



Priscilla de Almeida Martinho

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ:
UM DIREITO DA MULHER E UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Dissertação apresentada à Faculdade de direito da Universidade de Coimbra
2º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau de mestre)
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forense
Orientadoras: Doutora Susana Maria Aires de Souza
Doutora Mirentxu Corcoy Bidasolo

Maio - 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Priscilla de Almeida Martinho

**INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRADIVEZ:
UM DIREITO DA MULHER E UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA**

**GRADIVEZ VOLUNTARY INTERRUPTION:
A WOMAN'S RIGHT AND A PUBLIC HEALTH QUESTION**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadoras:

Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa
Professora Doutora Mirentxu Corcoy Bidasolo.

Coimbra, 2018

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo fazer uma análise mais aprofundada sobre o aborto, elucidando alguns problemas encontrados na vida prática decorrente dessa criminalização. Isso porque o aborto é um tema extremamente delicado e complexo que gera inúmeras controvérsias, razão pela qual é debatido inclusive em âmbito internacional, mas que merece ser observado com mais seriedade e profundidade, pois vem causando grandes reflexos na sociedade. Atualmente a maioria dos países admite a interrupção voluntária da gravidez em algumas hipóteses específicas, onde algumas legislações tratam o assunto de forma mais rígida enquanto outras de forma mais abrangente. No Brasil, o aborto ainda é considerado um crime penal por entender que o Direito fundamental à vida, previsto na Constituição de 1988, deveria prevalecer face aos demais direitos, inclusive o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo. Dessa forma, faremos uma análise comparativa das consequências dessa criminalização nos países em que o aborto ainda é considerado como crime, focando grande parte do estudo no Brasil, com os países em que ocorreu a descriminalização desse ato, em especial Portugal e Espanha. Sendo necessário para tanto traçar uma breve evolução histórica sobre o assunto, para que possamos entender as necessidades atuais da sociedade e o posicionamento de grande parte dos doutrinadores.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Interrupção voluntária da gravidez. Direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Direito à vida. Direito à mulher de dispor sobre o próprio corpo. Igualdade de gêneros. Questões políticas de saúde Pública.

ABSTRACT

The present dissertation aims to make a more in depth analysis on abortion, elucidating some problems found in the practical life resulting from this criminalization. This is because abortion is an extremely delicate and complex subject that generates a lot of controversy, which is why it is debated even at an international level, but it deserves to be observed with more seriousness and depth, since it has caused great reflexes in society. Most countries nowadays allow voluntary termination of pregnancy in some specific hypotheses, where some legislation treats the subject more rigidly than others more comprehensively. In Brazil, abortion is still considered a criminal offense because it understands that the fundamental right to life, provided for in the 1988 Constitution, should prevail over other rights, including the right of women to dispose of their bodies. Thus, we will make a comparative analysis of the consequences of this criminalization in countries where abortion is still considered a crime, focusing a large part of the study in Brazil, with the countries in which decriminalization occurred, especially Portugal and Spain. It is necessary to both trace a brief historical evolution on the subject, so that we can understand the current needs of society and the position of most of the doctrinators.

KEY WORDS: Abortion. Voluntary termination of pregnancy. Constitutional rights foreseen. Right to life. Right to the woman to dispose of her own body. Gender Equality. Public health policy issues.

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| I A ORIGEM DA VIDA | 7 |
| 1.1 O Início da vida humana | 7 |
| 1.2 Teorias sobre o início da vida humana | 9 |
| 1.2.1 Teoria da fecundação ou concepção | 10 |
| 1.2.2 Teoria da nidadação..... | 10 |
| 1.2.3 Teoria neurológica ou da formação rudimentar..... | 11 |
| 1.2.4 Teoria ecológica ou natalista | 11 |
| II TIPOS DE ABORTO | 13 |
| 2.1. Aborto espontâneo | 13 |
| 2.2. Aborto provocado | 13 |
| 2.3. Aborto legal | 14 |
| III COMO O ABORTO É TRATADO NO BRASIL..... | 15 |
| 3.1. Evolução histórica | 15 |
| 3.2. Problemáticas acerca da criminalização do aborto..... | 19 |
| 3.2.1. Elevação do número de abortos clandestinos | 19 |
| 3.2.2. Desigualdade social..... | 20 |
| 3.2.3. Dispêndio financeiro para o Estado | 21 |
| 3.2.4. Questões de Política e saúde Públicas..... | 22 |
| 3.2.5. Religião | 25 |
| 3.2.6. Direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo..... | 27 |
| IV DIREITO COMPARADO | 30 |
| 4.1. Evolução histórica do aborto em Portugal..... | 30 |
| 4.2. Como o aborto foi tratado na Espanha | 36 |
| V TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS | 39 |
| 5.1. Como os Tratados e Convenções internacionais são recepcionados no Brasil..... | 42 |
| CONCLUSÃO | 45 |
| REFERÊNCIAS..... | 49 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar a evolução histórica sobre o crime de aborto e seus aspectos jurídicos, culturais, políticos e religiosos com o intuito de compreendermos as mudanças ocorridas na sociedade e suas necessidades atuais, bem como os questionamentos a favor e contra a descriminalização do aborto e o seu impacto na sociedade.

Tratar do aborto é falar de um assunto que surgiu há séculos atrás, quando o homem começou a se questionar sobre o início da vida humana, sendo esse tema controvertido até os dias de hoje, já que não há uma unanimidade de quando o embrião seria considerado como um ser humano merecedor de proteção e possuidor de direitos. Dessa forma, definir o marco inicial da vida humana é de suma importância para a sociedade, porque se não estivermos diante de um ser humano com vida até determinado mês de gestação, não poderíamos falar em crime de aborto, sendo possível interromper voluntariamente a gravidez até esse momento.

Essa definição, contudo, não se trata apenas de um assunto jurídico, envolvendo também questões culturais, políticas e religiosas, o que reforça ainda mais a complexidade desse tema. Por isso é necessário fazer um estudo aprofundado sobre a história da sociedade e a sua evolução, isso porque antigamente a sociedade era completamente diferente dos dias de hoje, onde estávamos perante um cenário em que a mulher não possuía os mesmos direitos que os homens, a religião possuía forte influência no Estado e a ciência não era tão evoluída em questões sobre o início da vida.

É com base nesse panorama que a lei incriminadora do aborto surgiu, mas temos que observar que a filosofia e os costumes atuais não são os mesmo daquele tempo, já que a sociedade sofreu constantes mudanças com o passar dos anos, devendo a lei se adequar às necessidades contemporâneas.

Para compreender melhor esse assunto, faz-se necessário entender o que é o aborto e os tipos existentes, os métodos disponíveis para se evitar uma gravidez não planejada e o modo com que a Constituição Federal, os Tratados Internacionais, o Código Civil e o Penal disciplinam a matéria da vida e o âmbito de sua proteção.

Uma das principais discussões que ronda o aborto é a de sanar o conflito existente entre o direito fundamental à vida e o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo, ambos garantidos pela legislação brasileira, e que acaba por gerar controvérsia sobre qual

desses dois direitos deveria prevalecer face ao outro, principalmente quando essa gravidez apresenta risco à saúde da gestante.

No Brasil o aborto é considerado crime penal, sendo admitido apenas em 3 hipóteses: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, quando a gravidez é resultante de estupro ou quando se trata de feto anencéfalo. Essa criminalização faz com que muitas mulheres acabem por se submeter à procedimentos caseiros ou a clínicas clandestinas, na maioria dos casos sem condições mínimas exigentes, o que gera normalmente algum tipo de dano físico às gestantes, inclusive a própria morte.

Como essa prática é recorrente, milhares de mulheres morrem todos os anos por complicações decorrentes desse procedimento, além de gerar um enorme dispêndio financeiro para o Estado, já que a curetagem é o terceiro procedimento mais realizado nas redes públicas. Esse problema é tão grave que o aborto é considerado como a quarta causa de mortalidade materna no país, chegando a configurar como a primeira a depender do Estado analisado, e é por isso que é tido como uma questão de saúde pública.

Por fim analisaremos o assunto em âmbito internacional, trazendo em voga a evolução histórica de alguns países, especificamente Portugal e Espanha, onde houve a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, bem como as mudanças que foram observadas na sociedade após essa legalização, a fim de ter uma outra perspectiva sobre a temática.

I A ORIGEM DA VIDA

1.1 O Início da vida humana

O questionamento de quando se inicia a vida existe desde os primórdios da vida humana na terra, quando o homem começou a questionar sobre a sua existência, e parece que essa discussão ainda está longe de chegar a um fim, isso porque continua suscitando diversos debates no mundo inteiro até os dias de hoje.

Para alguns povos antigos como da Índia, China ou Pérsia, o aborto não era considerado como um delito, sendo plenamente admissível. Já os Assírios tinham o aborto como um crime punível com empalação apenas pela forma tentada do aborto.

Na Grécia antiga, o feto era considerado como sendo parte do corpo da mulher e, por isso, seria propriedade do homem, que era quem deveria autorizar o aborto. Platão além de acreditar que a vida só se iniciava após o nascimento do ser humano, também defendia no livro “A República” que a Cidade-Estado deveria ter um controle demográfico exercido pelos governantes com a finalidade de manter estável a população e, por isso, também recomendava que mulheres acima de 40 anos realizassem o aborto.¹

Já em Roma, Aristóteles defendia em sua obra denominada “A história dos animais” que o feto se tornava um ser humano quando dava o seu primeiro movimento no útero materno, isso ocorria normalmente cerca dos 40 dias da concepção caso fosse masculino, e dos 90 dias caso fosse feminino. Dessa forma, considerava que o aborto podia ser realizado, por decisão da gestante, antes do decurso desse prazo, já que ainda não existiria uma vida humana e o feto não estaria infundido de alma.² Aristóteles também recomendava o aborto, antes desse lapso temporal, como uma forma de limitar o tamanho das famílias.

É no século II que se encontra o primeiro registro de leis promulgadas pelo Estado criminalizando o aborto, onde tinha como punção o exílio contra as mães e condenando aos que administravam a poção abortiva a ser enviados para certas ilhas se fossem nobres e a trabalhos forçados nas minas de metal se fossem plebeus.

A questão no que tange a ética do aborto, bem como a questão religiosa, surgiu nos

¹ Em A República, Livro V, pág. 215, Platão estipula que “A mulher parirá para a cidade dos vinte aos quarenta anos; o homem gerará para a cidade até os cinquenta e cinco anos.” Disponível em: http://www.eniopadi-lha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf

² GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida, Coimbra 1999, pág 148.

primórdios do cristianismo, pois até então o aborto não era visto como pecado pela sociedade. Foi em 29 de outubro de 1588, com a promulgação da Bula *Effraenatam* pelo Sixto V, que o aborto passou a ter a excomunhão como pena. Contudo, devido às desavenças internas sobre o tema, a posição da igreja contra o aborto só se tornaria oficial no ano de 1869, com o Papa Pio IX, quando a igreja passou a entender que a vida humana se iniciava no momento da concepção, sendo a alma humana infundida por Deus no momento em que ocorre a fecundação do óvulo, com isso passou-se a declarar todos os tipos de aborto como sendo assassinato. Tal posicionamento da Igreja Católica continua sendo o mesmo até os dias atuais.

Com o passar dos anos começaram a surgir diversos outros argumentos a favor da despenalização do aborto, tanto por razões sociais, morais, físicas, psicológicas e demográficas. Dessa forma, o aborto começava a ser visto por muitos como uma medida para o controle do crescimento populacional, apesar dos métodos contraceptivos serem vistos como uma alternativa, sendo o aborto ainda considerado um crime.

Durante o século XX que o aborto induzido passou a ser despenalizado em muitos países do ocidente, sendo a União Soviética, em 8 de novembro de 1920, o primeiro país do mundo a liberalizar o aborto para qualquer gestante até o primeiro trimestre de gravidez. Entretanto, essa política de despenalização foi interrompida por Josef Stalin, em 1936, com o objetivo de aumentar a população, sendo retomada em 1955.

Após a legalização do aborto na União Soviética, o assunto se tornou ainda mais presente no mundo, gerando enorme controvérsia de quando efetivamente se considerava que o feto ou embrião possuía vida e se o aborto deveria ou não ser legalizado, surgindo diversos argumentos pró e contra a interrupção voluntária da gravidez.

Dessa forma, diversos profissionais de distintas áreas se debruçaram sobre esse tema com a finalidade de encontrar uma resposta satisfatória para a sociedade, como: filósofos, cientistas, médicos, biólogos e pesquisadores. Apesar de todo o esforço desses profissionais, tal tentativa restou-se infrutífera, visto que até o presente momento não há uma decisão unânime acerca do tema.

Do ponto de vista da ciência, é majoritariamente defendido que o falecimento de um ser humano é atestado a partir do momento em que ocorre o fim da atividade cerebral e, para grande parte da doutrina brasileira, esse mesmo conceito deveria ser aplicado também para se definir o início da vida. Com isso, a vida para o feto se iniciaria a partir do momento em que o sistema nervoso central estivesse formado e o feto passasse a perceber o mundo e

a ter consciência, o que ocorre normalmente no terceiro mês de gestação.

Segundo um recente estudo realizado na Grã-Bretanha por médicos do Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, concluiu-se que antes de completar 24 semanas de gestação as conexões nervosas no córtex cerebral não estariam completamente formadas e os fetos estariam sedados, já que o útero criaria um estado de sono induzido, razão pela qual se passou a alegar que os bebês não eram capazes de sentir dor antes desse prazo.³

Em suma, existem 4 grandes teorias em relação a fase inicial da gestação, mas que não haveria uma solução jurídica para essa controvérsia, uma vez que essa problemática estaria mais ligada às escolhas religiosas e filosóficas, bem como a questões morais e éticas que cada pessoa tem sobre a vida, do que a própria capacidade científica.⁴

O pensamento da sociedade vem se modificando acerca desse tema, seja pelo fato do desenvolvimento técnico e científico ou mesmo pela perda da força opressora que a religião impunha sobre ciência, mas fato é que atualmente quase nenhum país que seja considerado democrático e desenvolvido no mundo considera a interrupção voluntária da gravidez durante a fase inicial da gestação como um crime. Logo, dentre os países do mundo em que o aborto é permitido, estão: Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Áustria, Suíça, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Grécia, Dinamarca, Noruega, Espanha, Portugal, Holanda, Austrália, entre outros.

1.2 Teorias sobre o início da vida humana

Com o passar dos anos surgiram diversas teorias com o intuito de se explicitar quando a vida humana teria início, mas todas essas teorias ficam no âmbito biológico e não jurídico, já que não encontramos essa definição nas leis. Dentre as principais teorias encontradas temos a teoria da fecundação ou concepção, da nidação, neurológica ou da formação rudimentar e a ecológica ou natalista.

³ Segundo informações obtidas no site BBC, em reportagem realizada em 25 de junho de 2010. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/2010/06/100625_feto_dor_mv

⁴ Habeas Corpus 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, em 29 de novembro de 2016, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

1.2.1 Teoria da fecundação ou concepção

Segundo essa teoria, adotada pela igreja católica, o início da vida humana ocorre quando há a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, já que é a partir desse momento que o material genético dos pais se fundiria dando origem a um novo ser, dotado de patrimônio genético único. Contudo, para alguns cientistas, a fecundação não ocorre em um exato momento, mas sim em um lapso temporal que dura aproximadamente 12 horas.

Surge então uma problemática para os defensores dessa teoria no que tange a alguns métodos contraceptivos admitidos legalmente. Isso porque a utilização de DIU ou da pílula pós-coital, tradicionalmente conhecida como pílula do dia seguinte, teria como finalidade promover uma descamação da mucosa que reveste o útero, impedindo assim que o óvulo fecundado se fixasse na parede uterina, condição essa considerada indispensável para o desenvolvimento da gravidez.

Alguns doutrinadores sustentavam que a mulher ao ingerir esse medicamento estaria por praticar um aborto e não por fazer uso de um método que impedisse o início da vida. Contudo, esse não é o entendimento adotado pela legislação brasileira e, portanto, continua permitindo a utilização desses métodos contraceptivos.

Outro grande problema que surgiria caso fosse adotada essa teoria pela legislação é que não poderiam ser realizadas pesquisas científicas com os embriões fertilizados in vitro e, tampouco, com os pré-embriões excedentes que eram descartados por sua inviabilidade, mas que podiam ser utilizados na pesquisa com células-troco embrionárias visando curar inúmeras doenças. Essa proibição seria considerada um atraso para a evolução da ciência e um retrocesso da humanidade.

1.2.2 Teorida da nidação

Já para a teoria da nidação, se inicia a vida após o óvulo fecundado se fixar na parede uterina da genitora, dando origem ao sistema que alimentará o embrião para que esse possa se desenvolver de maneira satisfatória e propiciando o quadro perfeito para que se torne viável esse nascimento. Esse processo de nidação ocorre entre 5 e 12 dias após o óvulo ser fecundado pelo espermatozóide, sendo esse período considerado um dos mais críticos da gravidez, já que um em cada três óvulos fecundados não consegue se fixar a parede uterina.

Entende-se que se o óvulo fertilizado não for implantado na parede uterina, a gravidez não conseguiria se desenvolver e, dessa forma, não estaríamos diante de uma

condição humana. Dessa forma, esse embrião não mereceria uma proteção à vida, já que se quer a mesma seria possível. Essa teoria é defendida majoritariamente pelos ginecologistas.

1.2.3 Teoria neurológica ou da formação rudimentar

Segundo a grande maioria dos cientistas, somente após o sistema cerebral do embrião se formar e ter sua primeira atividade neurológica é que seria possível existir vida, o que ocorre pela 20ª a 24ª semana de gestação aproximadamente.

Insta salientar que tanto a medicina quanto o direito reconhecem o fim da vida com o término das atividades neurais. Logo, seguindo essa mesma linha de raciocínio, a vida deveria se iniciar com os mesmos fundamentos com que se extingue, dependendo do funcionamento cerebral.

1.2.4 Teoria ecológica ou natalista

Para essa teoria, só haveria vida quando o nascimento ocorresse e o nascido apresentasse alguns sinais vitais básicos, como a respiração, pois se assim não fosse seria considerado como natimorto.

Com o passar dos anos essa teoria começou a perder seus adeptos, já que a ciência aponta que há vida intrauterina, havendo a necessidade de ampará-la. Atualmente é quase unânime o entendimento de que o feto merece proteção jurídica, o único problema encontra-se em estabelecer o início e a amplitude dessa proteção.

De acordo com o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, “a personalidade civil⁵ da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Dessa forma, importante observarmos que a jurisdição brasileira traça diferenças entre a proteção dada no momento da concepção do embrião e o momento do nascimento, afirmando que embora o embrião mereça proteção é somente com o nascimento com vida que se adquire personalidade jurídica, mas essa distinção se dá somente no âmbito da personalidade civil.

A doutrina é pacífica, mas não unânime, ao sustentam que o Código Civil tratou apenas de fixar o momento em que o embrião passaria a ter direito de personalidade, mas

⁵ A personalidade jurídica concede aos seres humanos direitos e deveres para com a sociedade. A personalidade jurídica tem seu início marcado pelo nascimento com vida, perdurando durante toda a vida, só se extinguindo com a morte cerebral.

que esse momento seria distinto do início da vida, não devendo ambos os conceitos serem confundidos.

Logo, para esses doutrinadores, é com o nascimento que se adquire personalidade jurídica, sendo adotada nesse caso a teoria natalista, mas como a lei não fixou o momento em que a vida se iniciaria, essa temática ainda continua gerando muita controvérsia.

II TIPOS DE ABORTO

O aborto é a interrupção prematura do processo fisiológico da gestação originando a morte ou a destruição do embrião⁶ (estágio inicial do desenvolvimento de um organismo) ou do feto (estágio de desenvolvimento intrauterino que tem início após nove semanas de vida embrionária) antes do prazo necessário para que o ser humano pudesse se formar completamente e ter a capacidade de conseguir sobreviver fora do útero materno. Existem 3 tipos de aborto: o aborto espontâneo ou natural, aborto induzido ou provocado e o aborto legal ou seguro.

2.1. Aborto espontâneo

O aborto espontâneo ou natural é considerado uma das complicações mais comuns na gravidez precoce e ocorre quando há a expulsão não intencional de um embrião ou feto antes da 20ª semana de gestação por causas totalmente naturais, sem que haja nenhuma intervenção da mãe ou de terceiros nesse ato. O aborto nesses casos ocorre como decorrência de algum problema biológico, orgânico ou, na maior parte dos casos, por má formação do feto que não se desenvolve como deveria, o pode se dar por diversos motivos, sendo normalmente por anomalias cromossômicas.

Como o índice de aborto espontâneo é muito elevado, já que cerca de 15% das gestações clinicamente reconhecidas sofrerão uma interrupção involuntária da gravidez com menos de 20 semanas de gestação, normalmente não se fazem testes ou exames para se saber o motivo que levou a esse aborto, já que é algo relativamente comum, sendo muitas vezes difícil determinar a sua causa.

2.2. Aborto provocado

Já a interrupção voluntária da gravidez ou aborto provocado, é o aborto causado por uma ação humana deliberada, ou seja, ocorre quando a mulher ou um terceiro induz o aborto de forma intencional, através de medicamentos ou métodos cirúrgicos. Esse tipo de aborto é que gera atualmente diversas controvérsias no mundo, não apenas por causa da natureza do

⁶ BRITO, Teresa Quintela. Direito Penal: parte especial, Coimbra Editora, 2007, pág. 424

processo, mas por sua conseqüência moral, psicológica, social e religiosa resultante da interrupção da vida, sendo considerado como crime em muitos países, enquanto que em outros é admitido em algumas hipóteses especificadas na lei.

2.3. Aborto legal

Há ainda que mencionar o aborto necessário, legal ou seguro, que é o aborto considerado como permitido pela legislação e que deve ser realizado por médico habilitado, sem que seja tido como um ato ilícito. Contudo, essas hipóteses de permissão do aborto não significam uma exceção ao ato criminoso, mas sim uma escusa absolutória.⁷

No Brasil são admitidas 3 hipóteses de aborto legal: onde há risco de morte da mãe causado pela gravidez (aborto terapêutico), gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário, ético ou sentimental) e nos casos de fetos anencefálicos (desde a decisão do STF na ADPF 54). Nesses casos de aborto necessário, as gestantes podem realizar o procedimento gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, em hospitais públicos, com uma equipe médica capacitada e contando com o apoio de políticas, regulamentações e infraestrutura apropriada, com equipamentos e suprimentos, tudo isso visando o rápido acesso da gestante a serviço.

⁷ MORAES, Walter. O Problema da Autorização Judicial para o aborto, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1986.

III COMO O ABORTO É TRATADO NO BRASIL

3.1. Evolução histórica

O crime de aborto foi tratado pela primeira vez na legislação brasileira no ano de 1830, nos artigos 199 e 200 do Código Criminal do Império, onde a interrupção voluntária da gravidez era punida apenas quando praticada por terceiros, independente do consentimento da gestante.

Já em 1890, a interrupção voluntária da gravidez passava a ser punida também na modalidade de auto-aborto e estava prevista nos artigos 300 a 302 do Código Penal Republicano. Esse código também passou a prever a hipótese do aborto legal como sendo o único meio necessário para se salvar a vida da gestante.

Mas foi somente a partir de 1940 que a norma sobre o aborto tornou-se mais específica, estando prevista nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, sendo, inclusive, a norma utilizada atualmente. Segundo o atual sistema jurídico penal brasileiro, o aborto é punível nas seguintes modalidades: auto-aborto (quando a gestante provoca o aborto em si mesma e sem o auxílio de terceiros), aborto consentido pela gestante (quando terceiros praticam o ato com o consentimento da gestante) e quando o aborto é praticado por terceiros sem o consentimento da gestante ou quando este consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Contudo, o Código Penal Brasileiro admite duas espécies de aborto legal: o terapêutico ou necessário e o sentimental ou humanitário.⁸ Desta forma, o artigo 128 prevê a não punição do aborto quando o mesmo é praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da mãe.

Insta salientar que em 1992, o Brasil firmou um acordo internacional por meio do decreto nº 678 de 25 de setembro, passando a fazer parte do ordenamento jurídico Brasileiro o Pacto de São José da Costa Rica, que pelo seu status tem força de norma constitucional, ou seja, tem prevalência sobre as demais leis infraconstitucionais. Esse acordo estabelece

⁸ JESUS, Damásio E. de. Código penal anotado. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

que a vida é um direito inviolável do homem, devendo ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da sua concepção.

O acordo internacional firmado não apresentou nenhum conflito interno de normas no que tange as hipóteses de aborto previstas no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ter sido objeto de controvérsia, isso porque o Pacto de São José da Costa Rica estabelece como via de regra que a vida deve ser protegida pela lei, mas essa regra não é tida como absoluta, podendo existir algumas exceções, como no caso do Brasil.

Com isso, o ordenamento jurídico Brasileiro só admitia o aborto em duas modalidades, apesar de haver inúmeras tentativas e propostas ao longo dos anos a respeito da modificação da legislação sobre o aborto. Mesmo com tantas discussões acerca do tema, ocorreram efetivamente poucas mudanças desde a Constituição de 1988, sendo a mais significativa ocorrida em 2012.

Isso porque, em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou um dos mais importantes e polêmicos casos até então aportados na Suprema Corte, que era o de considerar como sendo ou não crime de aborto a interrupção da gravidez cometida pela gestante em casos de fetos anencéfalos.

Segundo a maioria dos Ministros do STF, não era possível enquadrar tal hipótese como sendo um crime de aborto previsto nos artigos 124 a 127 do CP, uma vez que o feto com anencefalia era tido como natimorto e o crime de aborto é considerado um crime que atenta contra a vida. Tal posicionamento foi brilhantemente sustentado pelo Ministro Joaquim Barbosa ao defender que “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal.”⁹

Cabe ressaltar que já é pacífico, não só no Brasil como no mundo, que a morte de um ser humano é decretada a partir de sua morte cerebral e, com base nessa linha de raciocínio, o mesmo deveria ser aplicado também para os casos de fetos anencéfalos. Desta forma, como o feto acometido com esta anomalia não possui atividade cerebral é considerado um natimorto e, por isso, não poderia ser considerado crime de aborto a gestante que desejasse interromper essa gravidez sem futuro.

Foram também ouvidos alguns médicos, em audiência pública realizada pelo

⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Distrito Federal, 12 de abril de 2012, pág. 24, disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf

Supremo Tribunal, onde ficou demonstrado que esse tipo de gravidez poderia causar uma série de complicações para a saúde física e psíquica da mãe, podendo inclusive levá-la a morte, já que é considerada uma gravidez de risco elevado. Assim sendo, obrigar a gestante a levar essa gravidez até o fim seria comparável a uma tortura, devido à série de malefícios que essa gestação poderia causar.

Por fim, essa discussão que havia sido iniciada em 2004 no STF acabou por gerar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54, em 12 abril de 2012. Tal ADPF passou a declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo era tida como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, passando, desta forma, a permitir a interrupção da gestação também nesses casos.

Além de atual, esse tema ainda é muito debatido no Supremo Tribunal Federal e está longe de chegar ao fim no Brasil. Isso porque, em novembro de 2016, foi proferida pelo STF uma decisão completamente moderna a respeito do aborto nos autos do Habeas Corpus 124.306¹⁰, o qual tratava da prisão cautelar dos réus devido à suposta prática dos crimes de aborto (art. 126 do Código Penal) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), por terem provocado aborto na gestante com o consentimento desta.

O Tribunal acabou por afastar a prisão preventiva dos pacientes por entender que não estavam presentes os requisitos que legitimam a mesma, como: o risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Entretanto, a decisão proferida pelo órgão colegiado adquiriu enorme repercussão não por entender que o Habeas Corpus não era cabível na hipótese, mas sim em razão da forma com que essa decisão foi fundamentada, isso porque os Ministros, em suas fundamentações, defenderam que era preciso conferir uma interpretação dos artigos 124 a 126 do Código Penal conforme a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Fazendo-se uma interpretação conjunta do Código Penal com a Constituição, parte dos Ministros entendeu que a interrupção voluntária da gravidez realizada até o primeiro trimestre não deveria ser tipificada como crime de aborto e, por isso, não estaria enquadrada nos artigos 124 a 126 do CP, pois tal criminalização violaria diversos direitos da mulher garantidos pela própria CRFB, dentre os quais: a autonomia da mulher, a integridade física

¹⁰ Habeas Corpus 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, em 29 de novembro de 2016, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

e psíquica da gestante, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero e a discriminação social.

Cabe mencionar que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus princípios fundamentais básicos a garantia da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, III da CRFB. E, segundo a fundamentação do Ministro Luís Roberto Barroso em sede do referido HC, a criminalização do aborto violaria esse princípio constitucional, uma vez que seria uma afronta a autonomia da mulher, que teria o direito de controlar o seu corpo e de tomar as decisões relacionadas com a sua vida, vetados pelo estado, que estaria invadindo o espaço íntimo e a sua privacidade.

Ser obrigada, por determinação legal, a ter um filho também afrontaria a integridade física e psíquica, pois é a mulher que teria que arcar com todas as transformações, riscos e conseqüências de uma gravidez não desejada por ela. Sem falar no seu psíquico, que é gravemente abalado quando o estado imputa a obrigação de ser mãe a uma pessoa que não a deseja para o resto de sua vida, já que ter um filho é considerado algo irreversível na vida de uma pessoa.

O tratamento penal dado ao tema afeta também os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois interfere na capacidade de autodeterminação reprodutiva da mesma, já que a gestante se vê obrigada a manter uma gestação que é indesejada por ela, não tendo o direito de decidir se queria ou não ter filhos e o momento exato em que o desejaria ter.

Observando todos os ônus que somente a mulher teria que arcar com essa gravidez, os Ministros chegaram a conclusão de que a norma repressiva também se traduziria numa quebra da equiparação plena de gênero, já que é a mulher que suportaria todos esses ônus, enquanto o homem não seria afetado em nenhum grau físico. Logo, para dar maior igualdade de gênero a essa relação, deveria ser respeitada a vontade da mulher, caso a mesma não desejasse seguir com essa gravidez, pois como as transformações ocorrem somente no seu corpo, então deveria caber a ela a decisão de querer ou não ter um filho.

Por fim, essa criminalização, segundo os Ministros do STF, também acarretaria uma discriminação social, uma vez que afetariam em maiores proporções as mulheres de baixa renda que não possuem recursos financeiros para pagarem médicos e clínicas particulares para realizar o aborto. Por serem hipossuficientes, essas mulheres acabam se vendo obrigadas a recorrer a clínicas clandestinas que possuem infraestrutura precária e com pessoas que sequer possuem o conhecimento necessário para realizar tal procedimento, o

que acaba por acarretar diversos danos físicos e, inclusive a própria morte, por se submetem a esses procedimentos degradantes.

Em suma, o que parte dos Ministros do STF entendeu em sede do HC 124.306, é que o CP por ser de 1940, deve ser analisado em conformidade com os novos valores trazidos pela Constituição de 1988, já que os princípios constitucionais são considerados basilares para os outros direitos, que devem ser harmônicos entre si e respeitar sempre a CFRB. E, com base nessa interpretação conjunta, chegaram à conclusão de que a interrupção voluntária da gravidez realizada até o primeiro trimestre deveria ser excluída do rol dos arts. 124 a 126 do CP.

Entretanto, tal decisão proferida pelo STF não produz efeito erga omnes, ou seja, só produzirá efeitos para as partes envolvidas no caso específico em análise, já que tal decisão foi proferida apenas por uma turma do STF, composta por 5 Ministros, e não pelo pleno do tribunal, que é composto por 11 Ministros.

Mesmo assim a decisão continua sendo de suma importância, já que 3 dos 5 Ministros que julgaram o Habeas Corpus mostraram uma visão mais moderna e condizente com os novos costumes ao dispor que a interrupção voluntária da gravidez deveria ser descriminalizada quando praticada até o primeiro trimestre, o que é um verdadeiro avanço para o país, já que até o presente momento os Ministros do STF não haviam se posicionado sobre o aborto, por ser ainda um tema muito polêmico e controvertido no Brasil, o que demonstra que estamos diante de uma verdadeira evolução.

3.2. Problemáticas acerca da criminalização do aborto

Quando o assunto é a legalização do aborto, surgem diversas problemáticas envolvendo o tema e uma infinidade de argumentos contra e a favor da sua prática não só no Brasil como no mundo. A interrupção voluntária da gravidez não se trata apenas de um assunto jurídico, sendo considerado extremamente complexo, envolvendo também a ciência, religião, psicologia, medicina e políticas de saúde pública, sendo uma realidade atual que precisa ser tratada com a devida importância.

3.2.1. Elevação do número de abortos clandestinos

Considera-se que a proibição do aborto no Brasil não impede que o mesmo seja realizado pelas gestantes, muito pelo contrário, é tido como uma prática recorrente e livre no

país, afetando apenas a quantidade de abortos seguros realizados¹¹, já que a criminalização faz com que essas mulheres recorram a meios alternativos e a clínicas clandestinas, sendo realizados cerca de 20 milhões de abortos clandestinos por ano no mundo, com base na Organização Mundial de Saúde.

Como na maioria dos casos esse procedimento é realizado em péssimas condições e por pessoas não habilitadas, frequentemente nos deparamos com danos e complicações à saúde da gestante, que acaba muitas vezes por gerar a esterilidade ou a própria morte. Dessa forma, o aborto também é visto como um grave problema de saúde pública, já que é considerado como a quarta causa de mortalidade materna no país, podendo ser considerada como a primeira causa de morte dependendo do estado analisado. Segundo Frydman “A mortalidade ligada à gravidez atinge 500.000 mulheres a cada ano, principalmente nos países mais pobres. Essas mortes não são de forma alguma inevitáveis. Sua extinção depende de políticas públicas de saúde. Em qualquer lugar as mulheres têm direito à maternidade sem risco.”¹²

A Pesquisa Nacional de aborto (PNA) é um inquérito domiciliar realizado com mulheres alfabetizadas com idade entre 18 a 39 anos, residentes de área urbana e que tem por finalidade fazer uma estimativa da quantidade de abortos realizados no país. Conforme a PNA de 2016, se pôde concluir que o aborto é frequentemente utilizado por todas as classes sociais e níveis educacionais, onde quase 1 a cada 5 mulheres já realizaram ao menos um aborto até os 40 anos.¹³

3.2.2. Desigualdade social

O aborto também revela grande desigualdade social e regional, já que as taxas de aborto clandestino são maiores nos estados das regiões norte e nordeste, onde a taxa de mulheres carentes é mais elevada. O que ocorre é que muitas mulheres, independentemente de sua classe social ou idade, utilizam praticas abortivas, no entanto as que possuem melhores condições financeiras podem pagar por clínicas clandestinas de boa qualidade e

¹¹ V. Susan A. Cohen, New Data on Abortion Incidence, Safety Illuminate Key Aspects of Worldwide Abortion Debate, Guttmacher Policy Review, n. 10, disponível em: <https://www.guttmacher.org/gpr/2007/10/new-data-abortion-incidence-safety-illuminate-key-aspects-worldwide-abortion-debate>

¹² FRYDMAN, Rene, “O Livro negro das condições das mulheres”

¹³ Conforme Pesquisa Nacional de Aborto de 2016, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>

com maiores cuidados e assistência médica, minimizando consideravelmente os riscos à sua saúde, enquanto as mulheres mais carentes acabam por utilizar métodos caseiros mais perigosos ou se sujeitam a clínicas clandestinas de péssima qualidade e sem nenhum cuidado, o que pode gerar danos irreparáveis a sua saúde, colocando inclusive sua vida em risco.

A falta de assistência nos sistemas públicos de saúde, em razão da criminalização do aborto, atingiria em maior grau as mulheres que não possuem renda para arcar com os custos desse procedimento e que estariam então completamente desamparadas pelo estado em um momento de grande fragilidade, já que as mulheres com condições financeiras podem pagar por esses serviços.¹⁴

É muito difícil estipular um número exato da quantidade de abortos realizados no país devido a sua criminalização, entretanto estima-se que no Brasil ocorrem aproximadamente cerca de 730 a 940 mil abortamentos anuais, e é nesse quadro que a maioria das mulheres brasileiras de baixa renda se encontra, já que estas compõem a maior parcela da população.

Conforme dados coletados pela PNA de 2010¹⁵, o uso de medicamentos para a indução do último aborto entre as mulheres que participaram da pesquisa ocorreu na metade dos casos, enquanto a outra metade das mulheres entrevistadas realizou o aborto em condições precárias de saúde. A realização desse procedimento sem assistência especializada, acarreta em um elevado nível de internação pós-aborto, ocorrendo quase que na metade dos casos.

3.2.3. Dispêndio financeiro para o Estado

Além de todos os malefícios que o aborto clandestino pode causar a mulher, ele também acaba por gerar um enorme dispêndio financeiro para o estado já que, segundo dados oficiais do Ministério da Saúde, cerca de 240 mil mulheres são internadas por ano no Sistema Único de Saúde para tratamento de complicações decorrentes de práticas abortivas, sendo a curetagem pós-abortamento considerada como o terceiro procedimento mais realizado nas redes públicas, o que gera um custo médio de 45 milhões de reais por ano para o país.¹⁶

Com isso, o governo acaba por ter um dispêndio financeiro muito mais elevado para

¹⁴ Aborto e Saúde Pública no Brasil - 20 anos. Ministério da Saúde, 2009, fls. 14 e 15

¹⁵ Conforme Pesquisa Nacional de Aborto de 2010, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>

¹⁶ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. [Internet]. 2a ed. Brasília; 2011 (acesso 9 maio 2012). Disponível: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf

tratar essas complicações decorrentes de práticas abortivas do que se realizasse o aborto através de um procedimento rápido e seguro, isso porque os recursos gastos com esses tratamentos são muito superiores e as internações, na maioria dos casos, acaba por ser prolongada.

3.2.4. Questões de Política e saúde Públicas

Tendo por base os estudos realizados sobre o tema e a evolução histórica dos países onde houve a despenalização do aborto, foi constatada que a criminalização não é a solução para a diminuição da prática abortiva, existindo outras medidas muito mais eficazes e com menos efeitos colaterais. Os principais fatores para essa redução do número de gestações indesejadas seria a intensificação das políticas públicas de planejamento familiar e educação sexual, o fortalecimento da rede de segurança social, o acesso à saúde e à informação.

Seria dever do Estado¹⁷ transmitir à sociedade informações de qualidade acerca da saúde sexual e reprodutiva, bem como facilitar às classes mais humildes o acesso aos métodos reversíveis de contracepção, tudo com a finalidade de se evitar uma gravidez indesejada e assim reduzir o índice de abortos realizados.

Ocorre que há um déficit muito grande por parte do Estado na qualidade da prestação desses serviços à população, fazendo com que a maioria das mulheres acabe por utilizar a pílula, que é de fácil acesso, podendo ser adquirida em qualquer farmácia e sem a necessidade de prescrição médica. Entretanto, a auto medicação pode acabar expondo essas mulheres a riscos desnecessários a saúde, em razão da inadequada utilização, ou resultando em uma gravidez não desejada pela má utilização da mesma que, por sua vez, pode acabar em abortamento.

Outros problemas populacionais também colaboram para que ocorra um aumento no número de abortos clandestinos todos os anos no país, como a dificuldade de acesso aos serviços de saúde pública e a baixa escolaridade da população.

Certo é que o aborto deve ser tido como uma última alternativa e não como uma prática banalizada que visa a correção de uma negligência ou não utilização dos métodos contraceptivos. No entanto, através de uma pesquisa realizada pela Universidade de Brasília,

¹⁷ MENEZES G, Aquino EML. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. [Internet]. Cad. saúde pública. 2009 pág. 193 a 204. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25s2/02.pdf>

foi constatado que cerca de 70,8% a 90,5% das mulheres que praticam o aborto no Brasil já possuem outros filhos e utilizam frequentemente métodos contraceptivos, o que embasa ainda mais a tese de que o aborto seria considerado uma medida de planejamento reprodutivo, sendo utilizado somente em casos excepcionais pelas mulheres, como nesses casos em que os métodos contraceptivos anteriormente adotados não produziram seus efeitos.

É cediço que nenhum método contraceptivo é totalmente seguro, já que sempre há uma margem de erro, e obrigar a gestante a seguir com uma gravidez que não era desejada ou planejada seria uma forma de punição pelo mau funcionamento de um método contraceptivo utilizado. Assim sendo, a interrupção voluntária da gravidez seria considerada como uma última medida a ser tomada por essa gestante que não deseja dar continuidade a uma gravidez que tentou evitar desde o início.

A criminalização do aborto também atinge duplamente o direito a saúde das mulheres. Isso porque, primeiramente haveria uma lesão aos direitos das gestantes quando estas seriam obrigadas a levar a termo uma gestação que representa risco à sua saúde física ou psíquica. Segundo, porque também verifica uma lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres em idade fértil, já que na prática as normas proibitivas do aborto não impedem a sua realização, mas leva essas mulheres a se submeterem a abortos clandestinos realizados sem as condições mínimas de segurança e higiene, o que pode gerar graves riscos a saúde e a própria vida da gestante. Logo, a proteção à saúde seria muitas vezes um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica da pessoa humana.¹⁸

Há certa controvérsia sobre o que poderia ser juridicamente exigido do Estado em relação às prestações positivas ligadas à saúde,¹⁹ já que o texto constitucional brasileiro é vago na sua amplitude. Nesse ponto, a definição dada pela Organização Mundial da Saúde pode ser utilizada como parâmetro, esclarecendo que a *"saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade"*.²⁰

Com base nessa definição, o direito a saúde seria considerado um direito tanto com aplicação defensiva quanto prestacional. É considerada de âmbito defensivo quando atua

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, pp. 296-297.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 272-289.

²⁰ Preâmbulo do Ato Fundador da Organização Mundial da Saúde, de 7 de abril de 1948, assinado por 61 Estados, dentre os quais o Brasil

como forma de prevenção para impedir que uma conduta venha a lesar ou ameaçar a saúde do titular desse direito, isso se verifica quando há a proibição do aborto em casos que envolvam risco à saúde física ou psíquica da gestante, constituindo lesão a esse direito. Para findar essa ofensa, segundo a doutrina, o Estado deveria cessar a proibição do aborto nesses casos, como forma de preservar o direito a saúde.

Já o dever prestacional do Estado é no sentido de fornecer políticas públicas e assistência material aos cidadãos correlacionados com a saúde. Esse dever do Estado se torna presente quando se percebe que seria insuficiente a legalização do aborto para determinados casos, para a eliminação dos riscos envolvidos com os abortos clandestinos realizados pelas gestantes, mas que sem a prestação desses procedimentos pelo sistema público de saúde as mulheres sem condições financeiras continuariam sujeitas aos mesmos riscos.

Dessa forma, não bastaria apenas a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez em determinadas hipóteses para se ter o direito a saúde assegurado às gestantes, sendo necessário também que esse procedimento médico fosse fornecido gratuitamente pelo Estado, pois se assim não fosse, estaríamos diante de uma intensificação da desigualdade social, já que a classe mais favorecida teria dinheiro para pagar uma boa clínica particular, enquanto a classe social mais humilde continuaria buscando clínicas nas mesmas condições anteriores e expostas aos mesmos riscos de vida.

Assim sendo, a discussão sobre a descriminalização do aborto deveria ser tratada com muito mais seriedade e de forma mais aprofundada do que é tratada nos dias de hoje pelos países, devendo levar em consideração os dados científicos, as estatísticas de mortalidade materna, a saúde física e psíquica das gestantes e a economia das verbas públicas. Já que a não implementação dessas estruturas para a realização do aborto seguro constituiria um atentado à vida e à saúde das mulheres.

“Em termos de estatísticas mundiais temos: 75 milhões de gestações não desejadas, 35 a 50 milhões de abortos induzidos, 20 milhões de abortos inseguros, 70 a 80 mil mortes de mulheres por aborto inseguro, milhares de mulheres com graves complicações reprodutivas; 95% dos abortos inseguros ocorrem em países em desenvolvimento; dois em cada cinco abortos são feitos em condições inseguras; 13% das mortes maternas se devem ao aborto inseguro; uma mulher morre a cada três minutos; 380 mulheres engravidam; 190 mulheres com gestações não planejadas ou indesejadas; 110 mulheres relatam complicações da gravidez; 40 mulheres praticam aborto em condições inseguras.”²¹

²¹ DREZETT, Jefferson. Abortamento como problema de saúde pública. In: Painel revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez, 2005, Brasília. Revisão... Brasília : Secretaria Especial

3.2.5. Religião

A Igreja Católica vê o ato sexual somente como uma finalidade reprodutiva do ser humano, vedando qualquer tipo de aborto, inclusive a gravidez oriunda de violação sexual, pregando que a mulher nesses casos deveria sacrificar-se em prol desse fruto divino que seria a vida. Desde o século XVII a Igreja Católica crê que a animação da alma se daria no momento da concepção e, por isso, marcaria o início da existência do ser humano, posição essa que se mantém até os dias atuais.

Antigamente a Igreja Católica exercia tamanha influência sobre o Estado que as leis civis eram obrigadas a conter os ensinamentos morais da Igreja. Foi somente em 1965 que a Igreja Católica aceitou a sua separação com o Estado e essa ruptura se deu em razão dos avanços da sociedade em relação aos direitos individuais, à democracia e a autonomia do Estado.

Entretanto, a Igreja Católica, segundo grande parte da doutrina, ainda continua exercendo certa influência no Estado Brasileiro até os dias atuais, elaborando seus argumentos acerca do aborto calcados em citações bíblicas. Para algumas pessoas a bíblia é muito mais importante do que as próprias normas jurídicas e, para essas pessoas, não é necessário que a lei reproduza essas normas para que as cumpram. Entretanto, o Estado não deveria reproduzir essas normas bíblicas para obrigar aquelas pessoas que não são católicas ou que são contra essa forma de pensar da igreja a agir de acordo com os mandamentos católicos.

Certo é que quando há interesses contrapostos de suma importância é difícil encontrar uma solução satisfatória para qualquer questão, principalmente quando estamos diante de uma religião ainda com forte influência, como é o caso da Igreja Católica, que prega que a vida tem início a partir do momento da concepção, sendo considerada um dom divino, e por isso defendendo uma repressão rígida onde vê a prática do aborto, em qualquer hipótese, como um assassinato.

É perfeitamente compreensível que as religiões defendam seus dogmas, entre eles a vedação ao aborto, mas cabe a cada pessoa a decisão de seguir ou não esses mandamentos, não sendo admissível nos dias atuais a imposição do seu credo perante toda uma sociedade

de Políticas para Mulheres, 2005. p. 24-35. Disponível em: < http://200.130.7.5/spmu/docs/interruptao_gravidez.pdf>.

livre para formar a sua opinião. O Estado não pode aceitar esse tipo de interferência da Igreja Católica, pois se assim fosse esta acabaria fundando um regime fundamentalista.

Insta salientar, ainda, que o Brasil é considerado um Estado Laico,²² conforme constitucionalmente previsto no artigo 19, I da CRFB, defendendo então a liberdade de religião. O princípio da separação entre Igreja e Estado, consagrado pelo Estado de Direito Democrático, veda que o Estado se confunda com qualquer instituição religiosa, proíbe que seja instituída uma religião como oficial no país, devendo tratar igualmente todas as crenças e não deve aceitar fundamentações religiosas para definir os rumos políticos e jurídicos da nação.²³

Entretanto, quando se trata de interrupção voluntária da gravidez, a moralidade e a religião ainda se sobrepõem aos aspectos bioéticos e a mulher acaba por sofrer uma imposição firmada pela sociedade e seu juízo de valor, sendo obrigada a dar continuidade a uma gravidez que não deseja, quando na verdade o aborto não deveria ser tratado como uma questão religiosa, mas sim social e política.

Quando o código penal fixou o aborto como crime, levou-se em consideração os costumes da época, onde as pessoas eram muito mais conservadoras e a religião tinha uma forte influência sobre a vida da comunidade, bem como a medicina ainda não era tão avançada como nos dias atuais. Assim sendo, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, vê-se a necessidade da modificação da lei para que se possa adequar à nova realidade social, não podendo a religião ter forte influência sobre um Estado que se declara laico.

Logo, a criminalização do aborto se contrapõe a bioética da proteção, pois não dá o amparo necessário a essas mulheres que se vêem obrigadas a recorrer ao aborto clandestino colocando em risco a saúde e a própria vida. Assim, torna-se necessário que esses conflitos éticos e religiosos acerca do tema sejam tratados com mais imparcialidade e impessoalidade

²² Apesar do Brasil se declarar um Estado Laico, conforme o art. 19, I da CRFB, também fala em Deus logo no preâmbulo da Constituição Federal, o que gera uma verdadeira contradição, ao dispor que “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Isso demonstra que a Igreja Católica e o Estado nunca romperam completamente esse laço que existia entre ambos a séculos atrás.

²³ Vecchiatti, Paulo Roberto Iotti, Tomemos a sério o princípio do Estado laico. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico>

possível, se atentando para uma realidade onde milhares de mulheres morrem todos os anos por conta da falta de assistência pública.

3.2.6. Direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo

Falar nos direitos das mulheres sem observar todo o percurso que essas traçaram até chegar nos dias de hoje é ignorar todo um histórico de repressão e submissão da mulher não só perante ao homem, mas à sociedade como um todo e principalmente à religião. Isso porque historicamente a mulher sempre foi vista em um patamar de desigualdade, seja pela igreja que pregava que a mulher deveria se submeter aos desejos do homem, seja pela sociedade que a inferiorizava em relação a este, tendo seus direitos limitados e sua liberdade reduzida.

A discriminação contra as mulheres não se manifesta apenas com o tratamento desigual face aos homens, mas também se encontra presente na negação do direito a essas diferenças,²⁴ isso porque é notoriamente reconhecido que homens e mulheres são fisicamente diferentes, devendo então suas diferenças serem respeitadas para que se atinja a igualdade entre ambos.

As primeiras obras de caráter feminista no mundo datam de 1759, aproximadamente, mas somente em 1932 é que as mulheres brasileiras conquistavam finalmente o seu direito ao voto. Com o passar dos anos as desigualdades foram se tornando cada vez menores, devido aos inúmeros movimentos e reivindicações a favor dos direitos das mulheres, mas ainda estamos longe de poder afirmar que nos dias de hoje homens e mulheres são tratados de forma igualitária, apesar ser uma garantia constitucionalmente prevista no artigo 5 da CRFB.

Um dos direitos reconhecidos tanto ao homem quanto à mulher é a autonomia de dispor sobre o próprio corpo, previsto no artigo 13 do Código Civil. Quando tratamos de aborto, uma das maiores problemáticas que surgem a respeito desse tema é a de se saber se o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo estaria em conflito com o direito fundamental e personalíssimo do direito à vida do nascituro, artigo 5 da Constituição, e, em caso afirmativo qual dos dois direitos deveria prevalecer face ao outro, já que ambos são direitos legalmente garantidos pelo Estado.

²⁴COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo, editora Saraiva, 2010.

Esse questionamento ainda gera muita controvérsia no Brasil e no mundo, isso porque apesar de ser praticamente pacífico o entendimento de que a vida intrauterina possui direitos e merece ser preservada, passou-se a ser debatido o momento a partir do qual esse embrião passaria a ser considerado como um ser merecedor de proteção e se essa garantia à vida poderia ser relativizada face a outros direitos.

No Brasil essa questão ainda não está pacificada, mas grande parte da doutrina entende que o embrião teria seu direito à vida protegido pela lei a partir do momento da concepção, mas essa proteção não seria absoluta, pois quando em conflito com alguns direitos da mulher, este deveria prevalecer face aos direitos concedidos ao embrião, em casos excepcionalmente previstos pela lei.

Apesar de haver grande pressão por parte da população e de alguns doutrinadores para que o aborto seja legalizado, atualmente só existem 3 hipóteses na lei brasileira onde os direitos da mulher devem se sobrepor aos direitos do embrião, que seria nos casos de aborto quando praticado por médico para salvar a vida da gestante, quando a gravidez for resultante de estupro e nos casos de gravidez de feto anencéfalo.

Há quem defenda a necessidade de conceder às mulheres uma autonomia plena do seu corpo, para que esta possa por meio da autodeterminação usufruir da sua decisão moral, ética e religiosa, escolhendo dar continuidade ou não na gravidez não apenas nos casos estipulados pela lei, mas levando-se em consideração outros aspectos como a sua saúde física e psicológica, condição financeira e estrutura familiar.

A verdade é que a interrupção voluntária da gravidez é vista por muitas mulheres como um ato invasivo e traumatizante, mas que é tido como uma alternativa a um trauma ainda maior que seria prosseguir com uma gravidez indesejada. Essa imposição do Estado à mulher de gerar uma vida que não deseja pode causar danos físicos e psicológicos irreparáveis, além de gerar uma controvérsia, já que segundo o artigo 196 da Constituição a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Essa imposição do Estado para que a mulher desse seguimento a uma gravidez que coloca em risco a sua própria saúde sem levar em consideração a vontade dessa, que poderia querer interromper essa gestação, seria uma afronta ao princípio constitucionalmente previsto que estabelece que o Estado deve zelar pela saúde de todos, independentemente de ser homem ou mulher, pois nesse caso o Estado estaria causando indiretamente uma lesão a esse bem.

A criminalização do aborto não faz com que essa prática recorrente deixe de existir, apenas obriga as mulheres a se utilizarem de métodos caseiros e não seguros ou a clínicas clandestinas para se interromper a gravidez, o que também gera um grave risco à saúde das gestantes, já que esses métodos são praticados sem cuidados médicos e em condições muitas vezes precárias.

Insta salientar ainda que essa é uma obrigação que se dá na prática exclusivamente à mulher, já que a paternidade é facultativa, enquanto que a maternidade é tida como compulsória, o que afeta a igualdade de gêneros. Logo, a proibição do aborto traz conseqüências apenas para a mulher, pois se o homem não quiser assumir a paternidade do filho poderá fazê-lo, enquanto a mulher não poderá ter a escolha de ser ou não mãe e, caso decida por não ser, deverá colocar sua vida em risco para poder interromper essa gravidez.

O aborto deveria ser tido como um recurso legítimo para a gravidez indesejada, configurando um direito da mulher de decidir se quer comprometer a sua saúde ou se deseja interrompê-la, tendo a sua liberdade individual garantida para que possa dispor do próprio corpo como melhor lhe convir, devendo o Estado possuir medidas para a proteção de situações de risco, disponibilizado apoio psicológico e atendimento médico.

A criminalização do aborto seria então, sob este ponto de vista, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito cuja premissa é a garantia do cumprimento de seus princípios, em especial o da igualdade e da liberdade.

IV DIREITO COMPARADO

Com o intuito de observarmos o tema sob outro ponto de vista, faremos aqui uma breve análise da evolução do crime de aborto em dois países, especificamente Portugal e Espanha, onde atualmente a interrupção voluntária da gravidez é tida como uma prática descriminalizada e cujo procedimento é realizado em hospitais públicos, com o acompanhamento à gestante por médicos e psicólogos.

4.1. Evolução histórica do aborto em Portugal

Em Portugal, o assunto surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico em 1852²⁵, no artigo 358 do código penal como crime contra a segurança das pessoas, onde passou-se a punir como crime todas as formas de interrupção voluntária da gravidez, não se admitindo nenhuma causa de exclusão da ilicitude.²⁶

Foi somente através da lei n.º 6, de 11 de maio de 1984²⁷, que, dando nova redação aos arts. 139 a 141 do código penal de 1982, passaram a admitir algumas causas de exclusão da ilicitude para a interrupção voluntária da gravidez, em razão de determinadas indicações ditas “terapêuticas (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 140.º), embriopática, fetopática ou por lesão do nascituro (alínea c) do mesmo artigo) e criminal, criminológica, ética, jurídica ou humanitária (alínea d) igualmente do n.º 1 do artigo 140.º)”²⁸, ou seja, quando existisse perigo de vida para a mulher, perigo de lesão grave ou duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, quando existisse malformação fetal ou quando a gravidez resultasse de violação.

A reforma do código penal operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, introduziu algumas alterações correspondentes à indicação criminal, passando a estender a hipótese prevista de violação da mulher a todos os casos em que a gravidez tivesse resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação social.

²⁵ Código Penal Português, aprovado por decreto de 10 de dezembro 1852. Imprensa nacional 1855, Lisboa. (Consult.1.Abr.2014) Disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>

²⁶ Segundo o art. 358 do código penal português de 1852 “aquelle, que de proposito fizer abortar uma mulher pejada, empregando para este fim violencias, ou bebidas, ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime fôr cometido sem o consentimento da mulher, será condemnado na pena de prisão maior temporaria com trabalho.”

²⁷ Lei n.º 6/84, Diário da República I Série, N.º 109, de 11 de maio de 1984, p.1518 – p.1519. «Exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez».

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Coimbra, 1999, 168.

Em 1997, os Deputados do Grupo Parlamentar do PS apresentaram à Assembleia da República o projeto de lei n.º 235/VII, com o intuito de alterar o regime jurídico da interrupção da gravidez. Esse projeto foi aprovado, dando origem então à Lei n.º 90/97, de 30 de Julho, que alterou as alíneas *c)* e *d)* do artigo 142.º do Código Penal, passando a prever a ampliação do prazo para a interrupção da gravidez por lesão do nascituro de 16 para 24 semanas, abolindo-o no caso de fetos inviáveis, e de 12 para 16 semanas nas hipóteses de indicação criminal.

Na sessão legislativa seguinte, foi aprovado o projeto de lei n.º 451/VII apresentado pelo Grupo Parlamentar do PS, que previa a despenalização da interrupção voluntária da gravidez realizada nas 10 primeiras semanas de gestação, após consulta de aconselhamento. Entretanto, somente em março de 1998 é que a Assembleia da República aprovou a Resolução n.º 16/98, propondo que fosse realizado um referendo com os cidadãos eleitores recenseados no território nacional, onde eles deveriam se pronunciar 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?”*

Dessa forma, o primeiro referendo realizado no país acerca da despenalização da interrupção voluntária da gravidez até a décima semana de gestação, por opção da mulher, ocorreu em 28 de junho de 1998,²⁹ tendo restado este infrutífero, já que 50,9% da população votante optou por não despenalizar o aborto, tendo-se absterido 68,1% dos cidadãos com capacidade eleitoral para o ato.³⁰

Em setembro de 2005, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 52-A/2005 uma nova proposta de referendo, tendo como objeto a mesma pergunta anteriormente feita. Logo, o segundo referendo foi realizado no dia 11 de fevereiro de 2017, acabando por ser aprovado por 59,25% da população³¹, que votou a favor da despenalização do aborto nas 10 primeiras semanas de gestação. Entretanto, esse referendo não possuiu efeito vinculativo, já que o número de votantes foi inferior a metade dos eleitores escritos no recenseamento, conforme estabelece o art.115, n.º 11 da Constituição da República Portuguesa.

²⁹ Resolução da Assembleia da República n.º 16/98, Diário da República I Série - A, N.º 76, de 31 de março de 1998, p. 1414.

³⁰ Mapa Oficial n.º3/98, DR, I Série-A, de 10 de Agosto de 1998.

³¹ Mapa Oficial, DR, 1ª série, de 1 de Março de 2007

Mesmo com a não vinculação do referendo, o Parlamento aprovou por ampla maioria a legalização do aborto, fazendo com que fosse aprovada a lei 16/2007, de 17 de abril,³² que trouxe as mais significativas mudanças para o tema em apreço, já que a lei passou a prever a não punição da interrupção voluntária da gravidez quando realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gestação.

Entretanto, para que o aborto possa ser realizado nos estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecido, faz-se necessário o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela portaria n.º 741-A de 2007, de 21 de junho,³³ dentre os quais: respeitar um período mínimo de reflexão de 3 dias entre a consulta prévia e a data da efetiva interrupção, a disponibilidade de acompanhamento psicológico e por técnico de serviço social durante o período de reflexão, ser informada sobre as condições da realização da interrupção e das conseqüências para a sua saúde, ser informada sobre as condições de apoio estatal à prossecução da gravidez e à maternidade e o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar.

Ocorre que, um grupo de deputados à Assembléia da República, contrários a lei 16/2007, apresentaram um pedido de apreciação e declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da referida lei, suscitando uma inconstitucionalidade formal e material, que acabou por culminar no processo n.º 733/07.

Os deputados alegaram em sede da ação que a lei foi aprovada na seqüência do referendo realizado em 2007, mas como o referendo não obteve a participação necessária de votantes para que possuísse caráter vinculativo, a proposta não teria legitimidade referendaria para prosseguir e, desta forma, o resultado do referendo não permitiria alterar o Código Penal, sob pena de inconstitucionalidade formal por violação do disposto no artigo 115.º, n.ºs 1 e 11, da CRP.

É cediço que os parlamentares têm legitimidade para fazer leis, entretanto foi suscitado que no caso do aborto a maioria dos deputados não estaria materialmente mandatada pelo povo para alterar o código penal. Isso porque, a maioria do Parlamento era composta por partidos que, nos últimos programas eleitorais, se comprometeram a alterar a Lei somente por referendo, logo como o referendo não possuiu efeito vinculativo, não

³² Lei n.º 16/2007, Diário da República I.ª Série, N.º 75, de 17 de abril de 2007, p. 2417. «Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez»

³³ Portaria n.º 741-A/2007, Diário da República I.ª Série, N.º 118, de 21 de junho de 2007, p. 3936(2) – 3936(11). «Regulamentação da lei n.º 16/2007, de 17 de abril de 2007 – Interrupção voluntária da gravidez».

poderia o parlamento alterar a referida lei, pois seria uma afronta à soberania popular e, por conseguinte, aos artigos 1.º a 3.º, 108.º e 109.º da CRP.

Já no que tange a inconstitucionalidade material, sustentaram que a lei 16/2007 fere o ordenamento jurídico português, já que o mesmo confere proteção a vida humana desde a concepção, sendo a mesma considerada inviolável pelo art. 24, n.º 1 da CRP. Defenderam, ainda, que o aborto é tido como um ato de risco para a saúde física e psíquica da gestante e que a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, sem qualquer fundamentação, estaria libertando o Estado da sua função de solidariedade e proteção da saúde, o que afrontaria os artigos 64, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), e 66, n.º 1, da CRP.

Ao conceder exclusivamente à gestante a decisão de praticar ou não o aborto, a lei estaria, segundo os impetrantes dessa ação, afrontando gravemente o princípio da igualdade, previsto nos artigos 13 e 36, n.ºs 3 e 5, da Lei Fundamental, já que exclui a opinião paterna na hora da decisão, quando, na verdade, o embrião é fruto de ambas as partes e não exclusivamente na mulher.

O princípio da proporcionalidade também foi um dos fundamentos utilizados nessa demanda, já que a lei estaria satisfazendo apenas uma das partes do conflito ao proteger apenas a personalidade e liberdade da mulher em detrimento da vida humana pré-natal, fazendo com que não houvesse um equilíbrio entre os bens jurídicos tutelados.

Insta salientar que o Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira também abriu um processo de declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade contra a Lei 16/2007, que culminou no Processo de Fiscalização Abstrata n.º 1186/07 do Tribunal Constitucional. Além dos fundamentos supra citados, o Presidente alegou que não foi dado o direito de audição à Região Autónoma por parte dos órgãos de soberania, o que afrontaria o art. 229, n.º 2 da CRP. E, a não observância desse dever por parte da Assembleia da República determinaria, conforme a natureza dos atos, a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, com base no disposto pelo art. 9 da Lei 40/96.

Como ambos os processos tratavam sobre o mesmo complexo normativo, o Presidente do Tribunal Constitucional lavrou um despacho no processo n.º 1186/07 ordenando a incorporação dos correspondentes autos no Processo n.º 733/07, para que ambos os processos fossem julgados junto, dando origem ao acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional.

A Assembleia da República foi notificada para se pronunciar e defendeu que a Lei

16/2007 é uma lei que, pelo seu objeto e natureza, destina-se ao país como um todo e não especificamente às Regiões Autônomas, razão pela qual não haveria a obrigatoriedade de se fazer uma audição das mesmas no processo legislativo. Desta forma, não haveria inconstitucionalidade e nem ilegalidade por violação do direito de audição prévia da Região Autônoma da Madeira, pois o direito de audição refere-se a atos que incidam única ou predominantemente sobre uma determinada região autônoma, o que não seria o caso.

O Ministro da Saúde também se pronunciou no que tange a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade das normas da Portaria n.º 741-A/2007 defendendo que a Portaria obedece a todos os requisitos legalmente exigidos, tanto materiais já que o regulamento não invade a reserva da lei, quanto formais já que o regulamento é a forma prescrita pelo diploma legislativo e, por isso, não poderia ser considerada ilegal e muito menos inconstitucional.

O Tribunal Constitucional decidiu, em sede do acórdão 75/10, que o referendo realizado em 11 de fevereiro de 2007 não teve caráter vinculativo por não ter atingido o quorum necessário para tanto e que o órgão competente para editar a medida legislativa correspondente ao conteúdo da proposta só ficaria inibido de fazê-lo na mesma legislatura caso o referendo tivesse sido vinculativo e houvesse vencimento da resposta negativa, cumulativamente. Como não se verificou no caso o preenchimento de ambos os requisitos, a Assembléia da República não estaria impedida de aprovar a lei 16/2007, razão pela qual não foi considerada inválida.

No tocante ao fato dos partidos políticos com assento parlamentar ter feito constar dos programas eleitorais o compromisso de que somente através de referendo modificariam o regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal Constitucional alegou que o princípio da soberania popular, bem como o da democracia participativa, não constitui fundamento idôneo que conecte a legitimidade constitucional dos órgãos com competência legislativa e a validade dos atos por eles praticados com a eventual desconformidade do conteúdo dos atos relativos a esse compromisso assumido.

No que tange a proteção da vida humana, o Tribunal Constitucional considera que o art. 24 da CRP abrange todas as fases da vida humana desde o seu desenvolvimento intra-uterino, mas isso não quer dizer que essa proteção tenha um título idêntico entre o feto e as pessoas já nascidas, muito pelo contrário, já que a própria vida intra-uterina também teria intensidade tuteladora diversa conforme o tempo de gravidez.

Essa progressividade de proteção dada ao feto conforme o tempo de gestação teria por finalidade harmonizar os bens que estariam em colisão diante da lei 16/2007, qual seja, o direito constitucionalmente garantido à mulher de dispor sobre o próprio corpo e a proteção do direito a vida intra-uterina.

Nas primeiras semanas de gestação, o Tribunal entendeu que o direito da mulher deveria se sobrepor ao direito do feto, já que este não seria considerado como uma pessoa e, por isso, não poderia gozar da proteção constitucional do direito à vida propriamente dito. Após as 10 semanas de gestação, quando o feto começa a ser considerado um corpo independente ao corpo da mãe e com uma formação cerebral, passaria a ter maior proteção e, por isso, o direito a vida passaria a se sobrepor ao direito da mulher.

O período mínimo de três dias entre a primeira consulta médica realizada e o momento da intervenção para a realização da interrupção voluntária da gravidez, a ser respeitado pela gestante, também não estaria eivado de inconstitucionalidade, já que esse período seria considerado um tempo mínimo razoável para que a gestante pudesse assimilar todas as informações recebidas na consulta. Esse período mínimo estabelecido pela lei não tem por finalidade convencer a gestante a mudar de idéia, mas sim “facultar à grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável”.³⁴

Dessa forma, a Lei 16/2007 estaria em conformidade com os princípios constitucionalmente garantidos no que tange a proporcionalidade e a igualdade. Esse último, segundo o Acórdão n.º 250/2000,³⁵ deveria ser interpretado como um limite da discricionariedade legislativa, já que não é uma vedação absoluta à distinção, mas devendo ser admitidas quando possuam uma justificativa objetiva e racional que fundamentem tal ato.

Como a gravidez é um ato que causa mudanças apenas no corpo da mulher, seria plausível que a própria lei tratasse os progenitores de formas diferentes, já que se trata de uma realidade biológica que não tem como ser modificada. Desta forma, a inexigibilidade do consentimento do progenitor para a realização da interrupção voluntária da gravidez até a décima semana de gestação, não violaria o princípio da igualdade, bastando então para a realização do ato apenas a vontade da gestante.

A lei 16/2007 também não desprotege a saúde física e psíquica da mulher ao admitir

³⁴ Artigo 142.º, alínea *b* do n.º 4 do Código Penal, na nova redacção.

³⁵ Acórdão n.º 250/2000 do Tribunal Constitucional, de 13 de Outubro de 2000.

a realização da interrupção da gravidez, muito pelo contrário, visa diminuir os riscos inerentes desse procedimento, que antes eram realizados muitas vezes de forma imprudente, e agora passaria a ter a obrigatoriedade de que fosse efetuado por médico, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido. Outra preocupação que a lei teve também foi a de impor que a grávida seja informada, na consulta obrigatória a ser realizada, de todas as conseqüências físicas e psíquicas que esse procedimento poderia causar a sua saúde, para que pudesse tomar a sua decisão de forma consciente.

Desta forma, o crime de aborto é atualmente tratado nos artigos 140 a 142 do código penal. O art. 140 prevê a punição por esse crime quando o aborto é praticado por terceiros sem o consentimento da gestante, quando o aborto é praticado por terceiros com o consentimento da gestante e a modalidade de auto-aborto.

Já o art. 142 trata das hipóteses de interrupção da gravidez não punível quando: constituir perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para a saúde física ou psíquica da mulher; quando mostrar indicada a evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para a saúde física ou psíquica da mulher, desde que realizada até a 12ª semana de gestação; quando houver seguros motivos de que o nascituro sofrerá, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, desde que realizada até a 24ª semana de gestação, exceto nos casos de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a qualquer tempo; quando a gravidez seja resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, desde que realizada até a 16ª semana de gestação; ou quando, por qualquer motivo, a mulher decida interromper a gravidez antes da 10ª semana de gestação.

4.2. Como o aborto foi tratado na Espanha

O Código Penal Espanhol de 1822 passou a prever a penalização do aborto pela primeira vez em seus artigos 639 e 640, onde criminalizava todas as hipóteses de interrupção voluntária da gravidez.

Durante a Segunda República Espanhola, em 25 de dezembro de 1936, se promulgou a conhecida “Ley de reforma eugenésica del Aborto”³⁶, um decreto catalão que passou a permitir a interrupção artificial da gravidez, durante as 12 primeiras semanas de

³⁶ Ley de reforma eugenésica del aborto, publicada em 9 de janeiro de 1937 no Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña (nº 9), disponível em: <http://www.cgtburgos.org/accion-sindical-social/social/nosotras-decidimos/699-1937-la-ley-del-aborto-mas-progresista-de-europa.html>

gestação, por razões terapêuticas (por enfermidade física ou mental da gestante que contraindicasse o parto), eugenésicas (doenças que pudessem ser transmissíveis), neomalthusianas (desejo consciente de limitação voluntária da natalidade) ou éticas e sentimentais (quando a gestante desejasse interromper a gravidez por motivo amoroso ou sentimental). Esse decreto tinha como principal objetivo acabar com os abortos clandestinos, que eram causas de mortalidade entre as gestantes, já que o procedimento muitas vezes era realizado por pessoas que não estavam habilitadas para tanto.

O Tribunal Constitucional Espanhol ao se deparar com a questão do aborto, se pronunciou através da sentença proferida no acórdão 75/1984³⁷, onde manifestou o entendimento de que o art. 15 da Constituição protegeria a vida do nascituro, mas não compreenderia o embrião como titular de direitos fundamentais. Essa proteção não seria considerada absoluta, podendo estar sujeita à limitação em algumas hipóteses específicas e desde que atendidos alguns requisitos.

Já em 1985, o aborto passou a ser legalizado através da Lei Orgânica 9/1985 denominada de “Ley González”, que passou a prever 3 hipóteses³⁸ de interrupção voluntária da gravidez: risco grave para a saúde física ou psíquica da gestante, podendo ser realizada em qualquer momento (espécie de aborto terapêutico), por violação sexual quando previamente denunciada, desde que realizada até a 12 semana de gravidez (espécie de aborto criminológica) e malformação ou problemas físicos ou psíquicos com o feto, até a 22 semana de gravidez (espécie de aborto eugenésico).³⁹

Atualmente, com a aprovação pelo Senado da Lei de saúde sexual e reprodutiva e de Interrupção voluntária da gravidez, Lei Orgânica 2/2010⁴⁰, a interrupção voluntária da gravidez passou a ser prevista de forma mais ampla, permitindo, inclusive, que adolescentes com idade entre 16 e 18 anos pudessem realizar o aborto por vontade própria, sem a necessidade do consentimento dos pais, sendo necessário apenas informar um de seus representantes legais sobre o ato.

Essa Lei passou a prever nos seus artigos 13 e 14 a despenalização do aborto quando realizado até a 14ª semana de gestação, por vontade unicamente da gestante, desde que tenha

³⁷ Acórdão 75/1984, 27 de junho de 1984, Tribunal Constitucional.

³⁸ Foi mantido pelo Código Penal de 1995 a vigência do artigo 417 bis que refere-se a Lei Orgânica 9/1985 no que tange a despenalização do aborto nas hipóteses citadas. Vale ressaltar, ainda, que esse é o único elemento substantivo que não foi modificado pelo novo Código Penal.

³⁹ Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio, de reforma del Artículo 417 bis del Código Penal Español.

⁴⁰ Ley Orgánica 2/2010, 3 de março, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

sido informada sobre os direitos, prestações e ajudas públicas que a gestante teria caso decidisse dar continuidade à gestação, bem como haja transcorrido um prazo mínimo de 3 dias entre a consulta de informação e a efetiva realização da intervenção.

Já em seu artigo 15, o prazo é aumentado até a 22ª semana desde que a gestação possa comprometer a vida ou a saúde da gestante ou quando constatada malformação no feto, sendo obrigatório nesse caso um atestado de 2 especialistas. Após esse período, somente será possível interromper a gestação em 2 hipóteses: havendo anomalia fetal que signifique risco à vida ou quando o feto sofrer de doença extremamente grave e incurável.

Após a aprovação dessa lei, surgiu um grave problema no país gerando a oposição da Igreja e de profissionais da saúde que se demonstraram contra a Lei Orgânica por entender que o “aborto livre” seria contrario ao direito à vida, dessa forma alguns médicos passaram a se recusar a praticar o aborto com base em questões morais e religiosas.

Ocorre que a Corte espanhola protege a vida do nascituro, mas entende não existir um direito fundamental à vida do embrião ou feto. Dessa forma, haveria uma tutela distinta entre a vida intrauterina e a tutela da vida após o nascimento, sendo admissível a realização de ponderação entre a vida do embrião e os direitos garantidos à mulher e é esse o entendimento que tem se mantido no país até os dias atuais.

V TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

É durante a Segunda Guerra Mundial, mediante as violações praticadas pela Alemanha Nazista e o bombardeio atômico de Hiroshima e Nagasaki, que há uma ruptura com todos os antecedentes de direitos fundamentais que vinham sendo construídos desde o século XVIII. E é mediante esse cenário caótico que se vê a necessidade da criação de sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, sendo criada então em 1948 a ONU, de âmbito global, bem como sistemas internacionais regionais.

Os Tratados são considerados uma das fontes do Direito Internacional, podendo ser conceituados como todo acordo formal firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. Sua finalidade é regulamentar as relações entre esses Estados soberanos, que são tratados de forma igualitária, onde nenhum Estado independentemente do seu tamanho ou influência econômica poderá ser sobrepor a outro. Contudo, essa vinculação dos Estados soberanos não é obrigatória, logo um Estado só é obrigado a cumprir as regras estipuladas pelo direito internacional se tiver consentido em se vincular juridicamente.

Quando um país passa a integrar algum desses sistemas internacionais, passa a ter seus poderes políticos limitados quando este violar algum direito fundamental, existindo inclusive a possibilidade de um cidadão desse país, que tenha seus direitos ameaçados, recorrer-se dos órgãos internacionais para que tenha seus direitos garantidos, punindo assim esse Estado.

Como o aborto é tido como uma questão moral extremamente controversa no mundo, esse é um assunto debatido também no âmbito do direito internacional, particularmente no que tange ao direito internacional dos direitos humanos.⁴¹

As pesquisas sobre o tema têm revelado que o número de abortos realizados nos países onde esse procedimento é permitido são praticamente iguais aqueles encontrados nos países onde ele é criminalizado. Na realidade a principal diferença está na forma como esses abortos são praticados, isso porque nos países onde é considerado crime, as mulheres acabam por utilizar clínicas clandestinas com pouca segurança e sem higiene.

⁴¹ Com base em documento elaborado pelo Departamento de Estudios, Extension y Publicaciones da Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos”, de 7 de novembro de 2016. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Andreia/Meus%20documentos/Downloads/FINAL%20-%20REFUNDIDO%20-%20El%20aborto%20en%20el%20DIDH.pdf>

Uma das grandes controvérsias que rondam o aborto até os dias atuais é a de se saber a partir de que momento é que o feto ou embrião é considerado um ser humano que merece proteção legal e se essa proteção à vida seria absoluta frente a outros direitos. Isso porque o direito a vida é reconhecido como sendo o principal instrumento dos direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é considerada um marco para o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano.⁴²

Os tratados de direitos humanos reconhecem o direito à vida do nascituro, apesar dessa proteção não ser absoluta, já que prevêm que quando a proteção ao nascituro estiver em conflito frente aos direitos da mulher, este último deverá prevalecer, principalmente quando essa gravidez colocar em risco a vida da gestante.

Foi em 1975, na I Conferência Mundial sobre a Mulher, que se passou a discutir sobre o direito reprodutivo e o aborto em âmbito internacional, trazendo em voga todos os problemas causados a saúde física e psíquica da mulher, os altos índices de abortos clandestinos e a mortalidade materna em decorrência desses procedimentos abortivos.

Apesar de algumas conferências internacionais trazerem a tona o assunto, a interrupção voluntária da gravidez não foi explicitamente abordada pelos tratados internacionais de direitos humanos, que tratou apenas do assunto de forma indireta e sem se posicionar contra ou a favor da prática.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica,⁴³ foi o primeiro instrumento internacional, ainda que de alcance regional, em reconhecer algum direito ao nascituro. Segundo o texto original da Convenção, todos teriam direito a vida e não poderiam ser privados arbitrariamente dela, desde o momento da sua concepção.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁴⁴ propôs uma modificação do texto original da norma, para que fosse acrescentada a palavra “em geral” antes da frase “desde o momento da concepção.”, tendo por objetivo não tornar a proteção absoluta. Essa flexibilização também tinha a expressa finalidade de conciliar a disposição da Convenção com as legislações nacionais de diversos países onde se permitia o aborto em

⁴² A Declaração Universal dos Direitos Humanos, dotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece no seu art. 3º que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

⁴³ Convenção Americana de Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

⁴⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1959. Disponível em: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>

alguns casos excepcionais, como no caso do Brasil, que na época previa 2 exceções: quando era praticado para salvar a vida da gestante ou em casos de estupro.

Levando-se em consideração as leis nacionais internas desses países, o texto final aprovado foi o texto proposto pela CIDH, que passou a permitir exceções ao mandato geral de proteção da vida humana intrauterina, mas sem especificar em quais casos seria permitido, estipulando então que o direito a vida estaria protegido pela lei e, em geral, desde o momento de sua concepção.

Outra Convenção de suma importância também é a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), conhecida como Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ela é adotada pelo Conselho da Europa e tem por objetivo proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, estabelecendo assim que o direito de todas as pessoas à vida está protegido pela lei.

Entretanto, essa Convenção não estipulou o momento em que se iniciava a proteção da vida humana, tampouco qualificava a intensidade dessa proteção, isso porque entendeu que não existiria um consenso na Europa em torno desse momento. Com isso, a autonomia dos Estados seria considerada ampla para determinar esses aspectos.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança,⁴⁵ também foi um tratado internacional que expressamente defendia o direito do ser humano antes do seu nascimento, estabelecendo que “a criança por falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluso a devida proteção legal, tanto antes como depois do nascimento.”

Contudo, foi somente através da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento,⁴⁶ realizada em 1994, que o aborto inseguro foi efetivamente reconhecido como um grave problema de saúde pública e passou-se a firmar com os países signatários dessa conferência, um compromisso de reduzir o número de abortos através da expansão e melhoria dos serviços de planejamento familiar e da prevenção da gravidez indesejada.

Assim sendo, o direito internacional protege a vida do ser que está por nascer, ao mesmo tempo em que sustenta não ser esta absoluta, já que admite a realização do aborto em algumas hipóteses, sendo, por exemplo, admitido quando colocasse em risco a vida da gestante, para assegurar a sua integridade física, psíquica ou a sua saúde, bem como a

⁴⁵ Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>

⁴⁶ Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>

gravidez oriunda de violação sexual, incesto ou grave malformação fetal.

Dessa forma, e com base nos Tratados e nas Convenções internacionais, havendo um conflito entre os direitos da mulher e um interesse público de proteção da vida intrauterina, esse interesse poderia ser legitimamente limitado, com base em certas circunstâncias, visando proteger os direitos da mulher. E ainda que seja reconhecida uma personalidade jurídica ao feto, esta não poderia ser considerada como absoluta, já que estaria sujeita a ponderação dos direitos próprios do sistema internacional de direitos humanos.

5.1. Como os Tratados e Convenções internacionais são recepcionados no Brasil

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil e que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão a mesma importância das Emendas Constitucionais Brasileiras, conforme previsto na Emenda Constitucional 45/2004.⁴⁷

Havendo um conflito entre tratados internacionais e uma lei ordinária, segundo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes,⁴⁸ tais tratados possuiriam valor supralegal, ou seja, seriam considerados superiores às leis. Aqui não se leva em consideração se o direito ordinário é precedente ou posterior ao tratado, porque em ambas as hipóteses os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) sempre irão prevalecer.

Já na hipótese de haver um conflito entre um tratado internacional e a Constituição Federal, o Ministro Celso de Melo⁴⁹ dividiu o direito internacional em dois tipos: tratados de direitos humanos e outros tratados internacionais.

Os tratados de direitos humanos contam com status constitucional, enquanto os outros tratados internacionais seriam equiparados às leis ordinárias. O foco do nosso estudo serão os tratados internacionais de direitos humanos, pois são esses que regulam os direitos sobre a interrupção voluntária da gravidez e a vida embrionária.

Quando esses tratados de direitos humanos têm por finalidade explicitar ou ampliar

⁴⁷ Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, art. 1º, §3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

⁴⁸ Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, Ministro Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

⁴⁹ Habeas Corpus 87.585, De 3 de Dezembro de 2008. Tocantins. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

um direito ou garantia previsto na Constituição Brasileira, a sua validade é indiscutível, passando então a compor o bloco de constitucionalidade. Já quando esses tratados visam restringir, suprimir ou impor uma modificação gravosa ou eliminar um direito ou garantia constitucional, fica proclamada a primazia da Constituição, aplicando assim a norma mais favorável ao exercício do direito ou garantia.

Segundo o Princípio ou regra Pro Homine, sempre será aplicável ao caso concreto a norma mais ampla para o gozo do direito ou da liberdade de uma garantia. Dessa forma, não seria o status propriamente dito ou a posição hierárquica da norma que iria valer, mas sim o seu próprio conteúdo.

Saber como as normas internacionais são recepcionadas pela lei brasileira é de suma importância, uma vez que o Brasil é signatário de muitos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos e haveria, aparentemente, um conflito entre alguns desses tratados e o direito interno.

Isso porque o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecer direitos ao nascituro, onde o mesmo teria direito a vida e não poderiam ser privados arbitrariamente dela, desde o momento da sua concepção.

Contudo, importante salientar que o Estado brasileiro também tornou-se signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), que é fiscalizado pelo Comitê CEDAW, cuja finalidade é monitorar o cumprimento dessas obrigações pelos países signatários. Nas observações finais do Comitê CEDAW destaca-se a Recomendação ao Estado brasileiro para *“Agilizar a revisão da legislação que criminaliza o aborto, a fim de eliminar as disposições punitivas impostas às mulheres, como já recomendado pelo Comitê 9 (CEDAW/C/BRA/CO/6, parágrafo 3.); e colaborar com todos os intervenientes na discussão e análise do impacto do Estatuto do Nascituro, que restringe ainda mais os já estreitos motivos existentes que as mulheres façam abortos legais, antes da aprovação pelo Congresso Nacional do Estatuto do Nascituro”*⁵⁰

Dessa forma, estaríamos diante de um aparente conflito de normas, onde segundo o Pacto de São José da Costa Rica o Brasil seria obrigado a respeitar a vida a partir do momento da concepção, e já perante a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, o Estado brasileiro seria compelido a descriminalizar

⁵⁰ Observações Finais do Comitê CEDAW, Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>

o aborto. Para solucionar esse impasse, devemos aplicar o Princípio ou regra Pro Homine, observando qual dos dois tratados possui uma norma considerada mais favorável e abrangente para então aplicá-la internamente.

Como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres é considerada a norma mais ampla para o gozo do direito ou da liberdade de uma garantia, qual seja, o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo, deveria essa ser a norma aplicada internamente.

CONCLUSÃO

A criminalização do aborto traz mais malefícios para a sociedade do que se o mesmo fosse legalizado, isso porque independentemente de ser considerado como crime, as mulheres continuam a realizar o aborto. Sendo assim, visando o cumprimento de um direito constitucional onde é dever do estado garantir a saúde de todos, recomenda-se urgentemente uma reforma legislativa para que haja a despenalização da interrupção voluntária da gravidez e, conseqüentemente, os sistemas públicos de saúde passem a realizar esse procedimento de forma gratuita através de médicos capacitados e dentro de uma infra-estrutura adequada, com a finalidade de se reduzir o número de mortes decorrentes de complicações de abortos clandestinos.

É inadmissível pensar que nos dias de hoje ainda haja um sistema penal tão repressivo a ponto de obrigar as mulheres a gerar um filho contra a sua própria vontade ou a fazer com que essas se submetam à métodos caseiros perigosos ou a se utilizarem de clínicas clandestinas para ter o seu direito e a sua vontade assegurados, que é o que ocorre frequentemente. Dessa forma, tratar o aborto como crime penal não protege, na prática, a vida pré-natal e ainda coloca em risco a saúde e a vida dessas mulheres.

A mulher também tem o direito de dispor do próprio corpo assegurado pela lei, mas que não é cumprido pelo Estado quando este a obriga a levar uma gravidez indesejada até o fim, pois estaria interferindo na vontade e no corpo dessa mulher. Esse quadro é ainda pior quando estamos diante de uma gravidez que coloca em risco a saúde física ou psíquica da gestante, isso porque o Estado além de interferir nesse direito estaria de forma indireta causando um dano a essa mulher.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, assegurado pela própria Constituição no seu art. 196. Proibir o aborto seria uma forma de ignorar esse direito e a realidade atual da saúde pública no país, onde centenas de mulheres morrem todos os dias em razão da ausência do Estado em prestar atendimento e suporte público a essas gestantes, que se socorrem de outros meios para interromper essa gravidez.

Também encontra-se previsto no art. 226, §7º da CRFB a garantia da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável como fundamentos do planejamento familiar, sendo essa uma decisão livre do casal e competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedando ao Estado qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Seja pelo fato do Estado não querer considerar o aborto como um desrespeito ao direito da mulher de dispor sobre o seu corpo, nem levar em consideração o catastrófico contexto em que se encontra a saúde pública em virtude dessa proibição legal, deveria então respeitar outra garantia constitucionalmente prevista que é a laicidade do Estado e a liberdade de religião para se permitir a interrupção da gravidez.

Analisando-se então a legislação e a sua discrepância com a realidade, verifica-se a necessidade dessa reforma, de modo a tornar a lei mais condizente com a idéia de um Estado laico e pluralista, que visa também compatibilizar a proteção da vida embrionária com os direitos e liberdade da mulher, já que ambos são direitos humanos garantidos pela lei, minimizando assim os danos à saúde física e psicológica da mulher e o número de mortes.

O Estado quando cria ou modifica uma lei também não deve levar em consideração aspectos morais, isso porque não existe uma moral universal, ela é intrínseca e particular, que varia de acordo com a religião, classe social e experiência de vida, não podendo a lei impor a sua moral como se fosse absoluta, já que é considerada como um fator muito subjetivo e pessoal.

Importante destacar que a descriminalização do aborto não faria nada além do que reconhecer uma prática que já é tida como comum para a sociedade, a única diferença é que agora esse serviço seria prestado pelo governo a todas as mulheres, beneficiando principalmente as de baixa renda que não possuíam condições financeiras para pagar por um serviço minimamente de qualidade, e que agora passariam a ter ao seu dispor assistência médica e psicológica para que pudesse reduzir os danos decorrentes do aborto.

Dessa forma, o melhor meio para se evitar o aborto não é proibi-lo, mas sim regulamentar a sua prática, tornando a discussão pública possível e visando dar suporte às mulheres com base em suas escolhas, isso porque quando uma mulher recorre a métodos caseiros ou abortos clandestinos não tem nenhum tipo de apoio psicológico nem social. Essa falta de auxílio e esclarecimento acerca da ajuda fornecida pelo Estado na manutenção desse filho, que é obrigatório em alguns países antes de realizar o procedimento abortivo, também faz com que muitas mulheres ajam por impulso e de forma inconsciente, que se fossem assistidas não cometeriam esse ato.

Podemos constatar que atualmente a grande maioria dos países democráticos e desenvolvidos já adotou a descriminalização do aborto em seu estágio inicial, normalmente até o trigésimo mês de gestação, desde que cumpridos alguns requisitos exigidos pela lei,

como a necessidade de uma consulta com um assistente social e/ou com um psicólogo alguns dias antes de ser realizado o procedimento médico, para que tivesse tempo de refletir antes de tomar a sua decisão final de forma consciente.

Com a maioria dos países legalizando o aborto, passou a ocorrer um aumento na ineficiência da legislação nos países onde o mesmo ainda era considerado como um crime penal, já que não surtia o efeito de impedir a prática, isso porque o aborto continuava a ser realizado de forma insegura ou as gestantes se socorriam a países onde essa prática era permitida, o que passou a ser cada vez mais comum.

Foram diversos fatores que influenciaram a mudança legislativa nesses países, sendo uma dessas causas a evolução das pesquisas científicas a respeito do corpo humano, isso porque foi constatado que no primeiro trimestre de gestação o córtex cerebral, que permite ao feto desenvolver racionalidade e sentir dor, ainda não estaria formado e o embrião estaria em um estado de sono induzido, sendo por isso permitido o aborto no período inicial, já que não haveria também nenhuma potencialidade de vida desse embrião fora do útero materno.

Vale ressaltar que também é unânime no Brasil, fazendo constar inclusive na Lei dos Transplantes, que é permitida a retirada de órgãos de um ser humano enquanto ainda há batimentos cardíacos, desde que tenha havido a morte cerebral. Com base nesse entendimento, também seria razoável a constatação de que o embrião não é considerado um ser vivo que mereça proteção legal, já que não possui sistema cerebral central nos primeiros meses de gestação.

O fato de o aborto ser legalizado não quer dizer que as mulheres passarão a utilizar o mesmo como único método contraceptivo e deixarão de usar os outros métodos tradicionalmente utilizados hoje em dia, quais sejam: pílula, camisinha, DIU, SIU, pílula do dia seguinte, anel vaginal, entre outros. Muito pelo contrário, o aborto é visto pelas mulheres como um último recurso a se valer para se interromper a gravidez, já que muitas mulheres acabam engravidando mesmo fazendo uso de algum método contraceptivo, já que nenhum deles é completamente seguro.

Para embasar ainda mais essa teoria, os estudos apontaram uma redução no número de abortos praticados nos países onde houve a liberação, isso porque não é pelo fato de o aborto ser legalizado que as mulheres passarão a praticá-lo de forma indiscriminada, mas sim por haver uma intensificação das políticas públicas de planejamento familiar e educação sexual nesses países. Logo, a simples descriminalização da interrupção da gravidez dentro

de determinados prazos e sob certas condições, por si só, não seria suficiente para resolver o problema de saúde pública.

Podemos concluir então que a prática do aborto clandestino afronta gravemente os direitos humanos e a democracia, manifestando-se como uma sociedade completamente desigual e injusta, tanto por caracterizar um grave problema de saúde pública, quanto pelo tratamento jurídico dado a essa questão, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a escolha deverá sempre caber à mulher, que é quem decidirá se deve ou não abortar, com base na sua religião e de acordo com as suas convicções, sendo esse um campo onde a lei não pode e não deve atuar, pois influi na liberdade individual do ser humano, sendo esse relativo, íntimo e próprio de cada pessoa. Logo, seria papel do Estado dar todo o suporte necessário a essas mulheres independentemente de qual seja a sua opção.

REFERÊNCIAS

Acórdão 75/1984, 27 de junho de 1984, Tribunal Constitucional.

Acórdão n.º 25/84, de 4 de abril, do Tribunal Constitucional Português

Acórdão .º 250/2000 do Tribunal Constitucional, de 13 de Outubro de 2000

Acórdão n.º 85/85, de 25 de junho, do Tribunal Constitucional Português

Acórdão n.º 288/98, de 18 de abril, do Tribunal Constitucional Português

Acórdão n.º 617/2006, de 15 de novembro, do Tribunal Constitucional Português

Acórdão n.º 75/2010, de 26 de março, do Tribunal Constitucional Português, em relação aos processos n.ºs 733/07 e 1186/07, Relator Conselheiro Joaquim de Souza Ribeiro.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Distrito Federal, 12 de abril de 2012, pág. 24.

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 272-289.

BARROSO, LUÍS ROBERTO, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, Revista dos Tribunais 919:127-196, 2012.

BRITO, Teresa Quintela. Direito Penal: parte especial, Coimbra Editora, 2007, pág. 424

Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm

Código Penal Brasileiro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

Código Penal Espanhol. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Código Penal Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 2008. XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa : colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional ..., 2008 / Jorge de Figueiredo Dias

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1959. Disponível em: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Comitê CEDAW). Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo, editora Saraiva, 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documentos/constitucion_es1.pdf

Convenção Americana de Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

DREZETT, Jefferson. Abortamento como problema de saúde pública. In: Painel revisão da

legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez, 2005, Brasília. Revisão Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2005, pág. 24 a 35.

DWORKIN, Ronald. O domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, art. 1º, §3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense do Código Penal, I, Coimbra, 1999, 168.

FIGUEIREDO DIAS – O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações.

FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense do Código Penal, I, Coimbra, 1999.

FIGUEIREDO DIAS - Direito Penal. Parte geral, I, 2.ª ed., Coimbra, 2007.

FRYDMAN, Rene, “O Livro negro das condições das mulheres”

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006”, RLJ, ano 136.º, 2007.

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª ed., Coimbra, 2007.

GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida, Coimbra 1999, pág 148.

Habeas Corpus n.º 124.306, Coator: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Marco Aurélio, Rio de Janeiro, Brasil, 29 de novembro de 2016.

Habeas Corpus 87.585-8, Tocantins. 3 de Dezembro de 2008. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

JESUS, Damásio E. de. Código penal anotado. 9 editora São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE MIRANDA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem”, in Estudos sobre a Constituição, Tomo I, Lisboa, 1977.

LUÍS SERRADAS TAVARES, A aplicação interna das convenções internacionais face ao controlo do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1997..

MENEZES G, Aquino EML. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. [Internet]. Cad. saúde pública. 2009 pág. 193 a 204.

MORAES, Walter. O Problema da Autorização Judicial para o aborto, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1986

PAZÓ, Cristina Grobério e BARBOSA, Thais Dumas Simoneli. Os Direitos Fundamentais do nascituro e a responsabilidade civil da gestante. Panóptica, Vitória, vol. 8, n. 1 (n. 25), 2013

Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, Ministro Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

SANTOS, Lenir. Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Editora Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, pp. 296-297.