

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, RELATORA DA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 442**

COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR, entidade privada constituída na forma de associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob n. 20.771.338/0001-54, com sede na Rua Diamantina, n. 488, Bairro Lagoinha, Belo Horizonte/MG, por suas advogadas signatárias (procuração anexa), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer seja admitida sua intervenção na qualidade de **AMICUS CURIAE** nos autos do processo em epígrafe, inclusive o direito de realizar sustentação oral, com fundamento no artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99; no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99; no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil e no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno deste E. Supremo Tribunal Federal.

I - LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE PARA A INTERVENÇÃO

O artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e o artigo 138 do Código de Processo Civil estabelecem como critérios para admissão de entidades como *amicus curiae* (i) a relevância da matéria, (ii) a repercussão social da controvérsia e (iii) a representatividade adequada do/a pretendente. Ainda, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal¹ entende que a

¹ Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 13/2012 DO SENADO FEDERAL. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO ESPECÍFICA. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme os arts. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e 138 do CPC/15, os critérios para

justificativa da intervenção está condicionada à efetiva contribuição da entidade à discussão travada no processo. Isso porque a finalidade dessa intervenção é democratizar o debate constitucional, permitindo que a pluralidade de entendimentos sociais sobre a questão controvertida esteja não apenas representada no processo, mas que seja efetivamente considerada por esta Egrégia Corte ao desempenhar o controle normativo abstrato, conforme já assentado em sua jurisprudência, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, [...].²

Todos os pressupostos à admissibilidade do ingresso pleiteado pelo Coletivo Margarida Alves encontram-se plenamente satisfeitos, sendo certo que suas razões muito contribuirão para pluralizar o debate constitucional sobre a equivocada criminalização do aborto no Brasil. A interrupção da gestação é, incontestavelmente, tema não apenas de grande relevância social, mas também polêmico na sociedade brasileira. Na verdade, como observou o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso, “o aborto é, inequivocamente, a questão moral mais controvertida do debate público contemporâneo”.³ Por outro lado, a descriminalização da prática do aborto até o terceiro mês de gestação terá impacto direto na vida de milhares de mulheres que, em razão das graves desigualdades raciais e de classe que caracterizam o país de modo geral, e marcam suas vidas de formas específicas, sofrem, ainda mais severamente, as duras consequências da política estatal meramente repressiva, incapaz de cumprir sua finalidade social. De fato, a criminalização do aborto tem um impacto discriminatório sobre as mulheres pobres⁴ que, sem outra alternativa, recorrem a procedimentos inseguros e são as únicas efetivamente criminalizadas pelo Estado.⁵ E, ainda,

admissão de entidades como amicus curiae são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente” (STF – ADI 4858, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 24/03/2017).

² STF, ADPF 187/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 15.06.2011, Publ. 29.05.2014.

³ BARROSO, Luís Roberto. Here, there and everywhere: Human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International and Comparative Law Review* 35 (2), 2012. p. 383. Tradução nossa.

⁴ Idem, p. 384.

⁵ Nesse sentido, ver: (i) *Dossiê 2007-2014: Criminalização das mulheres pela prática do aborto no Brasil*. São Paulo: Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto, 2015; (ii) perfil das mulheres criminalizadas por aborto realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em 2017,

COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR

Rua Diamantina, 488, Lagoinha - Belo Horizonte - Minas Gerais
coletivomargaridaalves@gmail.com / www.coletivomargaridaalves.org.br

o aborto é a quinta causa de mortalidade materna no Brasil, sendo certo que, “os países com as menores taxas de mortalidade por aborto inseguro são justamente aqueles que autorizam a interrupção voluntária da gravidez a pedido da mulher, sem qualquer restrição”.⁶ Evidente, portanto, a repercussão social da controvérsia aqui discutida.

A representatividade e a legitimidade material da Requerente advêm da sua consistente trajetória como entidade que presta assessoria jurídica popular no campo dos direitos humanos em geral e, dentre várias outras, também na área dos direitos das mulheres e dos direitos sexuais e reprodutivos, de modo específico. A atuação do Coletivo Margarida Alves na defesa dos direitos humanos é reconhecida nacionalmente, tendo sido a requerente premiada na 21ª Edição do Prêmio Direitos Humanos (2015), do extinto Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, na categoria “Defensores de Direitos Humanos - Dorothy Stang”,⁷ ocasião em que o então presidente deste Supremo Tribunal Federal, Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, também foi premiado na categoria “Prevenção e Combate à Tortura”.

A importância das ações desenvolvidas pela requerente nas áreas de gênero, sexualidade e direitos humanos das mulheres e o vasto conhecimento por ela acumulado nesse campo são atestados pelo conteúdo dos projetos que executa e os apoios financeiros recebidos para esse fim.⁸ De fato, em seus mais de cinco anos de existência, o Coletivo vem desenvolvendo diferentes ações na defesa dos direitos humanos das mulheres, que incluem (i) o acionamento do Poder Judiciário para coibir, por exemplo, a violência virtual contra as mulheres, como ocorreu em 2013;⁹ (i) a realização de cursos de formação para advogadas e

disponível em: http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio_Final_Processo_Aborto.pdf.

⁶ BERER, Marge. Abortion Law and Policy around the World: In Search of Decriminalization. *Health and Human Rights Journal* 19 (1), 2017. p. 15.

⁷ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/novembro/anunciados-os-vencedores-da-21a-edicao-do-premio-direitos-humanos>

⁸ Dentre os projetos executados mais recentes pelo Coletivo e apoiados financeiramente por reconhecidas entidades do terceiro setor, destacam-se: (i) Ano: 2016; Projeto: Fortalecendo a Perspectiva de Gênero na Assessoria Popular; Apoio: Fundação Luterana de Diaconia – FLD; (ii) Ano: 2017; Projeto: Fortalecendo Defensoras de Direitos Humanos: Assessoria jurídica popular e mulheres das ocupações urbanas; Apoio: Fundo ELAS; (iii) Ano: 2017; Projeto: Fortalecendo as perspectivas de gênero, raça, etnia e sexualidade na advocacia popular – Por uma atuação feminista e contra-hegemônica no sistema de justiça brasileiro; Apoio: Coordenadoria Ecumênica de Serviço – CESE; (iv) Ano: 2017; Projeto: Mapeamento cartográfico de violência contra ativistas a partir da atuação do Coletivo Margarida Alves, em Minas Gerais: Um enfoque nas questões de gênero, raça e etnia, classe e sexualidade; Apoio: Fundo ELAS.

⁹ Juntamente com entidades e grupos de mulheres e feministas de Minas Gerais, o Coletivo ajuizou Ação Cautelar Preparatória de futura Ação Civil Pública para impedir o lançamento do aplicativo Tubby, que permitia a avaliação online do desempenho sexual das mulheres pelos usuários do Facebook. A liminar foi concedida pelo Juiz da 15ª Vara Criminal de Belo Horizonte, com apoio na Lei Maria da Penha. Cobertura

COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR

Rua Diamantina, 488, Lagoinha - Belo Horizonte - Minas Gerais
coletivomargaridaalves@gmail.com / www.coletivomargaridaalves.org.br

advogados populares, lideranças comunitárias e profissionais de outras áreas do conhecimento, com enfoque em direitos humanos, gênero, raça e etnia, e sexualidades; (ii) a promoção de ações de educação popular em gênero, sexualidade e direitos das mulheres nas ocupações urbanas e outros territórios que assessora; (iii) a oferta de aconselhamento e encaminhamento aos órgãos competentes a mulheres em situações variadas de negação de direitos, dentre eles os direitos reprodutivos; (iv) o levantamento de dados, em projetos de pesquisa, sobre a situação das mulheres defensoras de direitos humanos, inclusive os direitos reprodutivos; e (v) a participação em redes e articulações nacionais que se dedicam à intervenção feminista e de mulheres no campo do direito, como a Marietas Badernas, vinculada à Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP).¹⁰

Todas essas ações visam cumprir os objetivos estatutários da associação, dentre os quais se destaca a “luta pela defesa e ampliação dos direitos das mulheres, principalmente aquelas que são vítimas de violência, discriminação e qualquer outro tipo de opressão, bem como o estímulo e desenvolvimento de ações que garantam a sua participação, de modo emancipado, nos diversos espaços políticos”.¹¹ Mas, sobretudo, as atividades descritas traduzem o compromisso do Coletivo com a transformação da sociedade e do direito brasileiro no sentido de uma permanente efetivação da equidade de gênero, conferindo à entidade legítima material para intervir neste processo.

Finalmente, deve-se ressaltar a tempestividade do presente pedido. Conforme decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal,¹² os pedidos de ingresso dos *amici curiae* somente podem ser formulados até a inclusão do processo em pauta para julgamento. No presente caso, tal inclusão ainda não ocorreu, de modo que é tempestivo este pleito.

Dessa forma, satisfeitos os requisitos para intervenção e restando manifesta sua legitimidade para atuação, a requerente vem, respeitosamente, pleitear o recebimento e juntada aos autos da presente manifestação, autorizando-se sua participação na ADPF nº 442 como *Amicus Curiae*, oportunizando-se, inclusive, a realização de sustentação oral.

mediática da ação: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-05/liminar-proibe-aplicativo-tubby-seja-disponibilizado-populacao>
<http://g1.globo.com/tecnologia/tem-um-aplicativo/noticia/2013/12/justica-proibe-no-brasil-app-tubby-para-homens-avaliarem-mulheres.html>
<http://d24am.com/noticias/juiz-proibe-que-aplicativo-tubby-seja-oferecido-no-brasil/101621/>
<http://www.otempo.com.br/cidades/justi%C3%A7a-de-bh-pro%C3%ADbe-lan%C3%A7amento-e-uso-do-tubby-no-brasil-1.755731>

¹⁰ Para mais informações sobre a RENAP, ver: <https://www.renap.org.br/>.

¹¹ Estatuto da Associação ‘Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular’, artigo 3º, IV.

¹² ADI-AgR nº 4.071, Rel. Min. Menezes Direito, Julg. 22.04.2009, DJ de 15.10.2009.

II – CONTEXTUALIZAÇÃO DO FEITO

A presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental afirma que “as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas”¹³ todos protegidos pela Constituição Federal de 1988. Busca, assim, esta ação, a declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para descriminalizar a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas.

A interrupção voluntária da gravidez, ou simplesmente aborto, como é tratado no Código Penal brasileiro, é tema controvertido não apenas aqui, mas em várias outras partes do mundo. Não obstante, diversos países foram capazes de lidar com essa controvérsia do modo como ela deve ser tratada, como uma questão constitucional e de direitos humanos, e reconhecer, pela via legislativa ou judicial, o direito das mulheres de interromperem voluntariamente a gravidez.

Apesar de ser necessário entender as particularidades dos sistemas jurídicos latino-americanos, e, mais ainda, o contexto, a estrutura e as normas do sistema brasileiro, a perspectiva do direito comparado é crucial para o julgamento do presente feito. Ela nos fornece um panorama de experiências anteriores e diversas capazes de, a partir das reflexões específicas que suscitam, contribuir para a formação de opinião desta Egrégia Corte e para o aperfeiçoamento do nosso ordenamento jurídico rumo a um contexto de maior efetividade de seus princípios fundamentais, especialmente aqueles que garantem a proteção dos direitos das minorias sociais.¹⁴

Nesse sentido, as presentes razões oferecerão uma análise de direito comparado da regulação do aborto em diferentes ordenamentos jurídicos, particularmente aqueles em que a atuação das Cortes Constitucionais foi decisiva para a descriminalização do procedimento. Além disso, apresentará também argumentos que fortalecem a tese inaugural acerca da

¹³ Página 1 da peça inaugural da ADPF 442.

¹⁴ Conforme definição do sociólogo e professor da UFRJ Muniz Sodré, a noção de minoria “refere-se à possibilidade de terem voz ativa ou intervirem nas instâncias decisórias do Poder aqueles setores sociais ou frações de classe comprometidas com as diversas modalidades de luta assumidas pela questão social. Por isso, são considerados minorias os negros, os homossexuais, as mulheres, os povos indígenas, os ambientalistas, os antineoliberalistas, etc.”

legitimidade da jurisdição constitucional para o julgamento de casos como o presente. Com isso, espera-se contribuir para que esta Egrégia Corte forme sua opinião no sentido de acolhimento do pedido inaugural, reconhecendo a incompatibilidade parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal com preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

III - FUNDAMENTOS PARA ACOLHIMENTO DA ADPF

III.1 – A importância do método comparado no julgamento de casos difíceis e o papel dos tribunais constitucionais

Ihering há muito ensinou que a ciência do direito sem comparação é incapaz de ir além do nível de mera casuística provinciana e habilidade empírica.¹⁵ A comparação é central ao estudo do direito, pois cumpre o importante objetivo de oferecer uma visão sobre os seus propósitos sociais, contribuindo para o desenvolvimento de uma melhor ciência jurídica. Por isso, desenvolveu-se o método comparado, entendido como o processo por meio do qual dois ou mais sistemas jurídicos, ou partes deles, são comparados com um objetivo definido. Ou seja, “a principal ação na comparação é examinar um conjunto de dados jurídicos em relação a outro e então analisar como esses dois conjuntos são similares e como são diferentes”.¹⁶ A questão que importa à comparativista, e que justifica a sua preocupação com estrutura e detalhe, é o ‘porquê’. Por que há divergência na jurisprudência? Por que há divergência na doutrina? Nesse sentido, o direito comparado consiste em investigar a fundo as racionalidades doutrinárias e as preocupações sócio-políticas por trás de sistemas jurídicos divergentes.

A comparação nos oferece uma compreensão do direito de outro país, do nosso próprio direito e, tão importante quanto isso, de nossas próprias percepções e intuições, consistindo assim em um método que leva à autorreflexão jurídica, movimento fundamental para o aprimoramento do sistema. Isso porque, habitar um sistema jurídico pode nos levar a entendimentos isolados e distorcidos, limitando nossa capacidade de observação e análise. O método comparado nos conduz a um olhar crítico sobre o nosso próprio direito, ao permitir

¹⁵ RABEL, Ernst. On Institutes for Comparative Law. *Columbia Law Review* 47 (2), 1947.

¹⁶ EBERLE, Edward J. The method and role of comparative law. *Washington University Global Studies Law Review* 8 (3), p. 452, 2009.

o exame das soluções dadas por outros países ao problema de regulação de uma situação jurídica semelhante a que confrontamos.

Nesse sentido, o direito comparado tem um duplo objetivo, que é tanto científico quanto prático. Se do ponto de vista da ciência, o direito comparado amplia o volume de informação que detemos sobre as variadas formas de regulação adotadas por distintos ordenamentos jurídicos, do ponto de vista prático, ele contribui para a solução de problemas e casos concretos. O direito comparado funciona como um importante instrumento na solução de relevantes questões de políticas públicas, que frequentemente transcendem as fronteiras nacionais; ou ainda para iluminar conflitos de grande relevância para a pessoa humana, especialmente aqueles que envolvem princípios centrais da ordem constitucional, como a liberdade de expressão, a liberdade de religião, a igualdade, e a dignidade.¹⁷

É, especialmente, o segundo objetivo que nos leva à adoção do método comparado para compreender as variadas formas de regulação do aborto adotadas por diferentes ordenamentos jurídicos, certas de que tal compreensão contribuirá para uma solução justa do problema suscitado pela presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisões constitucionais sobre aborto, hoje uma realidade ao redor do mundo, são um desenvolvimento recente, que teve início a partir dos anos 1970, com as primeiras decisões judiciais discutindo a constitucionalidade do procedimento nos Estados Unidos, Canadá e Europa,¹⁸ a partir da ampliação dos debates sobre a cidadania das mulheres.¹⁹ Essas decisões foram fundamentais para impulsionar mudanças nos ordenamentos jurídicos em outros países, no sentido de se reconhecerem as mulheres como agentes autônomas e cidadãos integrais, inclusive em questões concernentes à maternidade e reprodução.

No estudo comparativo que se apresenta a seguir, observa-se o papel central desempenhado pelos tribunais superiores. Em todos os cenários, o posicionamento das cortes foi determinante para orientar, a partir dos paradigmas constitucionais, os debates institucionais sobre aborto que, mais tarde, se desdobraram tanto em novos precedentes judiciais quanto em legislações reguladoras das políticas públicas.

¹⁷ *Idem*, p. 454.

¹⁸ Foi assim que, nos anos 1970, as cortes nos Estados Unidos e na Itália afastaram leis criminalizando o aborto; na França e na Áustria, o judiciário manteve as leis que liberalizaram o acesso ao procedimento e, na República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental), a Corte Constitucional Federal declarou inconstitucional a legislação permitindo o aborto nas primeiras semanas de gravidez. (SIEGEL, Reeva B. The constitutionalization of abortion. In: *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 20).

¹⁹ SIEGEL, Reeva B. The constitutionalization of abortion. In: *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 13.

Olhar para o próprio sistema jurídico, a partir do espelho fornecido por outros sistemas, pode revelar importantes ideias, valores, regras e/ou princípios, que conduzem a uma reavaliação das próprias premissas que, por seu turno, pode contribuir para a melhoria e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.²⁰ Nesse sentido, o direito comparado é, acima de tudo, uma ciência crítica do direito, pois se propõe a questionar os pressupostos e limitações dos ordenamentos jurídicos, grande parte das vezes, em busca de soluções melhores, mais adequadas à realidade concreta.

Assim, passa-se a uma exposição comparada do cenário jurídico no que toca à interrupção voluntária da gravidez em Portugal, Estados Unidos, Canadá, Espanha, França, Alemanha, Colômbia e África do Sul, certas de que a reflexão sobre as experiências de descriminalização/legalização desses outros ordenamentos conduzirá à reflexão sobre o equívoco da penalização ainda vigente no Brasil. De fato, uma análise global mostra que “quanto mais restritiva a lei [regulando o aborto], mais ela é infringida, seja dentro ou ao longo das fronteiras²¹”.²² Primeiramente, faz-se um resumo da situação atual em cada país e, em seguida, aborda-se brevemente o histórico, buscando-se explicitar o papel dos tribunais constitucionais em cada caso, sendo a reprodução de trechos de decisões judiciais afins o instrumento utilizado para tanto. Finalmente, reflete-se sobre o papel e a legitimidade das cortes constitucionais para a decisão de casos como o presente, que envolvem a proteção dos direitos fundamentais das minorias sociais.

III. 2 – A regulamentação do aborto no mundo e as experiências dos Tribunais Constitucionais

Portugal

Em matéria de interrupção voluntária de gravidez, como em vários outros países, assistimos nas últimas décadas a uma evolução faseada do ordenamento jurídico-penal

²⁰ EBERLE, Edward J. The method and role of comparative law. *Washington University Global Studies Law Review* 8 (3), p. 455, 2009.

²¹ Conforme já evidenciado por pesquisadoras da área, a necessidade de viajar longas distâncias, cruzando fronteiras nacionais, para ter acesso ao aborto impacta, de modo severo e negativo, mulheres jovens, de baixa renda, com status de migração precário, e deficientes, para quem essas viagens são muito caras a ponto de serem proibitivas, fisicamente impossíveis ou extremamente arriscadas. Trata-se, portanto, de uma forma de exclusão e discriminação, que alguns grupos que lutam pelos direitos das mulheres vêm chamando de “exílio do aborto”. (Para mais informação sobre o problema, ver: <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/hidden-consequences-forcing-women-travel-abortions>).

²² BERER, Marge. Abortion Law and Policy around the World: In Search of Decriminalization. *Health and Human Rights Journal* 19 (1), 2017. p. 14.

português, com mudanças normativas que imprimiram, em pontos decisivos, uma nova configuração à disciplina legal. Durante todo esse desenvolvimento histórico, o Tribunal Constitucional exerceu papel determinante, sendo sempre chamado a apreciar a constitucionalidade das alterações legislativas implementadas.

Até 1984, o aborto era proibido em Portugal em todas as situações. A Lei n.º 6, de 11 de maio de 1984, dando nova redação aos artigos 139 a 141 do Código Penal de 1982, consagrou um sistema legal de previsões de impunibilidade da interrupção voluntária de gravidez, com a introdução de “causas de exclusão da ilicitude”. Assim, pôs-se termo ao regime de proibição absoluta da interrupção voluntária da gravidez, que passou a ser permitida por causais: risco de vida para a mulher, risco de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, malformação fetal ou gravidez resultante de estupro.

A virada no tratamento jurídico-penal da interrupção voluntária de gravidez envolveu o posicionamento do Tribunal Constitucional em duas situações. Primeiro, em um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, decidido pelo Acórdão n.º 25/84, e mais tarde, em um outro processo de verificação de constitucionalidade, que culminou no Acórdão n.º 85/85. Em ambos, foi declarada a constitucionalidade do modelo das causais consagrado nos termos acima referidos.

Uma nova reforma na legislação, em 1995, estendeu a possibilidade de aborto voluntário já prevista para casos de estupro a todas as situações de gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, assim como ampliou o prazo no caso de malformação fetal. Além disso, a epígrafe do artigo 142 do Código Penal português foi alterada, passando de “exclusão da ilicitude do aborto” a “interrupção da gravidez não punível”.

Em março de 1998, foi aprovada a Resolução n.º 16/98, que propunha a realização de um referendo para que a população se manifestasse sobre a seguinte pergunta: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”. Nesse contexto, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade da proposta de referendo. Pronunciando-se pela terceira vez sobre o tema, dessa vez no Acórdão n.º 288/98, o Tribunal decidiu pela constitucionalidade e legalidade do referendo proposto.

Realizado em 28 de junho de 1998, o referendo contou com a participação de menos da metade da população portuguesa com capacidade eleitoral: abstiveram-se de participar

68,1% de cidadãos e cidadãs. Quanto aos resultados, 50,9% de votantes foram contra a despenalização, e 49,1% a favor. O referendo não foi vinculativo, nos termos da Constituição.

Em 2006, foi aprovada nova resolução prevendo que, também por meio de referendo, cidadãos e cidadãs eleitores recenseados no território nacional seriam chamados a pronunciar-se sobre a mesma pergunta do referendo anterior. Requerida pelo Presidente da República a fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade da proposta, novamente o Tribunal Constitucional manifestou-se positivamente por meio do Acórdão n.º 617/2006.

Na referida decisão, o Tribunal rejeitou a ideia de que a despenalização da interrupção da gravidez seria inconstitucional porque atacaria o direito à vida do feto e afirmou a necessidade de proteção jurídica dos direitos da mulher e da vida intrauterina. Assim, a Corte portuguesa considerou que o modelo de períodos gestacionais (método dos prazos) para a realização do procedimento permitiria a ponderação de valores e a concordância prática dos direitos em questão, sem que a proteção de um significasse o sacrifício total do outro. Ainda, reafirmou a pertinência da despenalização, uma vez que a criminalização nunca é o meio preferencial de proteção jurídica no caso, dada a complexidade do conflito decorrente da relação que se estabelece entre a mulher (potencial criminalizada) e a vida intrauterina (bem jurídico que se busca proteger com a criminalização).

[...] No plano da discussão jurídico-constitucional, a tese a favor da inconstitucionalidade assume mais do que uma configuração. Segundo uma configuração mais radical, decorre da protecção da inviolabilidade da vida humana que todas as suas fases devem ser protegidas de igual modo, existindo verdadeiramente um direito subjectivo à vida de que o feto seria titular. O pressuposto da essencial igualdade entre todas as fases da vida levaria a considerar que uma despenalização da interrupção voluntária da gravidez implica a violabilidade da vida humana através de um tratamento do feto diverso do que se concede à pessoa já nascida. Esta apresentação da tese da inconstitucionalidade é, no entanto, rejeitável por várias considerações.

Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento.

Na verdade, constata-se que na generalidade dos sistemas jurídicos o feto não é considerado uma pessoa titular de direitos (veja-se a distinção entre "ser humano" e "pessoa humana" constante da Convenção de Oviedo do Conselho da Europa - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 - cf. D.R., I Série A, de 3 de Janeiro de 2001). Esta perspectiva insere-se num contexto histórico, cultural e ético que

recolhe informação da ciência, mas não extrai dela, por mera dedução lógica, o conceito de pessoa. Os dados resultantes da observação dos processos naturais relativos a funções vitais não determinam, como condição necessária e suficiente, as valorações próprias do Direito. Por exemplo, os critérios sobre o início das funções cerebrais ou da actividade cerebral superior (cuja determinação não é, aliás, indiscutível) não dão, em si mesmos, solução aos conflitos de valores.

Por outro lado, nem a inviolabilidade da vida humana nem sequer a necessidade de protecção da vida intra-uterina impõem especificamente uma tutela penal idêntica em todas as fases da vida, tal como concluiu o Acórdão n.º 288/98 - A própria história do Direito Penal revela-o, ao ter feito quase sempre a distinção entre homicídio e aborto (cf. GLANVILLE WILLIAMS, *The Sanctity of Life and Criminal Law*, 1957, e para a história do Direito Penal português, RUI PEREIRA, *O crime de aborto e a reforma penal*, 1995) [...]

[...] O Acórdão n.º 288/98 respondeu directamente a essa argumentação, não a aceitando e sustentando que o método dos prazos, tal como surge na pergunta, realiza uma harmonização ou concordância prática entre os valores conflitantes, pois que tal harmonização ou concordância prática «se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico "vida humana intra-uterina" e, conseqüentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto».

E acrescenta o mesmo aresto: "Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar isoladamente que, durante as primeiras dez semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecte nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)" [...]

[...] Adoptando o ponto de vista do aresto citado, ainda se acrescentará que a perspectiva de que o método dos prazos, tal como está inscrita na pergunta, só exprimiria uma absoluta rejeição da protecção jurídica da vida intra-uterina se não existissem, mesmo nessa fase, meios legais de protecção da maternidade na Ordem Jurídica portuguesa, que deverão actuar no sentido de dar a oportunidade à mulher grávida de se decidir pela maternidade.

A criminalização da interrupção voluntária da gravidez é, aliás, apenas um modo sancionatório de tutela da vida intra-uterina e nunca o meio preferencial de protecção jurídica, dada a natureza do conflito vivido pela mulher grávida e o sentido comum da maternidade (na gravidez, estabelece-se, em princípio, uma forte relação emocional, de proximidade e de amor pelo ser em gestação e não meramente uma "relação de respeito" por um bem alheio). Assim, existem, na Ordem Jurídica portuguesa, vários regimes de protecção da maternidade, nomeadamente os previstos nos artigos 33.º a 52.º do Código do Trabalho, 66.º a 113.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, relativa à educação sexual e ao planeamento familiar, a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, a Lei n.º 90/2001, de 20 de Agosto, que toma medidas de apoio social a pais e mães estudantes, o Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, relativo à protecção da maternidade, paternidade e adopção no âmbito da Segurança Social, e o Decreto-Lei n.º 77/2005, de 13 de Abril.

[...] Dir-se-á ainda que a argumentação que considera existir uma total desprotecção da vida intra-uterina na possibilidade de opção pela interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas, negando existir qualquer ponderação de valores no método dos prazos, rejeita que a liberdade de desenvolver um projecto de vida pela mulher (artigo 26.º da Constituição), como expressão do desenvolvimento da personalidade, possa ser um dos valores a harmonizar com a vida intra-uterina. No entanto, a discordância quanto ao modo como se faz

a ponderação ou a harmonização não justifica a afirmação da inexistência de ponderação ou harmonização.

E não se trata de admitir que uma "privacy", como direito constitucional a abortar livremente, prevaleça sobre a vida do feto, mas antes reconhecer que, para efeitos de punição, num tempo delimitado, a liberdade de opção da mulher possa impedir a intervenção do Direito Penal.

Desta forma, sem divergir, no essencial, da linha de orientação dos Acórdãos n.os 25/84 e 85/85 quanto à dignidade da vida intra-uterina como bem jurídico protegido pela Constituição, independentemente do momento em que se entenda que esta tem início, sempre se reconhecerá - tal como fez o Acórdão n.º 288/98 - que a presente pergunta não pressupõe o abandono da protecção jurídica da vida intra-uterina e se coloca no plano de uma ponderação de valores e mesmo de uma harmonização, concordância prática, coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros. Apenas se terá de concluir que à liberdade de manter um projecto de vida é dada uma superior valoração, nesta primeira fase, para efeitos de não-punição, sem que isso queira e possa implicar "abandono jurídico" da vida intra-uterina.

[...] Tal como já resultava do Acórdão n.º 288/98, deverá salientar-se que estamos no terreno da responsabilidade penal, onde prevalece o princípio da necessidade da pena e não perante uma mera discussão sobre o reconhecimento de valores ou meras lógicas de merecimento de protecção jurídica.

Nesse patamar, não só grande parte da doutrina nega a existência de incriminações (implícitas) obrigatórias (cf. COSTA ANDRADE, "O aborto como problema de política criminal", Revista da Ordem dos Advogados, ano 39, Maio-Agosto, 1979, p. 293 e ss., RUI PEREIRA, O crime de aborto e a reforma penal, ob.cit., p. 75 e ss., CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre, 3ª ed., 1997, p. 25 e ss., FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, 2004, p. 122 e ss., e, entre outros, FERNANDA PALMA, Direito Constitucional Penal, 2006, p. 100 e ss.), mas também existe a necessidade de avaliação político-criminal das incriminações, do seu efeito preventivo, de efeitos criminógenos associados, do afrontamento de outros valores, avaliação essa que incumbirá ao legislador realizar (cf. FERNANDA PALMA, ob.cit., p. 54 e ss.). E ainda se dirá, tal como o Acórdão n.º 288/98, que:

A admissibilidade constitucional do reconhecimento da licitude da interrupção voluntária da gravidez realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, ou, pelo menos, da renúncia à utilização de sanções penais, nessas circunstâncias, não pode, porém, ser interpretada como aceitação de que a Lei Fundamental consagra o aborto como método de planeamento familiar ou de controlo da natalidade.

A isso se opõe o entendimento de que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico protegido, independentemente do título a que deva tal protecção.

Nesta conformidade, afiguram-se particularmente importantes, por poderem vir a revelar-se bem mais eficazes que a própria repressão penal, medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como sejam a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero.

É bem verdade que estes elementos não constam da pergunta formulada. Todavia, como já se referiu, não seria possível integrá-los a todos na mencionada pergunta sem que esta assumisse proporções inadmissíveis. E nada permite concluir que, em caso de resposta afirmativa no referendo, não possam vir a constar da legislação aprovada na sua sequência.

Por tudo isto, a resposta afirmativa à pergunta não será inconstitucional.²³

Em seguida, convocado e realizado em 11 de fevereiro de 2007, o referendo teve participação de 43,57% da população eleitoral portuguesa. 59,25% dos votantes se

²³ Acórdão 671/2007 do Tribunal Superior de Portugal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/379696/details/maximized>. Acesso em 22/08/2018.

manifestaram a favor da despenalização, e 40,75% contra. Apesar do resultado oposto ao de 1998, também este referendo não foi vinculativo, nos termos da Constituição.

Paralelamente, em 8 de março de 2007, foi aprovada pela Assembleia da República portuguesa a Lei n.º 16, regulamentada pela Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de junho,²⁴ que permite a interrupção da gravidez até 10 semanas a todas as mulheres grávidas que a solicitem, desde que realizado o procedimento em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido. Contra a Lei n.º 16 foi interposto questionamento de constitucionalidade, decidido pelo Acórdão 75, em 2010. Nesta decisão, o Tribunal Constitucional declarou a constitucionalidade da Lei, enfrentando, de modo explícito, a controvérsia acerca do direito à vida. Confirmou seus entendimentos anteriores no sentido de que a vida intrauterina, embora seja bem constitucionalmente protegido, não pode gozar da proteção constitucional do direito à vida, que só cabe às pessoas. Por outro lado, também reiterou que a tutela progressiva da vida não nascida, garantida pelo modelo dos prazos/períodos gestacionais, é um eficiente mecanismo de harmonização de bens jurídicos em colisão.

Tal só se justificaria se o Tribunal entendesse que uma solução correspondente ao modelo dos prazos *nunca*, qualquer que seja a sua conformação concretizadora, pode satisfazer o mandamento constitucional aplicável, ou, inversamente, que ela é *sempre*, independentemente da existência e da natureza de mecanismos de tutela da vida intra-uterina, constitucionalmente conforme.

O Tribunal não adota, porém, nenhuma destas duas posições, em radical oposição bipolar. A primeira traduziria uma ruptura com a linha de orientação e com as decisões adoptadas nos Acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006. Ora, não se produziu, com vencimento, qualquer divergência com as concepções que informam aqueles arestos, mantendo o Tribunal integralmente o entendimento de que o dever de protecção da vida intra-uterina, que sobre o Estado recai, *não* exige, como conteúdo mínimo, numa fase inicial, a invocação de razões, taxativamente indicadas, para lhe pôr termo.

A segunda posição decorre da assunção de que, nessa fase, o Estado pode alhear-se do destino do feto, sem que se lhe imponha, em relação a esse período, qualquer dever de emissão de normas de protecção. Ainda não haveria, nessa fase, qualquer conflito entre bens constitucionalmente protegidos, pelo que a decisão da gestante em abortar, do seu estrito foro pessoal, seria livre e incondicionada – como ainda hoje se reconhece, malgrado todas as contestações, no sistema jurídico norte-americano, na sequência da jurisprudência firmada pelo *Supreme Court*, no caso *Roe v. Wade*, de 1973.

Também esta solução não merece acolhimento. O Tribunal perfilha o entendimento contrário de que a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de protecção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente.

Dentro destas coordenadas, o *se* da admissibilidade da consagração do modelo de prazos é questão que não pode agora ser desligada do *como* da sua concreta configuração. O que cumpre fundamentalmente valorar é *se*, tendo em conta a modelação concreta da disciplina legal, a solução da impunibilidade, dentro desse contexto normativo, corresponde ou não a

²⁴ Tal Portaria estabeleceu as medidas a serem adotadas pelos estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos com vistas à realização da interrupção voluntária da gravidez nas situações previstas no artigo 142.º do Código Penal.

“deixar totalmente desprotegida a vida humana até às 10 semanas”, como se sustenta no pedido.

Logo nos dois primeiros acórdãos sobre este tema, o Tribunal tomou posição clara quanto a esta questão. Considerando que a vida intra-uterina está abrangida pelo âmbito de protecção daquela norma – o que, anteriormente, o Parecer n.º 31/82 da Procuradoria-Geral da República (BMJ 320.º, 224 s) não dera como certo –, o Tribunal acentuou, no Acórdão n.º 25/84, que ela representava “um valor não juridicamente subjectivado”, o que não podia deixar de ser tido em conta no confronto a estabelecer “com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais”.

Esta ideia foi precisada e desenvolvida no subsequente Acórdão n.º 85/85, sendo aí qualificada como uma das duas “ideias determinantes da posição que colhe apoio dominante no Tribunal”. Escreveu-se, a seu respeito:

«Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da posição que a Constituição confere à vida humana enquanto *bem constitucionalmente protegido* (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do *direito à vida* propriamente dito – que só cabe a *peçoas* –, podendo portanto aquele ter que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos.

[...] Só as *peçoas* 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 direito para a vida intra-uterina e para os nascituros.

[...] 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, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.»

Não se afastou desta orientação o Acórdão n.º 288/98, onde se deixou registado:

«Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da *vida humana* intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.

Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa».

Finalmente, no Acórdão n.º 617/2007, exarou-se:

«Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento».

O Tribunal não vê fundamento para rever esta posição, que sempre tem perfilhado. Sem dúvida nenhuma que o feto é digno de protecção pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa, um “eu” consciente da sua individualidade própria, mas, como acentuou OVADIA EZRA, “a potencialidade de aquisição de um determinado estatuto não confere a titularidade dos direitos associados a esse estatuto” (*The Withdrawal of Rights. Rights from a Different Perspective*, Dordrecht/Boston/London, 2002, 204).

Sendo assim, uma resposta negativa, quanto ao cumprimento, pelo Estado, do seu dever de protecção, só poderá ser emitida se se concluir que o regime em apreço não traduz um suficiente respeito pela valia intrínseca da vida humana.

11.4.4. Na apreciação, à luz destes parâmetros, da solução que está especificamente sob escrutínio, nos presentes autos, não poderemos considerá-la isoladamente, sem ter em conta o modo como, *na sua totalidade*, foi traçada a disciplina da interrupção voluntária da gravidez (e, até, o conjunto de medidas que, fora deste campo, contribuem para uma redução do número de abortos). É “*na sua globalidade e no seu funcionamento conjunto*” que as medidas de direito infraconstitucional devem assegurar uma protecção eficiente dos direitos fundamentais, como sustenta CANARIS (*ob. cit.*, 117-118). Directriz genérica que impõe, desde logo, e antes do mais, uma caracterização e valoração da intencionalidade que subjaz a essa disciplina, como unidade normativa.

Dela ressalta, como característica fundamental, um *crescendo* de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, compondo o que poderemos designar por um regime *trifásico*: num período inicial, a decisão é deixada à responsabilidade última da mulher, em fases subsequentes a interrupção fica dependente de certas indicações, sendo proibida, em princípio, no último estágio de desenvolvimento do feto.

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

Na esteira do *Bundesverfassungsgericht*, na sua decisão de 28 de maio de 1993, é como “dualidade na unidade” que melhor se pode caracterizar essa relação (*BVerfGE* 88, 203 s., 253). Mas, como bem salientam os juízes MAHRENHOLZ e SOMMER, na sua declaração de voto (*BVerfGE* 88, 338 s., 342), tal relação não se mantém estática em todo o período de gravidez: «enquanto que nas primeiras semanas a mulher e o nascituro (...) se apresentam ainda completamente como uma unidade, com o crescimento do embrião a ‘dualidade’ evidencia-se mais fortemente. Este processo de desenvolvimento tem também significado jurídico».

No entender do Tribunal Constitucional, em período algum do processo natural de gestação, incluindo a sua fase inicial, se justifica que a solução do conflito se possa dar pela prevalência absoluta do interesse da mulher, com o sacrifício total do bem da vida, o que levaria à admissão de um livre e incondicionado direito a abortar.

Mas já se justifica que as alterações biológicas que se dão no processo de gestação, significativas do ponto de vista da progressiva formação do suporte físico da personalidade humana, tenham incidência na valoração jurídico-constitucional das soluções de conciliação dos bens em conflito. É constitucionalmente viável que a ponderação de interesses em causa, na busca dessas soluções, leve em conta o tempo de gestação, precisamente porque, com o desenrolar do processo ontogenético, a realidade existencial de um dos bens a tutelar assume contornos gradativamente distintos, assim se alterando também, correspondentemente, o ponto de equilíbrio a estabelecer com as exigências decorrentes do estatuto jusfundamental da mulher grávida. Como acentua a já mencionada declaração de voto: “(...) o conteúdo da posição jusfundamental da mulher e o papel do Estado no exercício do seu dever de protecção devem ser avaliados de modo diferente na fase inicial e em estágio mais adiantado [da gestação]” (*ob. loc. cit.*).

Precisamente porque a sua ideia fundante corresponde a um “sentimento jurídico” generalizadamente difundido, o atendimento do tempo de gestação é um dado comum a todas as legislações não radicalmente proibicionistas. Em todas elas, na variabilidade das suas soluções, com maior ou menor amplitude de consagração de previsões de impunibilidade, o factor tempo é considerado. O próprio “modelo das indicações” não o dispensa.²⁵

Ainda, o Tribunal Constitucional português reiterou a desproporcionalidade da penalização do aborto, inclusive por sua flagrante ineficácia:

[...] Tem sido esta também a posição que o Tribunal, desde a primeira hora, tem adoptado, quanto à questão de saber se, por imperativo constitucional, a tutela da vida pré-natal postula a penalização dos comportamentos que a ofendam.

Logo no Acórdão n.º 25/84, depois de se chamar a atenção para “a ineficácia da repressão penal”, neste campo, por força da “falta de reacção das chamadas ‘instâncias sociais de controle’”, deixou-se expresso:

«Daí que se compreenda que os estudiosos da matéria não pudessem deixar de interrogar-se sobre os meios de ordem não-penal capazes de minorar esses males, sendo certo para mais que a repressão penal, à luz do chamado “princípio da subsidiariedade”, só se justifica se for

²⁵ Acórdão 75/2010 do Tribunal Superior de Portugal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>. Acesso em 22/02/2018.

proporcionada, e para o ser precisa de ter eficácia. Quando esta não se alcance, então devem procurar-se outros meios ou processos de evitar tal flagelo [...].

Essa ideia foi retomada no Acórdão n.º 85/85, tendo-se aí sustentado, entre outras afirmações de idêntico teor:

«Por outro lado, independentemente da natureza da protecção constitucional da vida intra-uterina, nada, porém, impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante *meios penais*, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada ou quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos».

Pode dizer-se que, com estas duas decisões, a jurisprudência constitucional portuguesa, partindo do princípio que a vida pré-natal é um bem constitucionalmente protegido, enquanto valor objectivo, de imediato acrescentou que a sanção penal deve constituir uma *última instância*, só justificada quando essa protecção não possa ser garantida de outro modo.

Os Acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006 reiteraram essas duas ideias-força. Assim, pode ler-se no primeiro:

«Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.

Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa.

[...] De todo o modo, de acordo com esta leitura, o legislador ordinário estará vinculado a estabelecer formas de protecção da vida humana intra-uterina, sem prejuízo de, procedendo a uma ponderação de interesses, dever balancear aquele bem jurídico constitucionalmente protegido com outros direitos, interesses ou valores, de acordo com o princípio da concordância prática».

Dentro deste quadro de pensamento, o referido Acórdão consolidou também a orientação, já seguida pelo Acórdão n.º 85/85, da admissibilidade de uma *tutela gradativa*, “progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação”.

Quanto aos meios de tutela, ambas as decisões se irmanaram na aceitação do ponto de vista de que não há uma imposição constitucional de criminalização, na situação em apreço, tendo o Acórdão n.º 617/2006 expressamente aludido ao *princípio da necessidade*, nestes termos:

«Tal como já resultava do Acórdão n.º 288/98, deverá salientar-se que estamos no terreno da responsabilidade penal, onde prevalece o princípio da necessidade da pena e não perante uma mera discussão sobre o reconhecimento de valores ou meras lógicas de merecimento de protecção jurídica».

11.4.8. Tendo em conta a operatividade autónoma do princípio da necessidade e a imprescindível conjugação da proibição do dífice de protecção com o princípio da proporcionalidade, é metodicamente incorrecto partir aprioristicamente da legitimidade da intervenção penal, só afastável mediante a prova da disponibilidade de um meio alternativo de tutela menos intrusivo e de eficiência equivalente ou superior.

Com isso se inverte o sentido do percurso valorativo e a colocação do ónus de fundamentação, assumindo-se como *ponto de partida* o que não pode ser senão o hipotético *ponto de chegada*.

Dando como assente que a sanção penal é o instrumento mais gravoso de intervenção, com a conseqüente prioridade aplicativa, deste ponto de vista, de qualquer outro que o seja menos, a sua utilização não pode resultar, sem mais, da eventual insatisfação provocada por outros instrumentos de tutela. Há que evitar, nesta matéria, qualquer juízo *prima facie*, pelo que a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficiência própria, até porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal.

Está hoje assente, na doutrina penal, e na senda da teoria dos fins das penas de LISZT, que os elementos “necessidade” e idoneidade” constituem pressupostos justificativos da pena.

Assevera, a este respeito, CLAUS ROXIN:

«Não se pode castigar – por falta de *necessidade* – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponha de meios mais

suaves, há que renunciar – por falta de *idoneidade* – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.» – *Problema fundamentais de direito penal*, 2.^a ed.^a, Lisboa, 1993, 57-58.

A utilização do direito penal só se legitima quando seja de lhe atribuir (como requisito mínimo) eficiência, e quando a eficiência que se lhe imputa, sendo incontroversamente superior à de qualquer outro meio alternativo, é também a única capaz de atingir o mínimo de protecção constitucionalmente imposto. Só nestas condições resultam satisfeitos os critérios da idoneidade e da necessidade, só assim se justifica a conversão do imperativo constitucional de tutela, ainda indeterminado quanto aos meios, num preciso dever de estabelecimento de sanções penais.

Ora, a tal respeito, a interrupção voluntária da gravidez põe em cheque convicções adquiridas noutros campos.

Na verdade, essa acção faculta um bom exemplo de uma das situações em que não pode partir-se da ideia da eficiência da intervenção do direito penal, como se de uma apriorística evidência se tratasse. A singularidade da relação conflitual e da fonte do perigo de lesão explicam, em boa medida, essa falência dos instrumentos penais.

Dados os termos da tipificação legal, a questão só se põe quando a interrupção é realizada com o consentimento da própria grávida. Nessa configuração, em que se esfuma a alteridade entre autor e vítima, a ameaça de sanção penal para resolver um conflito "interior", de carácter existencial, na esfera pessoal de alguém que simultaneamente provoca e sofre a lesão, não tem a eficiência que, em geral, lhe cabe. Os números aí estão, para o comprovar eloquentemente. O regime de punibilidade, aplicável em todas as fases da gestação, não evitou a prática, em larga escala, do aborto, frequentemente em condições atentatórias da dignidade e de grave risco para a saúde física e psíquica (ou até para a vida) da mulher – bens, estes, objecto de direitos fundamentais, radicados na esfera da grávida, também eles, *a fortiori*, cobertos por um dever estadual de protecção.

Acresce que a eficiência da criminalização, neste como em qualquer outro domínio, depende, em primeira linha, do efectivo exercício dos poderes punitivos do Estado. No que agora nos ocupa, só a efectiva perseguição e pronúncia, em número significativo, dos agentes do crime de interrupção voluntária da gravidez constituiria, potencialmente, um factor de contenção da sua prática.²⁶

Como se observa dos debates retratados acima, Portugal tem “uma rica história de constitucionalismo sobre aborto”,²⁷ tendo sua Corte máxima decidido sobre a questão em cinco diferentes ocasiões desde os anos 1980, em uma progressão de entendimentos cada vez mais permissivos. Assim, o procedimento de interrupção da gravidez no país é hoje autorizado (i) segundo o modelo dos prazos, por opção da mulher nas 10 primeiras semanas de gestação, após aconselhamento não dissuasivo e (ii) segundo o modelo das causas, por risco à saúde física e psíquica, má-formação fetal e gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Desde a legalização geral do procedimento, em 2007, não apenas o número de interrupções voluntárias da gravidez vem diminuindo ano a ano, mas também a reincidência. Além disso, não há mais casos de mortalidade materna por

²⁶ Acórdão 75/2010 do Tribunal Superior de Portugal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>. Acesso em 22/02/2018.

²⁷ RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: New Trends in European Constitutionalism. In: *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 37.

complicações decorrentes de aborto.²⁸ Esses dados empíricos demonstram o acerto da política pública adotada pelo legislativo, amparado na constitucionalidade declarada pela Corte Constitucional.

Estados Unidos

A história da descriminalização, permissão e regulamentação do aborto nos Estados Unidos está totalmente imbricada à construção da jurisprudência pela Suprema Corte do país. Isso porque, embora a problemática do aborto não esteja diretamente regulada na Constituição do país, a Suprema Corte foi a responsável por reconhecer o direito de interrupção voluntária da gravidez às mulheres, de modo pioneiro, no caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973. Nessa oportunidade, a Suprema Corte entendeu que o direito à privacidade, por ela reconhecido no julgamento de *Griswold v. Connecticut* (1965), abarcaria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Com base nesta orientação, e amparada nos direitos consagrados nas 9ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos,²⁹ a Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual do Texas que criminalizava a prática do aborto, excetuados os casos de risco grave à vida da gestante. A proteção da privacidade, que se estende aos âmbitos pessoal, marital, familiar e sexual, é central na análise feita pela Suprema Corte, sob o voto condutor do Juiz Blackmun, para entender que o aborto é uma decisão que compete à mulher, em consulta com sua médica:

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 impor 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 [...].

²⁸ Para uma interessante análise das consequências positivas de saúde pública decorrentes da legalização do aborto em Portugal, ver <http://expresso.sapo.pt/multimedia/259/2017-02-09-Ha-menos-abortos-menos-reincidencia-e-nenhuma-mortalidade-materna-10-anos-de-IVG>.

²⁹ A 9ª Emenda trata dos direitos que cidadãos e cidadãs detêm, embora não especificados no texto constitucional. A 14ª Emenda, por sua vez, trata dos direitos de cidadania e igual proteção perante a lei. Assim, inclui várias cláusulas, dentre as quais se destacam cidadania, privilégios e imunidades, devido processo e igual proteção.

Contudo, entendeu a Suprema Corte que o direito à privacidade não é absoluto, mas comporta regulação para a proteção de outros valores também consagrados no sistema constitucional estadunidense:

As decisões desta Corte reconhecendo o direito à privacidade também reconhecem que alguma forma de regulação estatal em matérias protegidas é apropriada. [...] 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 incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.³⁰

Assim, no julgamento do caso e inexistentes quaisquer critérios normativos sobre o tema, a Suprema Corte definiu, inclusive com apoio nos argumentos apresentados pelos profissionais da medicina, os parâmetros obrigatórios que deveriam ser observados por todos os estados da federação quando exercessem sua autoridade legislativa sobre questões envolvendo o aborto. Daniel Sarmento assim sintetiza esses parâmetros:

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 proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina -, 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.³¹

Em *Roe v. Wade*, portanto, a Suprema Corte reconheceu que o Estado tem interesse na vida humana potencial, mas circunscreveu tal proteção, subordinando-a ao direito das mulheres de interromper voluntariamente a gestação. Por outro lado, o exercício de tal direito não seria ilimitado, mas estaria circunscrito ao período de inviabilidade de vida fora do útero. Embora esteja baseada em uma interpretação judicial de direitos constitucionais domésticos, *Roe v. Wade* se tornou verdadeiro símbolo transnacional que impulsionou a liberalização do aborto, pela via legislativa, em diversos lugares do mundo.³² Por outro lado, a decisão também influenciou outros tribunais constitucionais, como, por exemplo, o Tribunal Constitucional português e a Corte Constitucional da Colômbia, que, valendo-se do método

³⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo* 240, 2005. p. 47.

³¹ *Idem*, p. 47-48.

³² REBOUCHÉ, Rachel. A functionalist approach to comparative abortion law. In: *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 99.

comparado, não deixaram de examinar aqueles argumentos e avaliar a sua pertinência em cada caso concreto.

Nos anos seguintes a *Roe v. Wade*, julgados sucessivos da Suprema Corte, em certos aspectos, protegeram e expandiram o direito então reconhecido, e em outros, o restringiram. Em *Doe v. Bolton*, decidido também em 1973, a Corte anulou as restrições sobre os lugares que poderiam ser utilizados para realizar abortos, a partir do entendimento de que o estabelecimento de requisitos excessivos impedia o exercício do direito, sendo por isso inconstitucional. Três anos depois, no caso *Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, a Suprema Corte negou aos estados a possibilidade de conceder aos maridos o poder de veto sobre a decisão das esposas de interromper a gestação e declarou desnecessária a autorização dos pais de pessoas menores para a realização do procedimento no primeiro trimestre de gravidez. Nesse mesmo caso, a Corte declarou a possibilidade de exigência de exame de viabilidade do feto, nos termos já debatidos em *Roe v. Wade*, e entendeu também que a exigência de consentimento informado da mulher não consistia em medida excessivamente gravosa, sendo, em contrário, necessária.

Em 1979, em *Colautti v. Franklin*, a Suprema Corte concedeu aos profissionais da medicina um amplo poder discricionário para determinar quando um feto pode viver fora do útero materno. Os magistrados argumentaram que, embora um estado possa procurar proteger um feto viável, a determinação da viabilidade deve ser deixada aos médicos.

Poucos anos mais tarde, em 1983, a Corte estabeleceu limites adicionais aos tipos de regulamentos que os Estados poderiam estabelecer para os procedimentos de interrupção voluntária da gravidez. Assim, em um trio de decisões, *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, *Planned Parenthood of Kansas City, MO v. Ashcroft* e *Simopoulos v. Virginia*, por seis votos a três, a maioria negou aos Estados e comunidades locais o poder de exigir que as mulheres com mais de três meses de gravidez abortem em um hospital e anulou os regulamentos que, entre outras coisas, impunham um período de espera de vinte e quatro horas entre a assinatura do formulário de consentimento e a realização do procedimento médico. Três anos mais tarde, a maioria simples da Suprema Corte deixou sem efeito os regulamentos da Pensilvânia que exigiam dos médicos que informassem às mulheres que desejavam interromper a gestação sobre os riscos potenciais do procedimento e as instalações disponíveis para o pré-natal e parto.

Em que pese algumas decisões da Suprema Corte terem permitido a limitação de seu exercício, especialmente quanto ao financiamento do serviço,³³ o direito de interromper voluntariamente uma gestação só foi garantido às mulheres por inequívoca ação do poder judiciário, no exercício do seu dever de proteção de direitos fundamentais das minorias sociais. Como ressaltou o Juiz David Souter em 1992, *Roe v. Wade* foi uma das únicas duas situações em que a Suprema Corte convocou “as partes em disputa sobre uma controvérsia nacional para pôr fim à sua divisão e aceitar um comando comum fundamentado na Constituição”.³⁴ Assim, o aborto voluntário é hoje permitido nos Estados Unidos, por qualquer motivo, no primeiro trimestre de gestação. A diretriz geral da jurisprudência consolidada na Suprema Corte é o critério da viabilidade: o aborto é autorizado enquanto a vida do feto não seja viável fora do útero. Os estados, no exercício de suas competências legislativas, podem regular o exercício do direito, mas tal regulamentação não pode ser gravosa para a mulher a ponto de impedir a realização do procedimento.

Embora a União Soviética tenha sido o primeiro país a reformar a sua legislação sobre o aborto, sob a influência da feminista Alexandra Kollantai, por meio de um decreto sobre a saúde da mulher aprovado em 1920,³⁵ a influência da jurisprudência estadunidense, particularmente *Roe v. Wade* sobre o movimento de reforma que se espalhou pelo mundo é incomparável. Praticamente todas as Cortes Constitucionais que enfrentaram a polêmica questão da descriminalização/legalização se confrontaram com a contundente argumentação do Juiz Blackmun que, apesar das incontáveis tentativas de reversão por organizações e grupos contrários ao direito de escolha, permanecem firmes ainda hoje.

Canadá

No Canadá, o aborto permaneceu ilegal em todas as circunstâncias até 1968, quando o *Criminal Law Amendment Act* descriminalizou o procedimento apenas nos casos específicos em que uma comissão médica julgasse que era o melhor a se fazer para garantir a saúde ou a vida da mulher. Em 1998, no julgamento do caso *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, a Suprema Corte canadense, declarando a inconstitucionalidade do

³³ Por exemplo, em 1977, a Suprema Corte estabeleceu, em *Maher v. Roe*, que os Estados não tinham obrigação constitucional de custear abortos não terapêuticos, e três anos depois, decidiu por maioria, em *Harris v. McRae*, que mesmo quando se trata de abortos medicamente necessários, nem os estados nem o governo federal estão sob qualquer obrigação constitucional de garantir financiamento público.

³⁴ SILVERSTEIN, Gordon. *Law's allure: How law shapes, constrains, saves, and kills politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 109.

³⁵ BERER, Marge. Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization. *Health and Human Rights Journal* 19 (1), 2017. p. 15.

referido dispositivo da lei criminal, reconheceu às mulheres o direito fundamental de decidirem pela interrupção voluntária da gestação em quaisquer circunstâncias. Em sua decisão, a Corte declarou que forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar a cabo uma gravidez, em detrimento de suas próprias prioridades e aspirações, constitui uma profunda interferência em seu corpo e, por isso, uma violação de sua segurança pessoal.

[...] A interferência do Estado na integridade corporal e o grave estresse psicológico imposto pelo Estado, pelo menos no contexto do direito penal, constituem uma violação da segurança da pessoa. O artigo 251 claramente interfere na integridade física e corporal de uma mulher. Forçar uma mulher, por ameaça de sanção criminal, a carregar um feto até o final da gestação, a menos que ela atenda a certos critérios não relacionados a suas próprias prioridades e aspirações, é uma profunda interferência no corpo de uma mulher e, portanto, uma violação da segurança da pessoa. Uma segunda violação do direito à segurança da pessoa ocorre de forma independente como resultado do atraso na obtenção de abortos terapêuticos causado pelos procedimentos obrigatórios do art. 251, o que resulta em maior probabilidade de complicações e maior risco. O dano à integridade psicológica das mulheres que procuram aborto também foi claramente estabelecido.³⁶

De acordo com a decisão da Corte, o interesse na vida ou saúde da mulher grávida precede o interesse na proibição do aborto, inclusive, o interesse do Estado na proteção do feto.

[...] Antes do advento da Carta, o Parlamento reconheceu, ao adotar o art. 251 (4) do Código Penal, que o interesse na vida ou na saúde da mulher grávida tem precedência sobre o interesse na proibição de abortos, incluindo o interesse do Estado na proteção do feto, quando "a continuidade da gravidez de tal pessoa representasse ou pudesse representar um perigo à sua vida ou saúde". Este padrão do art. 251 (4) ficou firmemente estabelecido como um mínimo quando o "direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa" foi consagrado na Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá no art. 7.

A "segurança da pessoa", na acepção do art. 7 da Carta, deve incluir o direito de acesso ao tratamento médico para qualquer condição que represente um perigo à vida ou à saúde, sem receio de sanção penal. Se um ato do Parlamento força uma mulher grávida, cuja vida ou saúde está em risco, a escolher entre, por um lado, a comissão de um crime para obter tratamento médico efetivo e oportuno e, por outro lado, tratamento inadequado ou nenhum tratamento, seu direito à segurança da pessoa foi violado.³⁷

Com efeito, para o mais alto Tribunal canadense, o objetivo constitucional de proteger a vida em potencial não é suficientemente importante para se sobrepor ao direito da mulher de ser protegida de uma gravidez que represente um risco à sua saúde física e/ou mental:

O objetivo de proteger o feto não é suficientemente importante para se sobrepor ao interesse de proteger as mulheres de gestações que representem um risco para sua vida ou sua saúde. [...] Em uma sociedade livre e democrática, não seria razoável limitar o direito à segurança

³⁶ Caso 19556, da Suprema Corte do Canadá. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/288/index.do>. Acesso em 22/02/2018. Tradução nossa.

³⁷ Idem.

pessoal da mulher grávida por meio de uma regra que limite os abortos em todos os casos, quando sua vida ou sua saúde se encontre em risco.³⁸

A Corte destacou que a decisão de interromper ou não a gravidez concerne à mulher, unicamente, tendo em vista que é ela quem suporta suas consequências econômicas, psicológicas e sociais:

[...] A decisão da mulher de interromper sua gravidez se encontra nessa classe de decisões protegidas. É uma decisão que terá profundas consequências psicológicas, econômicas e sociais para ela. É uma decisão que reflete profundamente a maneira como a mulher pensa sobre si mesma e seu relacionamento com os outros e com a sociedade em geral. Não é apenas uma decisão médica; é também uma decisão social e ética profunda.

O artigo 251 do Código Penal retira uma decisão pessoal e privada da mulher e a entrega a uma comissão que baseia sua decisão em "critérios inteiramente não relacionados com as próprias prioridades e aspirações da mulher grávida".

O artigo 251 também priva uma mulher grávida de seu direito à segurança pessoal sob o art. 7 da Carta. Este direito protege tanto a integridade física quanto psicológica do indivíduo. O artigo 251 é ainda mais problemático do que apenas submeter as mulheres a um estresse emocional considerável e a um risco físico desnecessário. Ele afirma que a capacidade de reprodução da mulher está sujeita não a seu próprio controle, mas ao controle do estado. Isso é uma interferência direta na "pessoa" física da mulher.

Esta violação do art. 7 não está de acordo nem com a justiça procedimental nem com os direitos e liberdades fundamentais estabelecidos em outros dispositivos da Carta. Uma privação do art. 7 que tem o efeito de infringir um direito garantido em outros dispositivos da Carta não pode estar de acordo com os princípios da justiça fundamental.

A privação do art. 7 neste caso ofende a liberdade de consciência garantida no art. 2 (a) da Carta. A decisão de interromper ou não uma gravidez é essencialmente uma decisão moral e, em uma sociedade livre e democrática, a consciência do indivíduo deve ser privilegiada em detrimento do Estado. Na verdade, o art. 2 (a) deixa claro que essa liberdade pertence a cada um de nós individualmente. A "Liberdade de consciência e religião" deve ser amplamente interpretada para se estender a crenças conscienciosas, baseadas na religião ou em uma moral secular, e os termos "consciência" e "religião" não devem ser tratados como tautológicos se dotados de significados independentes, embora relacionados. O Estado aqui está endossando uma visão conscienciosa à custa de outra. É negar a liberdade de consciência a alguns, tratando-os como um meio para um fim, privando-os de sua "humanidade essencial".³⁹

Sobre o valor a ser atribuído ao feto como vida em potencial, a Corte canadense afirmou que esse está diretamente relacionado ao estágio da gestação, desenvolvendo assim argumentação semelhante àquela adotada pelo Tribunal Constitucional português. Nesse sentido, nos estágios iniciais da gestação, os magistrados canadenses entenderam que a autonomia da mulher deve ser absoluta, ao passo que em fases mais avançadas, decidiram justificar-se a proteção ao feto e, conseqüentemente, o estabelecimento de condições para a interrupção voluntária da gravidez.

[...] O valor a ser conferido ao feto como vida potencial está diretamente relacionado ao estágio do seu desenvolvimento durante a gestação. O feto não desenvolvido começa como um óvulo recém-fertilizado; o feto plenamente desenvolvido emerge finalmente como um bebê. Uma progressão do desenvolvimento ocorre entre esses dois extremos e tem uma

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

influência direta sobre o valor do feto como vida potencial. Assim, o feto deve ser visto em termos diferenciais e de desenvolvimento. Essa visão do feto apoia uma abordagem permissiva do aborto nos estágios iniciais, em que a autonomia da mulher seria absoluta, e uma abordagem restritiva nos estágios posteriores, em que o interesse do Estado em proteger o feto justificaria a prescrição de condições. O ponto preciso no desenvolvimento do feto em que o interesse de proteção do Estado se torna "convicente" deve ser deixado ao julgamento informado do poder legislativo, que está em posição de receber, de todas as disciplinas relevantes, opiniões sobre o assunto.

Na minha opinião, o respeito pela tomada de decisões individuais em questões de importância pessoal fundamental, refletidas na jurisprudência americana, também informa a Carta Canadense. Na verdade, como o juiz presidente apontou em *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, as crenças sobre o valor humano e a dignidade "são a condição *sine qua non* da tradição política subjacente à Carta". Concluo, portanto, que o direito à liberdade contido no art. 7 garante a cada indivíduo um grau de autonomia pessoal em relação a decisões importantes que afetam intimamente suas vidas privadas.

A questão então é se a decisão de uma mulher de interromper sua gravidez se enquadra nesta classe de decisões protegidas. Não tenho dúvidas de que sim. Essa decisão é uma que terá profundas consequências psicológicas, econômicas e sociais para a mulher grávida. As circunstâncias que dão origem a isso podem ser complexas e variadas e pode haver, e geralmente há, considerações poderosas que militam em direções opostas. É uma decisão que reflete profundamente a maneira como a mulher pensa sobre si mesma e seu relacionamento com os outros e com a sociedade em geral. Não é apenas uma decisão médica; é também uma questão social e ética profunda. Sua resposta será a resposta da pessoa como um todo.

Provavelmente, é impossível para um homem responder, mesmo imaginativamente, a tal dilema, não apenas porque está fora do domínio de sua experiência pessoal (embora este seja, é claro, o caso), mas porque ele pode se relacionar com isso apenas por meio da objetivação, eliminando os elementos subjetivos da psique feminina que estão no cerne do dilema.⁴⁰

Posteriormente, a Suprema Corte canadense confirmou a perspectiva afirmativa de direitos das mulheres, em casos como *Tremblay v. Daigly* (1989). Nele, entendeu-se que, apesar da proteção jurídica conferida ao feto, ele não está abarcado pelo termo "ser humano" ou "pessoa" e, por isso, não goza do direito à vida.

[...] A liminar ser afastada porque os direitos substantivos que alegadamente a apoiam - os direitos conferidos a um feto ou a um pai potencial - não existem.

Um feto não está incluído no termo "ser humano" na Carta de Quebec e, portanto, não goza do direito à vida conferido pelo art. 1. A Carta de Quebec, considerada como um todo, não apresenta qualquer intenção clara por parte de seus autores para considerar o status de um feto. Ela é enquadrada em termos muito gerais e não faz referência ao feto ou a direitos do feto, nem inclui qualquer definição do termo "ser humano" ou "pessoa". Essa falta de intenção de lidar com o status de um feto é, por si só, uma razão forte para não encontrar direitos do feto sob a Carta da Quebec. Se o parlamento quisesse conceder ao feto o direito à vida, é improvável que tivesse deixado a proteção deste direito em um estado tão incerto. Como este caso demonstra, o alegado direito à vida do feto será protegido somente a pedido discricionário de terceiros.

A questão difícil de se um feto é uma pessoa jurídica não pode ser resolvida por um argumento puramente linguístico de que o significado simples do termo "ser humano" inclui fetos. Como um argumento puramente científico, um argumento puramente linguístico tenta resolver um debate legal por meios não legais. O que é necessário são razões legais substantivas que sustentem a conclusão de que o termo "ser humano" tem um significado particular. Quanto ao uso diferente dos termos "ser humano" e "pessoa" na Carta de Quebec, esse uso não leva à conclusão de que um feto está incluído no termo "ser humano". A explicação mais plausível é que diferentes termos foram usados para distinguir entre pessoas físicas e morais.⁴¹

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

O Canadá é um caso a se examinar com detida atenção, pois ele “se destaca como o único país que, até o presente, por meio da decisão de 1988 da Corte Constitucional, efetivamente descriminalizou⁴² o aborto de modo geral”.⁴³ Isso significa que, desde essa decisão, o Canadá é o único país em que o aborto não é restrito sob qualquer hipótese e, portanto, é acessível a requerimento da mulher, sem qualquer estipulação sobre quem deve provê-lo, como ou onde.

França

Na França, durante grande parte do século XX, o aborto foi criminalizado sem qualquer exceção. A situação era particularmente grave: a partir de 1942, quando passou a ser considerada “uma ameaça ‘à segurança interna e externa do Estado’”, a prática do aborto poderia levar mulheres à morte pela guilhotina, como foi o caso de Marie-Louise Giraud.⁴⁴ A iniciativa de sua legalização veio do poder executivo, certamente impulsionado pelas demandas das mulheres e dos profissionais de saúde, que ganhavam publicidade e força política.⁴⁵

Em novembro de 1974, a então Ministra da Saúde Simone Veil propôs um texto de lei que descriminalizava a interrupção voluntária da gravidez. Em seu discurso ao parlamento francês em defesa do projeto, a Ministra se manifestou apontando o problema da ineficácia da lei penal para coibir o aborto, as dificuldades econômicas de acesso ao procedimento clandestino que colocavam as mulheres pobres em situação de risco, mas sobretudo ressaltou que a solução para o problema deveria ser realista, humana e justa, o que implicava garantir o interesse e a proteção da mulher:

⁴² É importante ressaltar aqui o conceito de descriminalização que significa remover absolutamente todas as sanções criminais existentes contra o aborto.

⁴³ BERER, Marge. Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization. *Health and Human Rights Journal* 19 (1), 2017. p. 16.

⁴⁴ CASSAU, Beatriz Arantes, GOMES, Camila Ziller, KESIKOWSKI, Sabrina Cunha. O direito ao aborto e o movimento feminista na França: A luta pela autodeterminação da mulher. In: *Dossiê: As mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OAB/PR, 2015. p. 37.

⁴⁵ Por exemplo, em 5 de abril de 1971, um grupo de 343 mulheres francesas, dentre elas conhecidas escritoras, atrizes, diretoras de cinema e outras figuras públicas, liderado pela filósofa Simone de Beauvoir, publicou um manifesto – conhecido como *Manifeste des 343 salopes* – em que essas mulheres assumiam ter realizado abortos clandestinos e pediam a legalização da prática na França. O manifesto pode ser lido aqui: <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20071127.OBS7018/le-manifeste-des-343-salopes-paru-dans-le-nouvel-obs-en-1971.html>. Em 3 de fevereiro de 1973, um grupo de 331 médicos e médicas publicou um manifesto assumindo já terem realizado o procedimento de aborto em diversas mulheres e pedindo sua legalização. A leitura do manifesto pode ser assistida aqui: <http://www.ina.fr/video/CAF88044080>.

[...] é com a maior convicção que defenderei um projeto largamente refletido e deliberado pelo conjunto do governo, um projeto que, segundo o próprio Presidente da República, tem por objetivo ‘por fim a uma situação de desordem e de injustiça e aportar uma solução medida e humana a um dos problemas mais difíceis de nosso tempo. [...] Esta intervenção [o aborto] não deve, contudo, praticar-se sem estritas garantias médicas para a própria mulher e este é o terceiro objetivo do projeto de lei: proteger a mulher.⁴⁶

A Lei nº 75-17, que ficou conhecida como “Lei Veil” e teria vigência temporária por 5 anos, foi adotada dois meses depois, por uma ampla maioria parlamentar,

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 (*detresse*), 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.⁴⁷

De acordo com a referida lei, a gestante deveria, antes da realização do procedimento, submeter-se a uma consulta e aconselhamento profissional, em instituições que lhe forneceria assistência e recomendações para resolver eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez. Tratava-se, segundo justificativa da Ministra Simone Veil, de medida dissuasiva, que imbuía uma instituição social da “missão de escutar a mulher, [...] de deixa-la expressar seu desamparo, de ajudá-la a obter ajuda do Estado se esta angústia fosse financeira, de fazê-la tomar consciência da realidade de obstáculo que se opõem ou parecem opor-se à chegada da criança”.⁴⁸

Antes da entrada em vigor da Lei 75-17, parlamentares que a ele se opunham recorreram ao Conselho Constitucional para questionar sua constitucionalidade. Em 15 de janeiro de 1975, o Conselho proferiu decisão⁴⁹ reconhecendo sua compatibilidade com a Constituição francesa e com os outros diplomas integrantes do chamado “bloco de constitucionalidade”, partindo 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’”.⁵⁰

⁴⁶ A íntegra do discurso, em espanhol, pode ser lida aqui: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/038_19.pdf. Tradução nossa.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo* 240, 2005. p. 49.

⁴⁸ VEIL, Simone. Discurso del 26 de noviembre 1974. Disponível em: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/038_19.pdf. Tradução nossa.

⁴⁹ Conselho Constitucional da França, Decisão n. 74-54, de 15.01.1975.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo* 240, 2005. p. 49.

Em 1979, as normas contidas na lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas por decisão parlamentar. Posteriormente, em 1982, foi aprovada nova lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes do procedimento de interrupção voluntária da gravidez.

E, mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 588 que, tratando do aborto, (i) ampliou o prazo geral para a interrupção voluntária da gravidez de 10 para 12 semanas; (ii) tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação; e (iii) deixou de exigir a autorização dos pais para a prática de aborto por menores. Mais uma vez, o Conselho Constitucional foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da nova lei e, em sua Decisão n. 2001-446, afirmou 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 encontra numa situação de angústia,⁵¹ 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 forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁵²

Assim, o aborto é hoje permitido na França por decisão da gestante, em qualquer circunstância, até 12 semanas. Ainda, é também autorizado em situações como má-formação e risco de saúde, sem restrição de prazo. Trata-se de procedimento inteiramente confidencial e integralmente gratuito na rede pública de saúde. Embora a iniciativa do executivo e o apoio do legislativo tenham sido determinantes para a proteção do direito da mulher francesa de decidir sobre a continuidade de uma gravidez, o controle de constitucionalidade feito pelo Conselho oferece lições importantes, que confirmam a necessidade de que se proceda à ponderação entre o valor da vida intrauterina e a liberdade e dignidade da mulher.

Alemanha

A regulação do aborto na Alemanha talvez seja o caso mais complexo de todos os aqui discutidos, em razão da própria história intricada do país. Em 1871, quando o parlamento federal alemão produziu um novo código penal, o aborto foi proibido em todas as circunstâncias. As penas para os casos de infração da lei eram severas: a mulher, o profissional médico responsável pelo procedimento e/ou qualquer outro/a participante

⁵¹ É importante esclarecer que, embora a nova lei tenha mantido que a mulher, para ter acesso ao procedimento, deve declarar estar em um estado de angústia resultante de sua situação, a decisão cabe unicamente a ela.

⁵² Idem, p. 50.

seriam enviados para campos de trabalho; se se tratasse de aborto necessário para garantia da saúde da mulher, a prisão era a consequência.⁵³

Durante a República de Weimar (1919-1933), múltiplos projetos de lei foram enviados ao parlamento na tentativa de liberalizar o aborto, inclusive de modo amplo nos três primeiros meses de gestação. Contudo, todos eles foram rejeitados, embora as penas máximas para a prática de aborto tenham sido reduzidas.⁵⁴

Em março de 1927, a Suprema Corte alemã (então chamada *Reichsgericht*),⁵⁵ decidiu, pela primeira vez, que o risco de morte ou de dano grave para a saúde da gestante eram causa legítima para a interrupção da gravidez.⁵⁶ Essa chamada “indicação médica” permaneceu como a única razão a justificar o aborto até o período nazista, quando o procedimento foi então adaptado à política racial do regime. Passou a ser considerado, por um lado, um ataque vital à raça ariana e, portanto, crime punido com a morte se praticado nas mulheres alemãs; e, por outro, um instrumento de proteção da raça e hereditariedade, sendo utilizado para fins eugenistas contra as mulheres judias.⁵⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, o aborto permaneceu ilegal de modo geral na Alemanha dividida: a Alemanha Ocidental manteve a situação anterior ao Terceiro Reich, e a Alemanha Oriental aprovou uma legislação incluindo uma gama um pouco mais ampla de exceções em 1950.

Em 1972, a Alemanha Oriental finalmente legalizou o aborto a requerimento da mulher até 12 semanas de gestação, seguindo o exemplo de praticamente todos os outros países do bloco soviético.⁵⁸ A Alemanha Ocidental fez o mesmo, em junho de 1974, após complexo processo de negociação parlamentar que envolveu pelo menos quatro projetos de lei.⁵⁹ Enquanto a alteração permaneceu incontestada na Alemanha Oriental e as mulheres puderam gozar livremente do direito conquistado, o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha Ocidental, foi convocado a se posicionar sobre o tema, em ação de

⁵³ HAGMAIER, Michael. *The political and the judicial path – How feminist demands can be enforced, using the example of the abortion legislation debate in the US and Germany*. Dresden: 2014 (manuscrito). p. 4.

⁵⁴ MATTERN, Michael G. German Abortion Law: The Unwanted Child of Reunification. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 13 (3), 1991. p. 655.

⁵⁵ *Reichsgericht*, Decisão RGSt 61, 242f.

⁵⁶ GÖSSEL, Karl Heinz. Federal Republic of Germany. IN: *Abortion and protection of the human fetus: Legal problems in a cross-cultural perspective*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 129.

⁵⁷ HAGMAIER, Michael. *The political and the judicial path – How feminist demands can be enforced, using the example of the abortion legislation debate in the US and Germany*. Dresden: 2014 (manuscrito). p. 4.

⁵⁸ MATTERN, Michael G. German Abortion Law: The Unwanted Child of Reunification. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 13 (3), 1991. p. 671-672.

⁵⁹ HAGMAIER, Michael. *The political and the judicial path – How feminist demands can be enforced, using the example of the abortion legislation debate in the US and Germany*. Dresden: 2014 (manuscrito). p. 9.

inconstitucionalidade movida pela oposição. O *Bundesverfassungsgericht*, apenas três dias após a aprovação da nova regulamentação (21 de junho de 1974) concedeu tutela liminar para suspender a lei até o julgamento final da causa, que se deu em fevereiro de 1975.

No caso, que ficou conhecido como “Aborto I”, o Tribunal decidiu que a vida é protegida, ainda que esteja apenas em desenvolvimento: o feto é sujeito de direito. Assim, em um exercício de ponderação entre o direito à privacidade e autonomia da mulher grávida e o direito à vida do feto, o Tribunal entendeu que o direito à vida deveria ser protegido, manifestando-se nos seguintes termos:

2. O dever do Estado de proteger a vida humana em desenvolvimento existe, em princípio, até mesmo contra a mãe. Indubitavelmente, a união natural da vida não nascida com a mãe estabelece uma relação especial para a qual não há paralelo em qualquer outra situação factual da vida. A gravidez pertence à esfera íntima das mulheres, que é constitucionalmente protegida pelo Artigo 2.1. da Lei Fundamental em conjugação com o Artigo 1.1. Se [se] considerasse o embrião apenas como parte do organismo materno, o término de uma gravidez seria abrangido pela esfera das decisões da vida privada [da mãe] que o legislador não pode invadir. Como o nascituro é um ser humano independente, que é protegido pela Constituição, a interrupção de uma gravidez tem uma dimensão social que a torna acessível e dependente de regulação estadual. É verdade que o direito das mulheres a desenvolver sua personalidade, que consiste na liberdade de ação em sentido abrangente e, portanto, também inclui o direito das mulheres de assumir a responsabilidade por si mesma e tomar uma decisão contra a maternidade e os deveres que dela decorrem, também merece reconhecimento e proteção [do Estado]. Mas este direito não é ilimitado - os direitos dos outros, a ordem constitucional e a lei moral o limitam [...] Não é possível um equilíbrio que garanta tanto a proteção da vida do nascituro como a liberdade da mulher grávida de interromper a gravidez, pois essa interrupção sempre significa a destruição da vida não nascida. No necessário processo de balanceamento ambos valores constitucionais devem ser percebidos em relação à dignidade humana como o centro do sistema de valores da constituição. Ao usar o Artigo 1.1. da Lei Fundamental como padrão, a decisão deve favorecer a proteção da vida do feto sobre o direito à autodeterminação das mulheres. [As mulheres] podem ser limitadas em alguns desenvolvimentos pessoais potenciais pela gravidez, o nascimento e a criação de filhos [e seu direito à autodeterminação pode, portanto, ser prejudicado]. A vida não nascida, no entanto, é destruída pelo término de uma gravidez. De acordo com o princípio do balanceamento mais cuidadoso de posições concorrente constitucionalmente protegidas, e considerando o conceito fundamental de trás do Artigo 19.2. da Lei Fundamental, a proteção da vida de nascituro deve ser dada prioridade. Esta prioridade dura por toda a gravidez [...]

3. Da [discussão] acima, pode-se deduzir a posição fundamental, requerida constitucionalmente, da ordem jurídica relativa à interrupção da gravidez: a ordem jurídica não pode fazer do direito das mulheres à autodeterminação a única orientação para seus regulamentos. O Estado deve assumir principalmente o dever de levar uma gravidez a termo, uma interrupção [de uma gravidez] deve, portanto, ser considerada errada. A ordem jurídica deve articular claramente que desaprova a interrupção da gravidez. Deve ser evitada a impressão errada de que o término de uma gravidez é, por exemplo, um evento socialmente similar a uma ida ao médico para curar uma doença ou, pior ainda, uma alternativa legalmente irrelevante para a contracepção. O Estado não pode afastar sua responsabilidade e declarar um vazio jurídico ao não fazer um julgamento de valor e deixar este julgamento aos indivíduos [que tomam tais decisões apenas em seu próprio nome].⁶⁰

⁶⁰ BVerfGE 39, 1 – Abortion I. In: HILL, Clauspeter, BRÖHMER, Jürgen, SPITZKATZ, Marc. (Ed.) *60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court*. Landmark decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights. Berlin: Konrad-Adenauer-Siftung, 2012. p. 188-189. Tradução nossa.

Apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei por 6 votos a 2, e a manutenção do aborto como crime, o Tribunal Constitucional apontou que, em situações especiais, o direito à vida do feto não prevaleceria e o aborto seria autorizado. Esses casos consistiam em risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual, pois, para o Tribunal, a mulher não está obrigada a suportar um fardo demasiadamente pesado em razão da gravidez:

[...] Os efeitos incisivos de uma gravidez nas condições mentais e físicas de uma mulher são evidentes e não requerem maior exposição. [...] Em casos individuais, emergem situações de conflito graves e até mesmo ameaçadoras de vida. O direito à do nascituro pode resultar em um fardo para a mulher, que é significativamente maior do que a que normalmente relacionado com a gravidez. Aqui surge a questão de quanto [a mulher] pode suportar, ou seja, surge a questão de saber se, em tais casos, o Estado pode obrigar [a mulher] a levar a gravidez a termo por meio de sanção criminal. O respeito pela vida não nascida entra em conflito com o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar seus próprios valores em um grau insuportável para proteger a vida não nascida. Em tal situação de conflito, que geralmente não permite um julgamento moral de corte claro e em que a decisão de interromper a gravidez pode ser de consciência e digna de respeito, o legislador tem o dever de exercer uma restrição particular. Se, nesses casos, [o legislador] não considera que o comportamento das mulheres grávidas merece punição e renuncia à imposição dos meios de punição criminal, então o resultado do balanceamento que incumbe ao legislador deve ser constitucionalmente aceito.

[...] devem ser dadas circunstâncias com um peso considerável, que, em um grau fora do comum, tornam difícil para a pessoa afetada cumprir seu dever, de modo que não pode ser esperado que o faça. [Tais circunstâncias] estão especialmente presentes quando a pessoa afetada é colocada em conflitos internos pesados pelo cumprimento de suas funções. Resolver tais conflitos internos pela ameaça da sanção penal não parece adequado, porque [tal solução] usa a força em um caso em que o respeito pela esfera pessoal dos seres humanos exige uma liberdade interior completa para tomar decisões.

A continuação da gravidez parece especialmente insuportável se se puder demonstrar que a interrupção é necessária para "evitar uma ameaça à vida da mulher grávida ou [evitar] uma ameaça de grave prejuízo ao seu estado de saúde" (s. 218b No.1, do Código Penal na Versão da Quinta Lei para reforma do Direito Penal) Neste caso "o direito à vida e inviolabilidade da pessoa" (Artigo 2.2 da Lei Fundamental, primeira frase) [da mulher grávida] está em perigo, [um direito] que não se pode esperar que ela sacrifique em favor da vida não nascida. Além disso, [nas circunstâncias] em que os encargos para a mulher grávida a sujeitariam aos encargos fora do comum que, do ponto de vista do que se pode esperar de alguém suportar, são igualmente insuportáveis do que os listados na s. 218b, nº 1, o legislador pode abster-se de impor sanções penais para o término de uma gravidez ... [Entre essas circunstâncias estão especialmente os casos em que] indicações eugênicas, ética (criminológica), e sociais ou de emergência (*Notlagenindikation*) [são razões para a desejo de interromper uma gravidez]. Nas deliberações da Reforma da Lei Penal, o representante do governo federal demonstrou com grande extensão e com razões convincentes porque, nestes quatro casos de indicação (*Indikationsfaellen*), levar a termo uma gravidez parece estar além do peso que se pode esperar que alguém suporte. O ponto decisivo em todos esses casos é que outro interesse se afirma com urgência, que, de uma perspectiva constitucional, é igualmente digno de proteção, de modo que a ordem jurídica do Estado não pode exigir que a mulher grávida sempre dê prioridade ao direito do feto.⁶¹

⁶¹ Idem, p. 191-192.

Particularmente importante foi o reconhecimento de que o aborto não constituía crime no caso da chamada “indicação de emergência geral (indicação social)”:

Também a indicação de emergência geral (indicação social) pode ser categorizada [como uma das razões legítimas para interromper uma gravidez]. Porque a situação social geral da mulher grávida e de sua família podem produzir conflitos de tal gravidade, que [o Estado] não pode extrair sacrifícios em favor da vida não nascida, além de certo ponto, da mulher grávida, por meio do direito penal. Ao regular este caso de indicação, o legislador deve descrever a situação que não levará à punição de modo que a gravidade do conflito social requerido se torne claramente visível e - do ponto de vista de quais encargos podem ser esperados de alguém a suportar - a congruência dessa indicação com os outros casos de indicação seja assegurada. Se o legislador remover esses verdadeiros casos de conflito da cobertura da lei penal, ele não viola seu dever de proteger a vida. Também nesses casos, o legislador não pode se contentar em examinar e certificar, se apropriado, os pré-requisitos legais para isentar a interrupção de uma gravidez da punição. Em vez disso, o legislador [tem o dever] de oferecer aconselhamento e ajuda com o objetivo de lembrar a mulher grávida de seu dever fundamental de respeitar o direito do nascituro à vida, encorajá-la a continuar a gravidez e - especialmente em casos de necessidade social - apoiá-la através de assistência prática.⁶²

Como se vê, a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional alemão em “Aborto I” é bastante complexa. Se, por um lado, ela reconhece ao feto o direito à vida, por outro, ela afirma que o direito à vida da mulher também deve ser protegido e, por isso, a gravidez pode ser interrompida naquelas situações que impuser um fardo demasiado pesado para a mulher, seja do ponto de vista físico, psicológico ou social. Em suma, a decisão proibiu e incriminou o aborto como regra geral, mas contemplou diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mulher, mas também a casos de patologias fetais, violação e incesto e razões sociais e econômicas. Como resultado do comando do Tribunal, a lei penal foi novamente reformada em 1976 para seguir suas diretrizes.

Com a reunificação da Alemanha em 1990, a problemática da regulação do aborto emergiu novamente. Na Alemanha Oriental, as mulheres podiam se submeter ao procedimento, livremente, há anos; na Alemanha Ocidental, apesar da criminalização, a “indicação social” era amplamente utilizada e, na prática, não havia uma grande barreira ao exercício do direito, como apontam as estatísticas sobre o aborto legal nesse período.⁶³ Para solucionar o conflito, nova lei foi aprovada e promulgada em 1992, permitindo a realização do aborto nos primeiros três meses de gestação, condicionado ao aconselhamento. Adotava-se, assim, na linha da argumentação do próprio Tribunal Constitucional, medidas de caráter educativo e de planejamento familiar, e não repressivas.

⁶² Idem, p. 192.

⁶³ Por exemplo, em 1982, dos 91 mil abortos realizados, 70 mil foram por indicação social. <http://www.wgvd1.com/forum2/Info/Abtreibungstatistik-1/Seite2.htm>

Mais uma vez, a constitucionalidade da legislação foi contestada no Tribunal Constitucional, que decidiu, em 1993, a questão no caso que ficou conhecido como “Aborto II”. Neste julgamento, ao declarar a inconstitucionalidade da nova lei, o Tribunal enfatizou, na mesma linha de “Aborto I”, que o feto deve ser protegido pelo Estado e, portanto, a liberalização geral do aborto nos primeiros meses de gestação viola direitos fundamentais:

3. Existe o dever de proteger a vida não nascida, também contra a mãe. Essa proteção só é possível se o legislador proibir de modo geral a interrupção da gravidez, impondo assim à mulher um dever estatutário "em princípio" de levar a gravidez a termo. A proibição geral da interrupção da gravidez e o dever "em princípio" de levar a gravidez a termo são dois aspectos intrinsecamente vinculados da proteção exigida pelo direito constitucional.⁶⁴

Contudo, a decisão reconheceu a necessidade de se considerar os direitos da mulher à vida e à integridade física, assim como o seu direito à personalidade, todos eles baseados no direito à dignidade humana. Tais direitos, para a Corte, constituem o fundamento para as exceções à proibição geral do aborto, sempre que levar a termo uma gravidez imponha tamanho sacrifício à mulher que torne indevido esperar que ela o faça. E, neste ponto, o Tribunal reconheceu ser do legislador a competência para determinar as situações em que esse contexto se verificava, baseado no critério da irrazoabilidade:

Os direitos básicos da mulher não justificam suspender geralmente o dever de levar a gravidez a termo, mesmo que seja apenas por um certo período de tempo. Mas os direitos básicos da mulher determinam que, em certas circunstâncias excepcionais, pode ser admissível ou em alguns casos, até mesmo exigido, não se impor tal dever estatutário. Cabe ao legislador determinar esses casos excepcionais em detalhes, de acordo com o critério da irrazoabilidade. Portanto, deve haver certos encargos, que exigem uma extensão tal de sacrifício que faz com que seja desarrazoado esperar que a mulher os aceite (Confirmação de BVerfGE 39, 1 [48 seq.]).⁶⁵

Nessa segunda decisão, o Tribunal teve que examinar a substituição do esquema das ‘indicações’ de 1976, pelo esquema do aconselhamento de 1992. Ao fazê-lo, deixou claro que o aconselhamento deve ser de tal modo compreensivo que garanta à mulher em situação de conflito efetivo apoio institucional para lidar com a gravidez e com a futura criança, incluindo assistência social, educacional e creche. Além disso, o aconselhamento deve “encorajar a mulher e não a intimidar; inspira-la com simpatia e não a ensinar; fortalecer o seu senso de responsabilidade e não a dominar”⁶⁶.

⁶⁴ BVerfGE 88, 203 – Abortion II. In: HILL, Clauspeter, BRÖHMER, Jürgen, SPITZKATZ, Marc. (Ed.) *60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court*. Landmark decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights. Berlin: Konrad-Adenauer-Siftung, 2012. p. 203. Tradução nossa.

⁶⁵ Idem, p. 204.

⁶⁶ Idem, p. 210.

Em suma, a decisão conhecida como “Aborto II” confirmou o entendimento do Tribunal Constitucional da proteção do nascituro em face da mulher, o que deveria ser feito pelo legislador, mas sem o recurso à sanção criminal. O esquema do aconselhamento, com a finalidade de convencer a mulher a levar adiante a gravidez, se mostrava adequado já que aparentemente mais efetivo do que a ameaça da retribuição penal. Assim, após a decisão de 1993, o aborto segue sendo proibido criminalmente na Alemanha, pelo Código Penal, exceto nas situações indicadas por razões médicas (risco à vida ou à saúde física e mental da mulher), ou criminais (a gravidez é resultante de estupro). Contudo, uma mulher que o requeira, pode passar pelo procedimento de aconselhamento e então receberá um certificado que lhe conferirá imunidade da persecução penal pelo aborto realizado nas primeiras doze semanas de gestação. Nesse sentido, o reconhecimento da ineficácia do direito criminal para coibir a prática do aborto é central na argumentação do Tribunal alemão, assim como é o princípio da dignidade humana, ao reconhecer que o aborto não deve sofrer punição não apenas nas situações indicadas no Código Penal, mas também quando razões sociais extremas tornem a gravidez uma carga maior do que se deve esperar que a mulher suporte.

A Alemanha e os Estados Unidos são casos relevantes, que figuram em grande parte dos estudos comparativos sobre o aborto e, embora as respectivas Cortes Constitucionais tenham adotado argumentações muito distintas, é interessante observar que o resultado prático, em termos de políticas públicas, é, surpreendentemente, muito semelhante:

Na Alemanha, uma mulher com gravidez indesejada pode decidir fazer um aborto no primeiro trimestre, embora ela deva se submeter a um aconselhamento destinado a encorajá-la a ter a criança. O acesso ao aborto é relativamente simples após um pequeno período de espera. Nos Estados Unidos, a decisão sobre o aborto sempre cabe à mulher no primeiro trimestre. Os 50 estados da federação podem impor várias restrições contanto que essas não resultem em um peso indevido sobre a decisão da mulher de interromper uma gravidez indesejada.⁶⁷

Colômbia

Até 2006, quando a Corte Constitucional proferiu uma decisão inovadora, o aborto era criminalizado na Colômbia em todas as circunstâncias, segundo o artigo 122 do Código Penal. Na sentença C-355-/06, a Corte colombiana descriminalizou o aborto de modo abrangente, e entendeu que, para proteger os direitos humanos das mulheres, o aborto deve ser permitido, no mínimo, quando a gravidez impõe um risco à vida, ou à saúde mental e/ou

⁶⁷ FERRE, Myra Marx *et al.* *Shaping abortion discourse: Democracy and the public sphere in Germany and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3.

física da mulher; quando é resultante de estupro, incesto ou qualquer outro ato sexual não consentido; ou ainda quando o feto apresenta uma deformação incompatível com a vida. Nos termos da referida decisão:

Por conseguinte, o artigo 122 do Código Penal será declarado em conformidade com a Constituição, entendendo que não se incorre no crime de aborto, quando com a vontade da mulher, a interrupção da gravidez ocorre nos seguintes casos: a) quando a continuidade da gravidez constitui um perigo para a vida ou a saúde da mulher, certificado por um médico; b) quando há uma grave malformação do feto que torna sua vida inviável, certificada por um médico; c) quando a gravidez seja resultado de uma conduta, devidamente relatada, constitutiva de conjunção carnal ou relação sexual sem consentimento, abusiva, ou de inseminação artificial ou transferência de óvulo fertilizado não consentidas ou de incesto.⁶⁸

Em sua argumentação, a Corte colombiana examinou detidamente os direitos humanos das mulheres protegidos na Constituição e nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, e apontou a incompatibilidade da criminalização do aborto com tais proteções e garantias:

É igualmente importante notar que o debate sobre a descriminalização do aborto deve ser feito do ponto de vista dos direitos humanos das mulheres. Assim, a definição de aborto como crime é uma das formas de discriminação persistente contra as mulheres no país, uma vez que o Estado, sob o argumento de estar administrando a justiça, tem o poder de desconsiderar os direitos humanos, como a liberdade, a vida, a livre expressão de sua personalidade e a saúde das mulheres. Desta forma, o Estado coloca as regras diante de direitos como a autonomia, a dignidade das mulheres e a liberdade.⁶⁹

A Corte ainda examinou extensivamente o direito à saúde tal como protegido pelo direito internacional dos direitos humanos, reconhecendo que os estados devem “oferecer uma ampla gama de serviços de saúde de qualidade e acessíveis, que devem incluir serviços de saúde reprodutiva e sexual” e que “o direito de decidir livremente o número de filho/as está diretamente relacionado com o direito da mulher à vida quando há leis altamente restritivas ou proibitivas do aborto que resultam em altas taxas de mortalidade materna”.⁷⁰ Nesse sentido, conferiu centralidade aos direitos sexuais e reprodutivos, garantindo-lhes proteção constitucional:

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres finalmente foram reconhecidos como direitos humanos e, como tal, tornaram-se parte do direito constitucional, apoio fundamental a todos os Estados democráticos. Direitos sexuais e reprodutivos que, além de sua consagração, sua proteção e garantia partem do reconhecimento de que a igualdade, a equidade de gênero e a emancipação das mulheres e meninas são essenciais para a sociedade e, portanto, constituem

⁶⁸ Corte Constitucional da República da Colômbia, sentença C-355-/06. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

uma das estratégias diretas para promover a dignidade de todos os seres humanos e o progresso da humanidade em condições de justiça social.⁷¹

É interessante observar que a Corte Constitucional colombiana fez uso do direito comparado para introduzir as referidas exceções à proibição criminal do aborto. Assim, a Corte citou o precedente alemão, afirmando a proteção constitucional da vida não nascida, mas notou que tal proteção não requer que a mulher leve a cabo uma gravidez em situações de “sobrecarga extraordinária ou opressiva”, como a anomalia fetal, um ato criminoso, ou risco à vida ou à saúde. A abordagem do trimestre, adotada na decisão de *Roe v. Wade* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, foi apontada pela Corte colombiana como um fundamento para justificar um regime legislativo baseado em indicações, capaz de balancear entre os direitos do vida em potencial e das mulheres.

O caso colombiano nos oferece um relevante exemplo de efetivação de direitos fundamentais por meio do exercício do controle de constitucionalidade e convencionalidade, para afastar normas jurídicas arcaicas, incompatíveis com o estágio atual de aprendizado constitucional. Desde essa decisão paradigmática, a Corte colombiana avançou ainda na proteção dos direitos das mulheres, por meio de sucessivas sentenças:

(i) em 2007, T-636 reconheceu o direito à saúde, a proteção da saúde sexual e reprodutiva, o respeito à dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade;

(ii) em 2009, T-388 listou, de forma enunciativa, obrigações de respeito e garantia e estabelece condutas proibidas orientadas a eliminar barreiras de acesso à prática da interrupção voluntária da gravidez;

(iii) em 2011, T-841 estabeleceu a interrupção voluntária da gravidez como direito fundamental e desenvolveu o escopo e alcance da causal ‘saúde’, afirmando que: “a decisão de submeter-se a uma interrupção voluntária da gravidez – nos casos descriminalizados pela sentença C-355 de 2006 – não somente é legal mas totalmente respeitável ao ser tomada em exercício de um direito fundamental fundado em outro de suma importância em nosso Estado Social de Direito – como a vida, a saúde física e mental, a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade”.⁷²

(iv) em 2014, T-532/2014 reconheceu o critério médico frente à solicitação de interrupção voluntária da gravidez com feto viável.

⁷¹ Idem.

⁷² Corte Constitucional da República da Colômbia, sentença T-841/11.

África do Sul

O processo de transição democrática na África do Sul, com o fim do regime de apartheid e a realização das primeiras eleições livres e multirraciais em 1994, seguidas pelo processo constituinte que culminou na promulgação de uma nova Constituição em 1996, foi marcado por uma intensa participação das organizações feministas e de mulheres. Essa mobilização inter-racial foi fundamental para que se garantissem às mulheres, no novo texto constitucional, uma ampla gama de direitos, dentre os quais direitos reprodutivos (artigo 27 da *Bill of Rights*).⁷³

Foi com apoio na previsão constitucional de proteção e efetivação dos direitos reprodutivos que o parlamento aprovou, em 1996, o *Choice on Termination of Pregnancy Act*, uma lei que permite o aborto (i) a pedido da mulher até a 12ª semana de gestação, (ii) em situações amplas nela especificadas da 13ª à 20ª semana e (iii) para situações médicas graves após a 20ª semana. Por razões evidentes, a legislação sul-africana tem sido como uma das leis mais liberais sobre o aborto no mundo.

Em duas oportunidades, a Suprema Corte sul-africana foi convocada a apreciar a constitucionalidade da lei e, em ambas oportunidades, afirmou o direito fundamental das mulheres de interromper a gravidez. Em defesa da constitucionalidade da lei, a Corte

citou amplamente *Roe* como um símbolo de reforma progressista inspirada pela autonomia e igualdade das mulheres: ‘as mesmas considerações aplicadas nos [Estados Unidos] levariam a concluir que nossa Constituição protege o direito da mulher de decidir’. Referindo-se a *Casey* como tendo ‘afirmando os princípios fundamentais de *Roe*’, a Corte usou a jurisprudência dos EUA para defender um enquadramento legislativo compartilhado – aborto a pedido – como marca registrada de legislação progressista.⁷⁴

Indo além no uso do direito comparado, a Corte sul africana ainda examinou as experiências do Canadá e da Alemanha para, ao final, concluir que “qualquer limitação sobre a liberdade de qualquer mulher, incluindo qualquer menina com menos de 18 anos de idade, de interromper voluntariamente a gravidez, constitui uma limitação de seus direitos fundamentais.”⁷⁵

⁷³ MURPHY, RONALDA. Constitutional Rights Discourse: Canadian and South African Feminist Engagements. In *Women Making Constitutions: New Politics and Comparative Perspectives*, 20-35. Palgrave Macmillan, 2004.

⁷⁴ REBOUCHÉ, Rachel. A functionalist approach to comparative abortion law. In: *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 99.

⁷⁵ Corte Constitucional Africana. *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others*; Case No: 7728/2000; High Court, Transvaal Provincial Division; 2004 (10) BCLR 1086 (T); JUDGMENT

III. 4 - O PAPEL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E A NÃO VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO PRESENTE CASO

O histórico comparativo do tratamento jurídico ao aborto em diferentes países do mundo oferecido acima confirma que os Tribunais Constitucionais desempenham papel de grande relevância no delineamento do escopo legal conferido à matéria à luz da Constituição. Esses Tribunais cumprem a função de resguardar direitos fundamentais, inclusive de minorias sociais, tendo o papel constitucional de tomar as decisões necessárias para tanto, inclusive contramajoritárias, como verificamos nos casos da França ou da Colômbia, para citar apenas dois exemplos. Esse posicionamento das Cortes Constitucionais é frequentemente contestado sob o argumento de que essas não teriam legitimidade democrática para solucionar conflitos sobre temas morais tão controversos como o aborto. Argumentações nessa linha, todavia, se equivocam sobre o significado da democracia.

A democracia se funda em um equilíbrio entre a autonomia pública organizada em procedimentos deliberativos legislativos e uma autonomia privada que permite a cidadãos e cidadãs fazerem parte da comunidade política como sujeitos de direitos.⁷⁶ Com efeito, o direito de maiorias políticas se formarem na arena eleitoral e produzirem maiorias parlamentares capazes de exercer o direito de autolegislação é fundamental para a democracia política. Esse direito só pode existir, contudo, porque os membros de uma comunidade política podem se considerar sujeitos autônomos capazes de tomar parte daquele mesmo processo.⁷⁷ De tal forma, a violação de direitos individuais – como os direitos das mulheres à autonomia, liberdade e dignidade – por força de maiorias legislativas pode colocar em risco a autonomia privada, atingindo diretamente as condições de reprodução da própria democracia. Esse sutil equilíbrio é articulado, nas democracias constitucionais que emergiram historicamente, na forma do controle de constitucionalidade das leis e no *judicial review*,⁷⁸ que é o que se espera seja feito nesta presente ação. Pois é a própria democracia

DATE: 24/05/2004. Disponível em: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HC-2004-Christian-Lawyers-Association-v.-Minister-of-Health.pdf>.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Staats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, pp. 155-165, 209-210.

⁷⁷ ZURN, Christopher. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 39-41

⁷⁸ Para o exemplo estadunidense, ver LIPKIN, Robert Justin. *Constitutional Revolutions: Pragmatism and the role of judicial Review in American Constitutionalism*. Durham-Londres: Duke University Press, 2000, p. 161-163

que atribui ao poder judiciário, e mais precipuamente ao Tribunal Constitucional, um papel central na garantia das suas próprias condições de existência. Como aponta Ronald Dworkin:

Democracia significa governo sujeito a condições – que podemos chamar condições “democráticas” – de igual status para todos os cidadãos e cidadãs. Quando instituições majoritárias proveem e respeitam as condições democráticas, as decisões dessas instituições devem ser aceitas por todos e todas por aquela razão. Contudo, quando elas não o fazem, ou quando sua provisão ou respeito é defeituoso, não pode haver qualquer objeção, em nome da democracia, a procedimentos que as protejam e respeitem melhor.⁷⁹

Ou seja, o poder constitucional do Tribunal de controlar decisões de maiorias políticas contextuais que violem direitos fundamentais, como se dá na atual criminalização do aborto pelo Código Penal brasileiro, é um corolário da própria ideia de democracia constitucional, fazendo da Corte um verdadeiro árbitro dos procedimentos democráticos, capaz de salvaguardar as suas próprias condições.⁸⁰ Essa tarefa pode ser demonstrada de forma mais evidente nos casos limite em que o Tribunal é chamado a controlar até mesmo decisões do poder constituinte derivado, na forma do controle da constitucionalidade material de emendas constitucionais por força da violação de direitos individuais. Conforme afirma Marcelo Cattoni,⁸¹ a democracia tem o poder paradoxalmente ilimitado de autolimitar-se. Isso porque a democracia constitucional não é um processo linear e está sempre sujeita a tropeços e retrocessos, necessitando, portanto, da capacidade de autocorrigir-se, especialmente garantindo que as minorias sociais não sejam subalternizadas pelas maiorias democráticas.

É justamente a partir da compreensão da Constituição como mecanismo de autolimitação da democracia que os Tribunais Constitucionais são legitimados a atuar, tomando decisões a partir dos mandamentos constitucionais, mesmo que contramajoritárias, e nem por isso antidemocráticas. Dessa maneira, a declaração de inconstitucionalidade das normativas brasileiras que criminalizam o aborto não significaria violação à separação dos poderes, mas, em contrário, legítimo exercício de papel constitucional desta Egrégia Corte.

O que é democracia? Nas tradições da teoria política, democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Todavia, mesmo onde uma *maioria* governa, a *minoría* não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p. 17. Tradução nossa.

⁸⁰ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 73/104.

⁸¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Democracia constitucional: um paradoxo? Um diálogo com Luhmann, Habermas e Derrida*. Disponível em: https://www.academia.edu/25440881/Democracia_constitucional_um_paradoxo
Um diálogo ainda que breve com Luhmann Habermas e Derrida

direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A constituição. Mas por que uma constituição autorizaria o judiciário a controlar decisões tomadas pela maioria, para que elas não firam direitos das minorias? A constituição, nesses termos, não seria contrária à democracia? Resposta: Não, se entendermos que a constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, acima das maiorias e das minorias, é quem soberanamente estabelece a constituição do estado para que, dentro do estado, decisões tomadas por maioria não violem os direitos das minorias. A nação é o fundamento de todo poder e de toda autoridade.⁸²

Insiste-se: garantir direitos de minorias sociais é parte crucial do processo democrático. O poder ilimitado da democracia, inclusive de autolimitar-se, não consiste em união de princípios contraditórios, mas, ao contrário, do estabelecimento, pela própria Constituição, de um mecanismo de controle constitucional por meio do aprendizado histórico. Dessa maneira, o controle de constitucionalidade que se pede seja feito nesta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para descriminalizar-se o aborto não constitui violação à separação dos poderes, mas sim efetivo exercício do papel deste Tribunal como guardião da Constituição.

IV – LIÇÕES DA ANÁLISE COMPARADA DA REGULAÇÃO DO ABORTO PARA O CASO BRASILEIRO: A PROCEDÊNCIA DA ADPF 442

A metodologia do direito comparado já foi descrita em quatro etapas que envolvem a imersão no ordenamento jurídico externo sob análise, o uso de habilidades comparativas para avaliá-lo, a aplicação da mesma metodologia no exame do direito interno e, finalmente, a exposição das lições que se aprende a partir do exame do direito estrangeiro e como essas se refletem no direito doméstico.⁸³ Nesta última etapa, algumas das perguntas relevantes a se fazer são: Como as regras de nosso ordenamento jurídico funcionam? Como as regras de nosso ordenamento se comparam com aquelas dos ordenamentos estrangeiros? Há algo no ordenamento estrangeiro que pode levar à melhoria do nosso próprio sistema? Ou, após essa reavaliação, concluímos que o nosso sistema opera de modo efetivo?

Seguindo-se essas orientações metodológicas e aplicando-se o conhecimento adquirido ao longo do estudo comparado que aqui se propôs, observa-se que as regras do ordenamento brasileiro, que ainda hoje criminalizam o aborto na maior parte das situações

⁸² Idem.

⁸³ EBERLE, p. 455.

concretas das vidas das mulheres, aparecem como retrógradas e ineficazes ao cumprimento de sua finalidade social. Duas observações factuais relevantes sobre o caso brasileiro nos levam a tal conclusão: a criminalização do aborto não impede que as mulheres se submetam ao procedimento; mas ao contrário, leva centenas de mulheres, especialmente, as mulheres pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos e inseguros, que colocam em risco sua saúde e sua vida.⁸⁴

Pelo menos desde os anos 1960, o mundo assiste a um movimento transnacional no sentido de liberalização da regulação do aborto, do qual participam tanto o legislativo quanto, e de modo muito relevante, os Tribunais Constitucionais.⁸⁵ Esse movimento caracteriza-se

(i) por um crescente e expansivo reconhecimento das mulheres como sujeitos de direito integrais, dotadas de autonomia e dignidade para decidir questões que impactam seus corpos, sua segurança pessoal e sua vida;

(ii) por um relativo consenso de que o feto detém algum grau de proteção constitucional, mas tal proteção não equivale ao direito à vida, que só detém a pessoa humana;

(iii) por um entendimento unânime de que a aparente relação de conflito entre o direito da mulher de interromper a gravidez e a proteção constitucional do feto deve ser tratada desde uma perspectiva de direitos fundamentais (e não moral ou religiosa).

Diante do exposto, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro pode realizar um aprendizado constitucional capaz de descriminalizar o aborto para adequar sua legislação penal aos direitos fundamentais albergados pela ordem constitucional de 1988.

V – PEDIDOS

Por todo o exposto, o Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular requer:

a) que seja admitido na qualidade de *amicus curiae* nos autos da ADPF 442;

⁸⁴ Nesse sentido, entre outros, ver REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Aborto: Mortes previsíveis e evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. Em 2015, em relatório apresentado no evento Pequim+20, que aconteceu na 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas, o próprio governo brasileiro reconheceu que o aborto clandestino é uma problema de saúde pública de grande impacto, e a quinta causa de morte materna no país (<https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>).

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo* 240, 2005. p. 45.

b) que seja intimado de todos os atos do processo por suas advogadas abaixo assinadas;

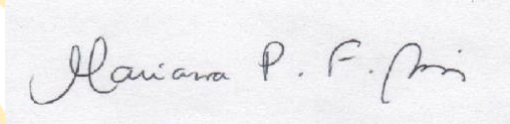
c) que seja deferida a realização de sustentação oral na sessão de julgamento;

d) subsidiariamente, que seja esta manifestação admitida como memorial.

No mérito, uma vez admitido seu ingresso na lide como *amicus curiae*, como se espera, requer que a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, seja julgada totalmente procedente, pelas razões acima expostas.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 8 de março de 2018.

Carolina Spyer Vieira Assad OAB/MG 155.852	Larissa Pirchiner de Oliveira OAB/MG 139.535
	
Mariana Prandini Fraga Assis OAB/DF 52.017	Michelle Cristina Farias OAB/MG 158.617
Thais Firmato Fortes OAB/MG 177.024	Thaís Lopes Santana Isaías OAB/MG 159.473

Quadro comparativo – Regulamentação do Aborto

País	Ano da legalização/ descriminalização/ autorização	Hipóteses de Interrupção da Gravidez	Principais legislações	Principais precedentes
Portugal	2007	(i) Segundo o modelo dos prazos, por opção da mulher nas 10 primeiras semanas de gestação, após aconselhamento não dissuasivo; (ii) segundo o modelo das causais, por risco à saúde física e psíquica, má-formação fetal e gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual.	- Portaria n.º 741-A/2007 - DL n.º 48/95, de 15 de março	- Acórdão n.º 25/84 - Acórdão n.º 85/85 - Acórdão n.º 288/98 - Acórdão n.º 617/2006 - Acórdão 75/2010
Estados Unidos	1973	(i) Permissão por qualquer motivo, no primeiro trimestre de gestação; (ii) em outros casos, a diretriz geral da jurisprudência consolidada da Suprema Corte é o critério da viabilidade: o aborto é autorizado até o momento que a vida do feto não seja viável fora do útero.	X	- Caso Roe v. Wade - 1973 - Caso Doe v. Bolton – 1973 - Caso Parenthood of Central Missouri v. Danforth – 1976 - Caso Colautti v. Franklin – 1979 - Caso City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health - 1983 - Caso Planned Parenthood of Kansas City - 1983 - Caso MO v. Ashcroft e Simopoulos v. Virginia – 1983
França	1975	(i) Até 12 semanas em qualquer circunstância; (ii) Má-formação e risco de saúde, sem determinação de prazo.	- Código de Saúde Pública - Código Penal – Edição: 2016-04-03	- Decisão n. 74-54, de 15.01.1975. - Decisão n.º 2001-446
Alemanha	1995	(i) Pedido da gestante até 12 semanas de gestação, como também na hipótese de gravidez resultado de estupro no mesmo prazo;	- Código Penal – 1992	- BVerfGE 39, 1 - BVerfGE 88, 203

		(ii) Saúde mental, física ou de risco à vida da gestante, em tempo indeterminado.	- Lei para alterar a Lei de Assistência às Mulheres e Famílias Grávidas, 1995 - Lei para Prevenir e Gerenciar Conflitos de Gravidez, 2015	
Canadá	1969	Ampla autorização	X	- Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen - 1988 - Tremblay v. Daigly - 1989
Colômbia	2006	(i) Risco para a vida da mulher ou saúde física ou mental; (ii) Estupro, incesto ou impregnação indesejada; (iii) Deficiência incompatível com a vida.	- Código Penal - Acordo 34, Regulamento da Comissão sobre Saúde, 2012 - Acordo 29, Regulamento da Comissão sobre Saúde, 2011 - Decreto 1011, Ministério da Saúde, 2006 - Resolução 1441, Ministério da Saúde, 2003 - Resolução 5592, 2015	- Sentença do Tribunal Constitucional C.355, 2006 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-209, 2008 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-841, 2011 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-585, 2010 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-388, 2009 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-946, 2008 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-009, 2009 - Julgamento do Tribunal Constitucional T-636, 2011

				- Julgamento do Tribunal Constitucional T-627, 2012
África do Sul	1996	(i) A pedido nas 12 primeiras semanas; (ii) Razões sociais ou econômicas, estupro, incesto, saúde mental, saúde física no prazo de 20 semanas; (iii) Insuficiência fetal por prazo indeterminado.	- Constituição da República da África do Sul, Capítulo II (1996) - Choice on Termination of Pregnancy Act (1996)	- Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others; Case No: 7728/2000 - 2004