, o direito à saúde, nos termos do ditado constitucional, rege-se pelo princípio do *“atendimento integral”* (art. 198, inciso II). De acordo com este princípio, o Estado, através do Sistema Único de Saúde, deve assegurar os tratamentos e procedimentos necessários a todos os agravos à saúde humana. E, concretizando o referido mandamento constitucional, o art. 7º, inciso IV, da Lei 8.080/90, definiu como princípio do Sistema Único de Saúde *“a integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e*

70 *Idem*, p. 20.

71 *Idem*, pp. 23-25.

*serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.*

E nem se objete que a realização de abortos no SUS implicaria na assunção de gastos desmesurados pelo Poder Público. Na verdade, apesar da atual ilegalidade do aborto, o Governo já gasta, hoje, vultuosos recursos para tratar das conseqüências dos abortos clandestinos sobre a saúde das mulheres. Só com o pagamento de curetagens são aproximadamente R\$ 29,7 milhões por ano,<sup>72</sup> sem contar outros procedimentos e/ou tratamentos que por vezes se tornam necessários para acudir à saúde feminina.

Por todas estas razões, é de concluir-se que a proteção ao direito constitucional à saúde da mulher recomenda a urgente reforma da legislação brasileira, visando à legalização e realização pelo SUS dos procedimentos de interrupção voluntária da gravidez na fase inicial da gestação.

### 3.5. Direito à Liberdade, à Privacidade e a Autonomia Reprodutiva

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros. A matriz desta idéia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade.<sup>73</sup>

De acordo com as belas palavras de Canotilho, a dignidade da pessoa humana baseia-se no *“princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-homini (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual”*. Como destacou o Mestre de Coimbra, *“a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”*.<sup>74</sup>

E uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gra-

72 De acordo com os dados do SUS, são cerca de 238 mil curetagens decorrentes de aborto por ano, cada uma ao custo médio de R\$125,00. Ficaram daí excluídos, por exemplo, os custos com internações por período superior a 24 horas, os gastos com UTI e os recursos necessários ao atendimento de seqüelas decorrentes do aborto. Cf. *Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*. Op. cit., p. 05.

73 Cf. Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 199-265.

74 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

videz e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e ademais, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isto, a questão tem intensa conexão com a idéia de autonomia reprodutiva,<sup>75</sup> cujo fundamento pode ser encontrado na própria idéia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, *caput* e inciso X, CF).

E a autonomia reprodutiva, além de dotada de inequívoco fundamento constitucional, é também direito humano protegido na esfera internacional. Neste sentido, é eloqüente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma o direito humano de *“decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a medear entre os nascimentos e o intervalo entre eles”*, bem como o de *“adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência”*.

Por outro lado, é importante repisar que o fato da gestação desenvolver-se no interior do corpo feminino tem particular relevância. Se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade. Como ressaltou Ronald Dworkin, *“uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade”*.<sup>76</sup>

Assim, o poder individual da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente os rumos da própria vida, permitem que, à semelhança do que disse a Suprema Corte norte-americana em *Roe vs. Wade*, afirmemos, também no Brasil, que *“o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”*.<sup>77</sup>

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida com percuciência no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como Relator, para o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que versava

75 Cf. Flávia Piovesan. “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”, In: Samantha Buglione (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 61-79, p. 76.

76 Tradução livre do autor. *Freedom’s Law*. Op. cit., p. 98.

77 Veja-se o item 2.1. deste estudo.

sobre o direito de gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo. O caso não chegou a ser apreciado pelo STF, porque, em plena sessão de julgamento, o Tribunal foi comunicado do fato de que a paciente dera à luz e que a criança, como já se esperava, falecera poucos minutos depois. Todavia, o referido voto foi amplamente divulgado, e dele consta:

*“Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.*

*Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema...”*

Portanto, parece evidente que o aborto envolve a autonomia reprodutiva da mulher, que tem fundamento constitucional nos direitos à liberdade e à privacidade. Não se pretende aqui afirmar o caráter absoluto desta autonomia. Muito pelo contrário, já se adiantou acima a idéia de que a proteção constitucional conferida à vida pré-natal deve ser ponderada com os direitos humanos das gestantes – entre os quais a sua autonomia – sem o que não se estará resolvendo adequadamente, seja sob o ponto de vista constitucional, seja sob o prisma ético, a delicada questão do aborto.

O que não parece de todo admissível é negligenciar um dos componentes desta equação, como fez o legislador penal brasileiro, ao ignorar solenemente a autonomia reprodutiva da mulher no tratamento conferido ao aborto. Que isto tenha ocorrido no início da década de 40 do século passado – no contexto de uma sociedade profundamente machista, e num momento político autoritário, em que a liberdade não era devidamente prezada – não é de se admirar. Mas o que não se compreende é a manutenção da mesma equação legislativa em pleno século XXI, num cenário axiológico absolutamente diverso, e sob a égide de uma Constituição que entroniza a liberdade com um dos seus valores máximos.

### 3.6. Direito à Igualdade

A idéia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder exis-



tentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, as mulheres, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte.

Ocorre que a discriminação e a opressão exercidas contra os componentes destes grupos vulneráveis, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica como a brasileira, que ainda carrega fortes traços de racismo, machismo, elitismo e homofobia, encontra-se freqüentemente mascarada pela linguagem abstrata e aparentemente neutra das leis. E um dos problemas que surge, neste cenário, é que de tanto nos confrontarmos com a desigualdade no nosso dia-a-dia, nos acostumamos a ela. A desigualdade é “naturalizada”, e, com isso, perdemos a capacidade para percebê-la como tal e, mais ainda, para combatê-la. Portanto, para lutar contra a desigualdade e promover a inclusão, torna-se necessário aguçar o espírito crítico e levantar o manto diáfano das formas e aparências, que desvelará, muitas vezes, o preconceito e a dominação, na sua crua nudez. Torna-se fundamental, em suma, analisar como determinadas normas e institutos, às vezes de longínqua origem, repercutem sobre os segmentos sociais mais frágeis, vítimas imemorais do preconceito e da exclusão.<sup>78</sup>

Por outro lado, é essencial não confundir igualdade com homogeneidade. Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiniana, é “tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um *outsider* ou integrante de um grupo minoritário, que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença. Como afirmou Boaventura de Sousa Santos – autor que não pertence à mesma escola intelectual de Dworkin, mas que parece em sintonia com ele neste ponto – “*temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”.<sup>79</sup> Aliás, poder-se-ia talvez emendar o grande sociólogo português, afirmando que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma importante faceta sua.

78 Nos Estados Unidos a jurisprudência formulou, no julgamento do caso *Griggs vs. Duke Power*, julgado em 1971, a doutrina do impacto desproporcional (*disparage impact*), que permite o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas que, aparentemente regulares, causem um ônus desproporcional para determinados grupos em situação de inferioridade. Veja-se, a propósito, John E. Novak & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 620-636.

79 “Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos”. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). *Reconhecer para Libertar*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 429-461, p. 458.

É com base nestas premissas teóricas que será examinada a relação entre a proibição ao aborto e a igualdade. O que se sustentará, em síntese, é que a vedação em questão viola a igualdade entre os gêneros, na medida em que subjuga as mulheres, impondo a elas um ônus que em nenhum contexto se exigiria que os homens suportassem. E que esta proibição ofende ainda a igualdade social, já que produz impactos muito mais marcantes sobre as mulheres de baixo poder aquisitivo.

Desde as Revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII o direito à igualdade incorporou-se à retórica jurídica. Não obstante, até não muito tempo atrás, a mulher não era incluída entre o universo dos "iguais". Como na fazenda dos bichos de George Orwell, todos eram iguais, mas uns menos iguais que os outros. E as mulheres eram sempre as menos iguais. Basta lembrar, por exemplo, que o direito ao voto só foi estendido às mulheres no Brasil na década de 30, e que até muito recentemente, nossa legislação civil ainda considerava o marido o "chefe do casal".<sup>80</sup>

A Constituição de 88, neste particular, foi taxativa: "*homens e mulheres são iguais, nos termos desta Constituição*" (art. 5º, inciso I). Porém, há ainda muito a se avançar para que se cumpra o mandamento constitucional. E uma das tarefas urgentes é a revisão do "entulho machista": normas elaboradas no passado, por um legislativo composto quase exclusivamente por homens, que refletem estereótipos impregnados de preconceitos, e que implicam no congelamento ou até no aprofundamento da desigualdade entre os gêneros. Para desenvolver esta tarefa, é fundamental, como asseverou Flávia Piovesan, "*criar uma doutrina jurídica sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher e fazer visíveis as relações de poder entre os sexos*", o que seguramente demandará a análise do "*padrão de discriminação e as experiências de exclusão e violência sofridas por mulheres*".<sup>81</sup>

Ora, um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres,<sup>82</sup> já que as afeta

80 Sobre a evolução dos direitos humanos da mulher, veja-se Carla Bassanezi Pinsky e Joana Maria Pedro. "Mulheres: Igualdade e Especificidade". In: Jaime Pinsky & Carla Bassanezi Pinsky (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Ed. Contexto, 2003, pp. 265-307.

81 "Integrando a Perspectiva de Gênero na Doutrina Jurídica Brasileira: Desafios e Perspectivas". In: *Temas de Direitos Humanos. Op. cit.*, pp. 153-165, p. 158. A propósito da perspectiva de gênero e as várias posições feministas em relação ao Direito, veja-se Frances Olsen. "El Sexo del Derecho". In: Christian Courtis (Comp.). *Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001, pp. 305-324.

82 Tratar-se-ia, aqui, da aplicação da doutrina do impacto desproporcional, já citada em nota anterior, também conhecida como teoria da discriminação indireta, da qual decorre a invalidade de normas que, apesar de regulares, na sua aparência, geram, em sua aplicação, um ônus despro-

com intensidade incomparavelmente maior do que em relação aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez; só ela, quando obedece à contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino.<sup>83</sup>

Poder-se-ia objetar a este raciocínio com uma afirmação acaciana: os ônus recaem apenas sobre as mulheres porque só elas ficam grávidas. Contudo, veja-se que a legislação não requer, em nenhum caso, sacrifício comparável do homem. Laurence Tribe ilustra a situação com um exemplo pertinente: a lei não obriga nos Estados Unidos – como também não o faz no Brasil – que um pai doe algum órgão ou mesmo sangue ao filho, ainda que isto seja indispensável para manutenção da vida deste. E, note-se bem, trata-se de vida já nascida, protegida mais intensamente pelo ordenamento do que a vida pré-natal. Há, assim, dois pesos e duas medidas. Aliás, será que alguém de boa-fé discordaria da afirmação de que, se os homens pudessem engravidar, não haveria tamanha repressão contra o aborto? Por tudo isso, merecem especial atenção as palavras do mesmo Laurence Tribe:

*“Uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legítima-*

---

porcional para grupos vulneráveis. A aplicação desta teoria é de grande importância nas questões de gênero. Nas palavras de Barry Fitzpatrick, “desde o desenvolvimento do princípio do impacto desproporcional pela Suprema Corte norte-americana, os regimes de igualdade também vieram a incorporar o que hoje é conhecido na Europa como princípio da discriminação indireta, através do qual políticas e práticas aparentemente neutras abrem-se a questionamentos, com base no seu impacto desproporcional sobre um gênero. A batalha entorno da amplitude do princípio da discriminação indireta é vital para o desenvolvimento dos objetivos da igualdade, já que é um princípio mais intrusivo do que o da discriminação direta” (Tradução livre do autor, “Gender for Equality: A Move Towards the ‘Equality Ethos’ Model?”. In: Angela Hegarty & Siobhan Leonard, *Humans Rights: An Agenda for the 21st. Century*. London: Cavendish Publishing Limited, 1999, pp. 117-137, p. 118)

83 É interessante notar que, no cenário norte-americano, as feministas, de modo geral, preferem defender o direito ao aborto com base na igualdade do que com fundamento na privacidade. E há basicamente duas razões para isso: a primeira é que muitas feministas contestam a própria idéia de direito à privacidade, sob o argumento de que a separação entre o público e o privado é uma fórmula machista, que permite que no âmbito do espaço tido como privado – casa, relações marido e mulher, domínio da sexualidade, etc. – viceje a tirania do homem, à margem de qualquer controle estatal. Além disso, dizem elas, o direito à privacidade, pelo seu caráter eminentemente negativo, não é suficiente para assegurar a garantia da cobertura pelo Estado dos custos do aborto, prejudicando as mulheres mais pobres. Neste sentido, é paradigmática a posição de Catherine MacKinnon. “Reflections on Sex Equality Under Law”. In: *Yale Law Journal*, nº 100, 1991, 1281-1316.

*da a acreditar que mais que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade – especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino – o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade.”<sup>84</sup>*

Neste ponto, é preciso não perder a perspectiva de que, como ressaltou Ruth Bader Ginsburg – antiga advogada do movimento feminista nos EUA e hoje juíza da Suprema Corte naquele país –, *“o conflito (no caso do aborto) não é exclusivamente entre os interesses do feto e os interesses da mulher, estritamente concebidos, nem resume-se à ampla questão Estado versus particular, em referência ao controle sobre o corpo da mulher por nove meses. Também na balança está o poder de autonomia da mulher sobre o curso da sua vida (...), a sua capacidade de posicionar-se em face do homem, da sociedade e do Estado como cidadã independente, auto-suficiente e igual”*.<sup>85</sup>

E se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais frequentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações. Perfeita, neste sentido, a lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro:

*“a criminalização do aborto, longe de servir a causas socialmente meritórias, presta-se mais a reproduzir e aprofundar, num contexto humano de incomparável dramaticidade, as agudas diferenças sociais e econômicas que grassam nas paisagens do terceiro mundo. Sim, porque as mulheres da alta classe média e dos estamentos superiores encontram no bem assistido planejamento familiar, na abundância dos anticoncepcionais,*

84 Tradução livre do autor. *American Constitutional Law*. 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1354.

85 Tradução livre do autor. "Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe vs. Wade". *Op. cit.*, p. 384.

*nos exames ginecológicos regulares e até mesmo no aborto classista e profissional as soluções para comporem as conseqüências do sadio exercício da liberdade do ser e do corpo humano.”<sup>86</sup>*

Dessa forma, conclui-se que a atual legislação viola duplamente o princípio da igualdade.

#### 4. Conclusões Finais

Ao longo deste estudo, sustentou-se que tanto a vida do nascituro como os direitos fundamentais à saúde, à privacidade, à autonomia reprodutiva e à igualdade da mulher são interesses constitucionalmente relevantes, que merecem ser devidamente protegidos. Defendeu-se, também, que a solução legislativa dada ao aborto pelo vetusto Código Penal, em 1940, não ponderou adequadamente estes bens constitucionais em jogo, pois não atribuiu peso nenhum, ou praticamente nenhum, aos referidos direitos fundamentais da gestante.

Parece-nos que seria bastante razoável adotar no Brasil solução semelhante àquela perfilhada por grande parte dos países europeus, que legalizaram a realização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação, mas, por outro lado, criaram mecanismos extra-penais para evitar a banalização desta prática, relacionados à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher. Uma solução desta espécie, na nossa opinião, não conflitaria com a Constituição, mas antes promoveria, de forma mais adequada e racional, os seus princípios e valores.

É certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional. Ela é providência muito mais grave, não só porque impede o nascimento de uma pessoa, como também por constituir, no geral, motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam.

De qualquer forma, uma constatação parece inafastável: um sistema tão repressivo como o nosso dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto na manutenção da vida pré-natal. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade nos indicam que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com o ideário de um Estado laico e pluralista, que, sem negligenciar da proteção da vida dos nascituros, leve também a sério os direitos das mulheres, porque, afinal de contas, são eles também direitos humanos. E é preciso fazê-lo logo, para evitar mais mortes e traumas desnecessários.

<sup>86</sup> *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 687-688.