

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER

THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF WOMEN

João Batista do Nascimento Filho¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O aborto e a legislação estrangeira; 2 o aborto na história da legislação penal brasileira; 3 Entre a proteção constitucional à vida intra-uterina do nascituro anencéfalo e os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher gestante; 4 A legalização do aborto como afirmação da dignidade da mulher; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a possibilidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no ordenamento jurídico brasileiro, em atendimento aos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, bem como em reconhecimento à liberdade de autonomia reprodutiva feminina. A proibição da prática do aborto no Brasil não impede sua prática no território nacional, leva milhares de mulheres, todos os anos, a praticá-lo ilegalmente, resultando num altíssimo índice de mortalidade dessas mulheres (principalmente no seio da classe trabalhadora, porção da população mais atingida por tal índice). O Brasil é signatário de todos os tratados internacionais que tenha como objeto central os direitos humanos, tendo assumido o compromisso de integrar ao direito interno as diretrizes internacionais que buscam a defesa dos direitos daqueles que, historicamente, têm sido vilipendiados pela sociedade brasileira, em especial, as mulheres. Assim, a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez vem ao encontro de um direito mais humano e digno, conferindo o *status* de direitos humanos aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e colocando-as no papel de agente modificador das relações sociais, numa perspectiva de gênero.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Norte – Uninorte (AM), pós-graduado em Direito e Processo Penal, Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa: Constitucionalismo e produção do Direito. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte – Uninorte, nas disciplinas Direito Pena e Direito Processual Penal. Email: joao.nascimento@ssp.am.gov.br.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Direitos Humanos; Anencefalia; Gênero; Direitos Reprodutivos.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the possibility of the decriminalization or abortion in the Brazilian legal system, in compliance with commitments made by Brazil to the international community, as well as in recognition of the freedom of women's reproductive autonomy. The prohibition of abortion in Brazil does not prevents its practice in the country, takes thousands of women every year to do it illegally, resulting in very high mortality rate of these women (especially within the working class portion of the population most affected by this index). Brazil is a signatory to all international treaties which have the central object of human rights, having assumed the commitment to integrate into international law the guidelines seeking to defend the rights of those who historically have been vilified by the Brazilian society, especially, women. Thus, the decriminalization of abortion has a right to meet more humane and and dignified, giving the status of human rights to sexual and reproductive rights of women and putting them in the role of modifying agent of social relations from a gender perspective.

KEY WORDS: Abortion; Human Rights; Anencephaly; Gender; Reproductive Rights.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro deve reconhecer o direito da mulher à liberdade de decisão acerca de seus direitos reprodutivos, considerando como direitos humanos o direito à saúde, os direitos sexuais e o direito à liberdade de reprodução, adequando-se, assim, às normas internacionais elaboradas em diversos momentos históricos pelos organismos cujo tema central é a defesa dos direitos humanos.

As condições para o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como autênticos direitos humanos, no Brasil, existem e devem ser potencializadas, de modo a garantir que tais direitos sejam efetivamente observados pelo Estado e pela sociedade organizada.

O Brasil, embora signatário de praticamente todos os tratados internacionais cujo tema central são os direitos humanos, tem, durante os últimos anos, implementado precariamente, no ordenamento jurídico pátrio, as resoluções

constantes nos documentos internacionais de defesa dos direitos humanos, notadamente no que concerne aos direitos das minorias.

Este trabalho analisa a forma pela qual a interrupção voluntária da gravidez é tratada pela legislação brasileira, com ênfase nas normas criminais. Aborda-se a antecipação terapêutica do parto – um tema de discussão recente nos tribunais superiores – que colocou em lados opostos o direito à vida do nascituro e os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Por fim, estimula a continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de legalização da interrupção da gravidez como forma de garantia dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres brasileiras.

1. O ABORTO E A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Poucos assuntos suscitam tanta polêmica e paixões quanto o tema do aborto. O tratamento jurídico que deve ser dispensado ao aborto coloca em lados diametralmente opostos aqueles que defendem o direito a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher e os que se manifestam pela defesa inexorável da vida do feto, gerando acaloradas discussões de natureza jurídica, moral, religiosa e de saúde pública.²

Vários países, com processos de discussão diversos, legalizaram o aborto e não se pode debater o tema sem considerar que a interrupção da gravidez deve, necessariamente, dar-se no âmbito dos direitos sexuais e de reprodução da mulher.³

No âmbito dos direitos reprodutivos, inegável a contribuição da Conferência do Cairo,⁴ ao conferir à mulher, por um lado, o direito individual de decidir sobre o

² SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2007.

³ A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, reconheceu como direitos humanos os direitos sexuais e de reprodução, prevendo, em seu preâmbulo que a “saúde reprodutiva é um estado de completo desenvolvimento físico, mental e bem-estar social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade, em todas as questões relacionadas ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Saúde reprodutiva implica, portanto, que as pessoas são capazes de ter uma vida sexual satisfatória e segura e que eles têm a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir se, quando e quantas vezes a fazê-lo”. Nesse mesmo sentido, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, realizada no ano de 1995, em Pequim, por força de seu art. 14: “Os direitos das mulheres são direitos humanos” e do art. 17: “O reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade, é básico para seu fortalecimento”.

⁴ A Conferência do Cairo reconhece, em seu princípio 4, que a “promoção da igualdade e a equidade de gênero e o empoderamento das mulheres e a eliminação de todos os tipos de violência contra as mulheres, e garantir a capacidade das mulheres de controlar sua própria fertilidade, são pilares da população e desenvolvimento relacionados com os programas. Os direitos humanos das mulheres e crianças do sexo feminino são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igualitária das mulheres na vida civil, cultural, econômico, político e social, nos níveis nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação em razão do sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

exercício da maternidade e, por outro, o direito à informação e acesso aos serviços para que tal direito seja efetivado.⁵

Nos **Estados Unidos da América**, o debate que serve para ilustrar a controvertida temática acerca do aborto é o célebre caso *Roe vs. Wade*, onde se discutiu se cabia ou não à mulher o direito de decidir pela continuidade de sua gestação.

Anote-se, preliminarmente, que a questão do aborto não é tratada diretamente pela Constituição Federal, o que possibilita aos Estados Federados decidirem individualmente pela legalização ou criminalização da interrupção voluntária da gravidez. Todavia, o próprio texto constitucional confere à Suprema Corte americana o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Congresso Nacional ou pelos Estados. Discorrendo acerca do tema, Ronald Dworkin afirma:

Nos termos da Constituição, o tribunal tem o poder de declarar inconstitucionais as leis adotadas pelo Congresso ou por qualquer estado, isto é, podem ser invalidadas por serem incompatíveis com as restrições que a Constituição impõe ao governo. Uma vez que o Supremo Tribunal tenha se manifestado, nenhuma outra instância governamental pode contrapor-se à sua decisão, por maior que seja a desaprovação popular a ela. É verdade que as pessoas *podem* reverter a decisão do Supremo Tribunal por meio de uma emenda à Constituição que confira explicitamente aos legisladores o poder que o Tribunal negou que possuísem. Mas é extremamente difícil fazê-lo e, na prática, os políticos e as pessoas que rejeitam uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal só podem esperar pela nomeação de novos juizes que concordem com eles, e que um dia um Supremo Tribunal renovado anule suas próprias decisões anteriores, algo que tem o poder de fazer.⁶

No caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte decidiu, numa votação de sete a dois, pela inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que deliberou pela criminalização do aborto, com exceção apenas na hipótese de risco de morte da mãe.

Na referida decisão, o Tribunal conferiu exclusivamente à mãe o direito de decidir pelo abortamento, desde que tal decisão ocorresse no primeiro trimestre da gestação, contando a gestante com o acompanhamento médico. A mulher, no segundo trimestre, continuaria a ser detentora do direito de interrupção, mas tal direito seria regulamentado pelo Estado e, por fim, no terceiro trimestre –

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2007.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. – 2ª. Ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF).

quando maior a viabilidade da vida fetal extra-uterina -, os Estados teriam a liberdade de vedar a interrupção da gravidez.

Importante salientar que, nos dois primeiros trimestres, o objetivo é a proteção da vida e da saúde da gestante, ao passo que, no terceiro trimestre, a vida do nascituro ganha potencial proteção. Não se pode olvidar, todavia, que a mulher poderia interromper a gravidez qualquer que fosse o estágio em que a mesma se encontrasse, na hipótese de sérios riscos à sua saúde ou à sua vida.⁷

O Tribunal foi além: decidiu pela inconstitucionalidade de *qualquer* lei proibindo o aborto sob a alegação de proteção da vida do nascituro, nos seis primeiros meses de gestação e dando aos Estados a prerrogativa de impedir a interrupção da gravidez nos três últimos meses, sob a alegação de proteção da vida do nascituro.⁸

A decisão da Suprema Corte não foi pacificamente adotada em todo o território norteamericano. À época, e ainda hoje, provoca intensa polêmica. Por um lado, há o questionamento acerca da legitimidade do Tribunal que, a despeito de poder reconhecer a inconstitucionalidade de normas produzidas pelo Poder Legislativo, não foi eleito para exercer tal atribuição. Há ainda os críticos de tal decisão, que afirmam que o tribunal autorizou o homicídio, pois, *"para eles, o feto é uma pessoa a partir do momento da concepção, e seu direito à vida é mais importante do qualquer razão que uma mulher possa ter para matá-lo"*.⁹

Assim, não obstante os críticos reconhecerem não ter sido exatamente um erro a decisão tomada pela Suprema Corte americana, entendem inexistir qualquer argumento jurídico que a justificasse, revestindo-se o ato de um caráter meramente político,¹⁰ seja porque, claramente, a vontade do parlamento estaria

⁷ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, pp. 8-9. Na mesma passagem, o autor cita um trecho do decisão do Juiz Harry Blackmun: "O direito de prevacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado impor sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...).

⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 7.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 141. O autor afirma ainda: "Contudo, muitos dos críticos mais sofisticados adotam outro ponto de vista. Não argumentam que a opinião do tribunal sobre essas grandes questões filosóficas tenha sido um erro, mas que não lhe cabia, em absoluto, decidi-las em julgamento, pois a Constituição atribui às assembleias legislativas estaduais, democraticamente eleitas, e não aos juízes, que não são eleitos, o poder de decidir se e quando o aborto pode ser legítimo".

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 9.

sobrepujada pelo valor conferido ao tema pelo Poder Judiciário, seja porque inexistente na Constituição Federal qualquer definição acerca da matéria.¹¹

Embora positivos os efeitos gerados a partir da decisão tomada em 1973 pela Suprema Corte americana, em decisões posteriores,¹² o mesmo Tribunal decidiu que os Estados não eram obrigados à realização gratuita de abortos na rede pública de saúde, tampouco poderiam ser responsabilizados pelos custos de tal ato, ainda que se tratasse de mulheres carentes, normalmente sem condições de suportar as despesas dos procedimentos médicos necessários.

Não se pode conceber que os Estados tomem decisões jurídicas protetivas relacionadas aos direitos de reprodução, como a decisão do caso *Roe vs. Wade*, sem que, para sua efetivação, sejam adotadas outras medidas tão necessárias quanto aquelas. Aliás, a adoção de tais medidas foi veementemente discutida e aprovada por ocasião da realização da Conferência Internacional do Cairo, em 1994. Dispondo acerca dos direitos reprodutivos e saúde reprodutiva, o texto da Conferência assegura que

Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos de decidir livre e responsavelmente o número, espaçamento e *timing* de seus filhos e de ter a informação e os meios para fazê-lo, e o direito de alcançar o mais alto padrão de assistência sexual e saúde reprodutiva. Também inclui o direito de todos a tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção e violência, como expressa nos documentos de direitos humanos.

Assim, embora a decisão da Suprema Corte americana pela inconstitucionalidade da lei do Estado do Texas tenha gerado debates acalorados, dividindo o país entre os que defendem que à mulher cabe a decisão de interromper uma gravidez indesejada, e os que defendem o direito à vida do nascituro como algo intrínseco – opinião pela qual o feto é uma pessoa a partir da concepção – tal decisão conferiu à mulher, na maior democracia do mundo, o reconhecimento de seu direito à liberdade de reprodução.

O direito à interrupção voluntária da gravidez (IVG) foi estabelecido na **França** por meio da ação do parlamento, ao contrário da experiência americana. O legislador francês, por meio da Lei 75-17 (*Lei Veil*, em alusão à Ministra da Saúde francesa, Simone Veil), permitiu o aborto nas dez primeiras semanas de gestação, desde que acompanhado por médico e mediante assistência e

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 142.

¹² SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 10. O autor cita, como exemplo, o caso *Harris vs. McRae* (448 U.S.297), de 1980.

conselhos obrigatórios apropriados, com o fim de auxiliar a gestante a resolver os problemas que a estivessem levando a tomar tal decisão.

A norma geraria efeitos nos cinco anos seguintes, quando então deveria ser submetida ao Conselho Constitucional, órgão incumbido de declarar a compatibilidade da norma com a Constituição francesa.¹³

Com efeito, no ano de 1979, o disposto da lei nº 75-17 foi declarado compatível com a Constituição Federal e, em 1982, editou-se nova lei, desta feita, para determinar à Previdência Social o denominado *reembolso*, que é a obrigação de custear até 70% das despesas médicas e hospitalares decorrentes da interrupção da gestação.¹⁴

Em 2001, novamente o parlamento tratou do aborto, por meio da Lei 588, ampliando a possibilidade de interrupção da gestação, de 10 para 12 semanas e retirou a obrigatoriedade das mulheres de realizarem a consulta prévia junto às instituições governamentais. Instado novamente a se manifestar, o Conselho Constitucional, mais uma vez, declarou a norma constitucional.¹⁵

Hodiernamente, a partir de 2004, nova norma autorizou a utilização de medicamento contraceptivo¹⁶ para a realização de aborto medicamentoso no médico da família, possibilitando o acesso a uma camada maior da população às ações de saúde promovidas pelo Estado. Tal medida vem ao encontro das recomendações de vários instrumentos internacionais referentes à necessidade de o Estado assegurar às mulheres todos os meios para o exercício de seus direitos sexuais e de reprodução.

Por meio da Lei Orgânica nº 9, de 05 de julho de 1985, (Lei de Saúde Sexual e Reprodutiva e da Interrupção Voluntária da Gravidez), a **Espanha** passou a permitir a interrupção da gestação, conferindo à mulher, com o adequado acompanhamento, o direito de decidir pela continuidade ou não de seu estado gestacional.

A referida Lei modificou o art. 417 do Código Penal, que passou a prever três situações nas quais seria permitido o aborto: a) risco grave para a sua vida ou

¹³ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 11.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 11.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, pp. 11-12. No mesmo trecho, o autor cita a decisão nº 2001-446, do Conselho Constitucional: "Ao ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária da gravidez quando a gestante se encontra numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe, entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão".

¹⁶ Trata-se da chamada pílula do dia seguinte. Segundo a U.S. News, a droga mifepristona, também conhecida por RU-486, tem esse nome porque as iniciais R.U. são do seu fabricante francês, Roussel Uclaf. Nos Estados Unidos, sua subsidiária, a Hoechst Marion Roussel, diante das discussões acabou doando os direitos para a Population Council em 1994, para que esta encontrasse um fabricante, jogando para frente a questão da liberação do RU-486, que vem de muito antes do governo Clinton. Disponível em <http://boasaude.uol.com.br/lib/emailorprint.cfm>. Acesso em 18 jul. 2011.

saúde física ou psíquica, em qualquer momento; b) no caso de estupro, nas primeiras doze semanas e; c) no caso de má-formação fetal, nas primeiras vinte e duas semanas.

Contrários à lei descriminalizadora, parlamentares acionaram a Corte Constitucional espanhola, com o fito de obterem uma declaração de inconstitucionalidade da *novatio legis*. Com efeito, a Corte apreciou o pleito, mas se manifestou contra os interesses dos parlamentares, ao declarar que, embora contando com a proteção da Constituição, a vida do nascituro não possui o mesmo valor conferido à vida humana após o nascimento, de tal forma que se julgou razoável a ponderação entre a vida do feto e outros direitos da gestante, exceto sua própria vida.¹⁷

Em fevereiro de 2010, o Senado Federal espanhol, numa votação que contou com 132 votos a favor, 126 contrários e uma abstenção, aprovou nova lei acerca do aborto, cujo texto, aprovado anteriormente pela Câmara dos Deputados dois meses antes, trouxe mais polêmica ao tema.

O novel dispositivo passou a vigorar em 5 de junho de 2010 e, a partir de tal data, todas as mulheres, incluídas as adolescentes entre 16 e 18 anos, passaram a ter o direito de interrupção voluntária da gravidez, de forma livre, caso estejam até na 14ª semana de gravidez, podendo, ainda, praticar o aborto até a 22ª semana, na hipótese de risco de vida ou à saúde, ou sérias anomalias no feto. Para esta última hipótese, torna-se imprescindível que dois médicos especialistas emitam parecer e nenhum destes pode participar da atividade abortiva.

A lei contou com a oposição do Partido Popular e da Igreja Católica, que pediram ao Tribunal Constitucional a suspensão de alguns artigos, sob o argumento de que o aborto, da forma como foi previsto – a liberdade conferida à mulher é maior que a anteriormente prevista – contrariava o direito à vida do nascituro, garantido constitucionalmente.¹⁸

A oposição também alegou preocupação quanto à fixação da maioria para abortar, fixada em 16 anos, além do fato de as menores não serem obrigadas a comunicar seus pais de tal decisão, caso se sentissem coagidas ou fossem agredidas no seio familiar, cabendo ao médico, presente tal hipótese, a decisão

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, pp. 19-20. O autor cita parte da decisão proferida pela Corte Constitucional da Espanha, que asseverou que os casos envolvendo aborto “não podem contemplar-se tão-somente desde a perspectiva dos direitos da mulher nem desde a proteção da vida do nascituro. Nem esta pode prevalecer incondicionalmente frente àqueles, nem os direitos da mulher podem ter primazia absoluta sobre a vida do nascituro... Por isso, na medida em que não se pode afirmar de nenhum deles (os interesses em conflito) seu caráter absoluto, o intérprete constitucional se vê obrigado a ponderar os bens e direitos... tratando de harmonizá-los se isto for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que se poderia admitir a prevalência de um deles.” Disponível em: <http://www.boe.es/>. Acesso em 19 jul. 2011.

¹⁸ Estadão.com.br/saúde. **Nova lei do aborto entra em vigor na Espanha com grande polêmica**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,nova-lei-do-aborto-entra-em-vigor-na-espanha-com-grande-polemica,576643,0.htm>. Acesso em 19 jul. 2011.

de atuar sem a presença dos pais da menor, mas contando, se for de sua vontade, com o apoio de um psicólogo ou um assistente social.

Destarte, oportuna a manifestação da Ministra da Igualdade espanhola, Bibiana Aído, acentuando que a nova lei é "*o mais equilibrada possível*" e fruto de um intenso debate promovido pelo Governo e que contou com a participação de especialistas, organizações sociais, mulheres, jovens e profissionais de diversos ramos.¹⁹

O aborto em **Portugal** foi descriminalizado com a edição da Lei nº 6, de 1984, que concedeu à mulher o direito de interrupção do estado gestacional quando presentes os riscos de morte ou lesão grave para sua saúde física ou psíquica, na hipótese de doença grave ou malformação do feto (até às 24 semanas de gravidez), ou no caso de estupro, até às 12 semanas.

Em controle preventivo de constitucionalidade, realizado no mesmo ano em que a Lei entrou em vigor no país, o Tribunal Constitucional reconheceu à lei em comento sua legitimidade constitucional, nas hipóteses aventadas, afirmando que a Constituição tutelava o direito à vida do nascituro, mas com intensidade menor àquela conferida às pessoas já nascidas, alegando, ainda, a necessidade de ponderação entre os direitos fundamentais em colisão e a impossibilidade de censura ao cotejo realizado pelo legislador.²⁰

No ano seguinte, novamente o Tribunal Constitucional foi instado a se manifestar sobre o temática envolvendo o direito à vida do nascituro.²¹ Por meio do acórdão nº 85, em um dos trechos, o Tribunal asseverou que

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

¹⁹ A entrevista realizada com a Ministra Bibiana Aído encontra-se disponível em: http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1233259&seccao=Europa. Acesso em 19 jul. 2011.

²⁰ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 16. Na mesma passagem, o autor destaca alguns trechos da decisão: "A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita ao nascituro perde... o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo, humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto 'não nascido', não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir. Em todo caso, o sacrifício de uma em face da outra, embora devendo ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda da outra..., pode ser maior ou menor, em face da ponderação que o legislador faça no caso concreto, sempre restando então uma certa liberdade conformativa para o legislador, dificilmente controlável pelo juiz, pelo Tribunal Constitucional."

²¹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 17.

Em 1997, foi editada a Lei nº 90, que modificou novamente as disposições legais acerca do aborto. Com efeito, pelo disposto na recente norma, ampliou-se o prazo para a interrupção da gravidez em situações de malformação fetal e na hipótese de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher (de 12 para 16 semanas).²²

Foi formulada uma proposta de referendo, que versava sobre a despenalização geral da interrupção da gestação, nas suas primeiras 10 semanas, com o custo da intervenção sob a responsabilidade do sistema público de saúde.

Em 1998, o Tribunal Constitucional manifestou-se sobre a questão e, em conformidade com a decisão proferida no Acórdão nº 85, reiterou o entendimento da supremacia da autonomia da vontade da mulher frente ao direito à vida do nascituro.

Embora a proposta do citado referendo tenha sido validada pelo Tribunal Constitucional, a população – cuja maioria absteve-se de votar -, manifestou-se desfavoravelmente quanto à possibilidade de se legalizar, de forma incondicional, a interrupção da gravidez em seu início.

Segundo a Comissão Nacional de Eleições portuguesa, por meio do Mapa Oficial nº 2/98,²³ de um total de 8.496.089 inscritos, somente 2.709.503 - 31% - foram às urnas para decidir tão importante tema relacionado aos direitos reprodutivos femininos.

Dessa forma, naquele momento importante para o País, a população, respondendo ao questionamento formulado,²⁴ dizia não à liberdade da mulher decidir livremente pelo exercício da procriação e o Poder Legislativo, por sua vez, não promoveu qualquer modificação na legislação do País.

No dia 11 de fevereiro de 2007, realizou-se o terceiro referendo no País, o segundo abordando o tema do aborto. A população, mais uma vez, foi às urnas para responder se concordava com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

²² A Lei nº 90/97 modificou o art. 142 do Código Penal lusitano, estendendo o prazo para a interrupção nas seguintes hipóteses: "c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo e; d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

²³ Diário da República nº 183, de 10.8.1998, disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/1998/08/183A00/38563857.PDF>. Acesso em 19 jul. 2011.

²⁴ Cada cidadão inscrito deveria responder ao seguinte questionamento: "Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?".

Novamente, o número de votantes foi inferior aos que se abstiveram (56,43% deixaram de comparecer à votação). Diferentemente do último referendo a respeito do tema, a população votou pelo sim, indicando uma significativa mudança na forma pela qual a população enxergava a questão.²⁵

Como consequência do referendo realizado, em 17 de abril de 2007, passou a vigorar em Portugal a Lei nº 16, que acrescentou ao rol das permissões previstas no art. 142 do Código Penal a alínea "e", tratando-se de mais uma possibilidade da mulher interromper o estado gestacional, por sua livre vontade, nas primeiras dez semanas de gravidez.

Destaque-se, afinal, que a autorização ao órgão do sistema público de saúde responsável pela realização do aborto, será dada pela mulher em documento por ela assinado e entregue até o momento da intervenção. Imprescindível, porém, que tal se dê após no mínimo três dias, nos quais a mulher deverá refletir sobre sua decisão, de forma livre, consciente e responsável.²⁶

2. O ABORTO NA HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Inicialmente, cumpre destacar que este estudo não discutirá o ponto de vista religioso sobre a temática do aborto. Mantemos o respeito pela visão da Santa Igreja Católica, no sentido de que é vedada a interrupção da gravidez, seja qual for o motivo, mas reafirmamos o entendimento de que tal juízo não pode ser estendido ao conjunto da população brasileira. Assim, comentários que eventualmente citem o ponto de vista religioso servirão apenas para contextualizar o momento que porventura esteja sendo abordado.

Historicamente, a mulher sempre recebeu tratamento opressor no que concerne ao controle de seu corpo e de sua sexualidade. Assim,

A condição feminina no Brasil Colônia estava associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia, ao passo que a preocupação central da Igreja Católica era com a questão moral no incipiente Estado colonial, construindo uma associação da mulher à imagem da "santa mãe". "Para isso, através dos editos papais,

²⁵ Segundo o Mapa Oficial nº 1/2007, da Comissão Nacional de Eleições, 8.814.016 cidadãos portugueses inscreveram-se para votar, mas somente 3.840.176 (43,57%) efetivamente participaram do pleito. Deste total, 2.231.529 (59,25%) disseram *sim*, e 1.534.669 disseram *não* concordar com a prática livre do abortamento. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2007/03/04300/14291429.PDF>. Acesso em 19 jul. 2011.

²⁶ Diário da República nº 75, de 17.4.2007, disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2007/04/07500/24172418.PDF>. Acesso em 19 jul. 2011.

enumeravam-se os comportamentos adequados e inadequados, a fim de criar a dualidade entre 'mulher aceitável e louvável' e 'mulher agente do satã, diabolizada, confundida com o mal, o pecado e a traição.'²⁷

A Igreja Católica tinha uma preocupação especial para com os direitos de reprodução femininos, sem qualquer relação com a vida do feto, mas com os aspectos morais da conduta feminina e com o adestramento da mulher na instituição do casamento. A igreja valorizava a procriação como meio de *"consagrar a maternidade como função nobre, cabendo à mulher, pela gestação dos filhos, limpar a sujeira do coito, transformando assim uma pulsão biológica num ato de vontade divina."*²⁸

O plano de expansão colonial exigia urgentemente o povoamento do território e contava, para tanto, com o aprisionamento físico e moral da mulher. A prática do aborto inquietava tanto o Estado como a Igreja Católica, porquanto era usada como controle à procriação pelos casais ilegítimos, colidindo frontalmente com os ideais de ocupação, mas também por ser considerada uma tentativa da mulher de controle de seu corpo e, via de consequência, de sua sexualidade.²⁹

À Igreja Católica coube, desde o Império, denunciar a prática do aborto como algo abominável praticado contra Deus. Não obstante a intensa propaganda religiosa contra o aborto, este não era previsto legalmente como crime.³⁰

Apesar da forte atuação da Igreja Católica e do Estado quanto à prática do aborto, somente com a promulgação do Código Penal do Império, em 1830, a interrupção voluntária da gravidez foi considerada crime.

O Código Penal da República de 1890, influenciado pelos ideais liberais que recém chegavam ao País, trouxe como novidades a punição à mulher que praticasse aborto em si mesma e a redução da pena aplicada ao médico ou parteira que, na tentativa de salvar a vida da gestante, por imperícia ou negligência, levasse a mulher a óbito.

Por meio do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor no Brasil o Código Penal Brasileiro. A criminalização do aborto foi prevista no

²⁷ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

²⁸ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 55.

²⁹ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 55.

³⁰ DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia**. 2ª ed. - São Paulo: Unesp, 2009. A autora, na mesma passagem, salienta que "as teses moralistas e canonistas tornavam-se perceptíveis às camadas populares e aos fiéis, sobretudo pelos manuais de confessores. Eles traziam recomendações precisas para condenar sistematicamente o aborto, controlar suas formas, de puni-lo com penitências que variavam de três a cinco anos de duração. (...) A Igreja matava, assim, dois coelhos com uma só cajadada, além, é claro, de afirmar-se como juíza dos comportamentos femininos e de vincar o seu poder de instituição moralizadora sobre as novas terras coloniais. O aborto passava a ser visto, sobretudo depois dessa longa campanha da igreja, como uma atitude que 'emporalhava' a imagem ideal que se desejava para a mulher."

Título I, Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida, nos artigos 124 (autoaborto), 125 (aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante), 126 (aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante), 127 (formas qualificadas) e 128 (exclusão da criminalidade, quando praticado o aborto como única forma de salvar a vida da gestante ou para interromper uma gravidez decorrente de estupro).

A Constituição Federal nada disse acerca do aborto, embora faça a previsão da inviolabilidade do direito à vida, considerada esta como autêntica cláusula pétrea, de acordo com o art. 60, § 4º, IV do texto constitucional, incumbindo ao legislador ordinário a tarefa de regular a matéria.³¹

O Diploma Penal pátrio, ao discorrer sobre o aborto nas seis figuras típicas elencadas nos supracitados artigos, regulou as formas criminosas de interrupção da gravidez (arts. 124 a 127), bem assim as hipóteses nas quais não se pune a mulher por tal ato (art. 128, II), tampouco o médico que a auxiliou (art. 128, I).³²

Interessa-nos, neste momento, a questão da utilidade dos dispositivos penais brasileiros referentes ao aborto, no âmbito dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, frente às legislações de outros países que, num processo de intenso debate que contou com a participação robusta do movimento organizado de mulheres, previu outras formas de exclusão da ilegalidade das suas condutas ou simplesmente legalizou o abortamento em seus territórios.

Embora a cessação voluntária da gravidez em decorrência de estupro ou o risco à vida da gestante esteja prevista como justificativa para a prática abortiva, o Código Penal brasileiro excede no rigor quanto às demais figuras típicas, o que revela o descompasso, tanto em relação aos diplomas penais estrangeiros, que legalizaram a interrupção da gestação, quanto em relação às recomendações dos eventos mundiais de proteção dos direitos humanos, no sentido da descriminalização total da prática do aborto.

Outro ponto merecedor de análise são as penas previstas para o aborto ilegal, quando comparadas com aquelas previstas para o crime de homicídio. Tem-se que o legislador, ao cominar para este penas mais severas, conferiu maior valor à vida da pessoa já nascida, em detrimento à vida do feto. Ressalte-se, ainda, que na figura qualificada prevista no art. 127 – nas hipóteses de advir lesão corporal grave ou morte da mulher como resultado do aborto – o objetivo, mais uma vez, não foi a proteção da vida do feto, mas a integridade corporal e a vida da gestante.³³

³¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **IV**- os direitos e garantias individuais.

³² Sobre a estruturação e classificação das formas de aborto criminoso ou legal, vide o item 2.4 do 2º Capítulo deste trabalho.

³³ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, pp. 61-62.

Inserir-se no rol das medidas urgentes e necessárias para o efetivo exercício dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres brasileiras, por parte do legislador, o reconhecimento legal à interrupção da gravidez em razão de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, na esteira das corajosas e históricas decisões de países como Estados Unidos da América, França, Espanha e Portugal, não sem a devida pressão do movimento organizado de mulheres por seus direitos reprodutivos de reprodução livre.

Com efeito, tais países promoveram o debate, seja por meio do Tribunal Constitucional ou por intermédio do Poder Legislativo, autorizando o aborto sem restrições ou autorizando-o quando da detecção da grave e fatal anomalia que, em 100% dos casos, leva o feto à morte.³⁴

Resta garantir às mulheres brasileiras o verdadeiro direito à sua sexualidade e reprodução, com a necessária atualização da legislação concernente à interrupção voluntária da gestação, consoante as reivindicações do movimento nacional de mulheres e dos organismos e documentos internacionais de proteção.

3. ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA INTRA-UTERINA DO NASCITURO ANENCÉFALO E OS DIREITOS À SAÚDE E À LIBERDADE DE AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER GESTANTE

O debate acerca da prática do aborto no Brasil ganhou novos contornos, em razão da polêmica em torno das autorizações concedidas pela Justiça nacional para a interrupção da gravidez nos casos de fetos portadores de anencefalia.³⁵

No Brasil, a estimativa é de 1 caso de anencefalia a cada 1.600 nascidos vivos, e tal percentual tem aumentado significativamente, o que coloca o Brasil, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), na posição de quarto país mundial em casos de anencefalia.³⁶

³⁴ De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), o anencéfalo é um *natimorto cerebral*, por não possuir os hemisférios cerebrais e o córtex cerebral, mas somente o tronco. Como causas de tal problema podem ser apontadas anormalidades genéticas, fatores ambientais, entorpecentes, enfermidades metabólicas, interação de fatores genéticos e ambientais e deficiências nutricionais e vitamínicas, especialmente a baixa ingestão de ácido fólico. Disponível em: <http://www.medicosecurador.com/sncfetal/articulos/anomalias2htm>. Acesso em 20 jul. 2011.

³⁵ Segundo a Federação Brasileira de das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a anencefalia "constitui grave malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural, cursando com ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo (...), resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir o cérebro. Disponível em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-ANENCEFALO.pdf>. Acesso em 2 ago. 2011.

³⁶ Disponível em <http://www.febasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 2 ago. 2011.

Preliminarmente ao debate acerca da colisão entre os direitos do feto anencéfalo³⁷ e da mulher gestante, cumpre tecer algumas considerações sobre a anencefalia, anomalia que atinge indistintamente mulheres de todas as classes sociais, mas alcança seu ápice nas camadas mais desassistidas da população brasileira.

O feto portador de anencefalia, num percentual aproximado de 65%, tem parada cardíaca antes do início do parto, enquanto uma pequena parcela pode apresentar batimentos cardíacos e podem ainda respirar após o parto, sendo que tais funções podem durar por algumas horas e, excepcionalmente, alguns dias.³⁸ Por isso, tem-se que interromper a gravidez diante desse quadro irreversível não é considerado aborto, mas *antecipação de parto*.

Não fosse suficiente a certeza de impossibilidade de sobrevivência fora do útero materno do feto anencefálico, ainda há os riscos para a saúde da mulher, em razão da continuidade da gestação.

Com efeito, é unânime a opinião dos especialistas da medicina do país que afirmam, por um lado, a impossibilidade de sobrevida fetal após a expulsão do útero materno e, por outro, os riscos à saúde e à vida da mulher. Thomaz Gollop, médico obstetra e especialista em medicina fetal e professor da Universidade de São Paulo (USP), sobre o tema, ensina que

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. (...) em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distorcia do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e poder haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes do ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevida. A distorcia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.³⁹

³⁷ O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1752/2004, publicada no Diário Oficial da União de 13 de setembro de 2004, seção I, p. 140, declara que o anencéfalo é um natimorto cerebral, por não possuir os hemisférios cerebrais, sofrendo parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, o que torna inviável e inaplicável ao mesmo os critérios de morte encefálica, por sua inviabilidade vital ante à ausência de cérebro.

³⁸ Disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 2 ago. 2011.

³⁹ GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos graves à saúde da mulher**. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org). **Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Editora Letras Livres, 2004.

A mulher, ao descobrir que tem em seu ventre um feto anencefálico, deve ter a seu dispor todo o acompanhamento médico necessário à sua especial condição, pois é grande a possibilidade de apresentar doenças hipertensivas na gravidez, levando à ocorrência de *eclampsia* – síndrome multissistêmica, caracterizada por hipertensão e proteinúria (excesso de proteína na urina), após 20 semanas de gravidez, em mulheres com pressão arterial normal previamente – e *pré-eclâmpsia* – presença de convulsão em mulheres com eclâmpsia –,⁴⁰ bem como a apresentação de doenças hipertensivas e um quadro de desmaios e convulsões.

Os partos de fetos anencefálicos são muito mais difíceis que os de fetos sem a anomalia. Os riscos são maiores (25%) em razão do feto não possuir caixa craniana – o que faz com que não se encaixe na posição adequada para nascer. Por não possuir ossos na cabeça, não consegue forçar o colo do útero e, dessa forma, nascer normalmente. O parto, que duraria entre 6 a 8 horas, pode durar entre 14 a 18 horas, o que leva à necessidade de a gestante ser medicada com analgésicos e até fazer uso de anestesia.⁴¹

Diante do quadro exposto, resta indagar se é saudável, digno e conveniente obrigar a mulher gestante a levar a termo uma gravidez com a total certeza de morte do feto após seu nascimento. Obviamente, se for da vontade da gestante levar a gravidez até seu final, o Estado deve fornecer todas as condições para que tal ocorra, com acompanhamento médico adequado. Se decidir interromper a gestação, deve a gestante contar, de igual modo, com a assistência de especialistas das áreas médica e psicológica, para que o quadro de sofrimento físico e mental seja minimizado ao máximo.

Uma vez detectado o quadro de anencefalia, nada será possível fazer para revertê-lo, sendo, pois, fundamental a prevenção, principalmente no caso de mulheres que já tenham dado à luz ou interrompido a gravidez de um feto anencefálico. Estudos indicam que, nesses casos, é de 10% a chance de a mulher desenvolver outro quadro gestacional com tal anomalia.⁴²

O Código Penal de 1940 criminaliza a interrupção voluntária da gravidez, em seus artigos 124 a 127, prevendo como excludentes da criminalidade apenas as hipóteses de risco de morte para a gestante e gravidez decorrente de estupro (art. 128). O legislador de então não tinha a seu dispor informações sobre tecnologias de pré-natal que possibilitassem, como ocorre hoje, a detecção de anomalia fetais. Somente a partir da década de 1950 foram desenvolvidos estudos sobre fetos em gestação, com o aperfeiçoamento da tecnologia que proporcionou análises mais aprofundadas do quadro gestacional. A partir da década de 1970 passou-se a utilizar o termo “diagnóstico pré-natal” e, da década de 1990 em diante, por meio do progresso na área de informática, com o

⁴⁰ REZENDE, Jorge de e MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. **Obstetrícia Fundamental**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 9ª ed., 2003, p. 227.

⁴¹ FERNANDES, Maira Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 15.

⁴² GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos graves à saúde da mulher**. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org). **Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade**, p. 28.

advento dos aparelhos de ultra-som, os exames tornaram-se precisos, com a possibilidade de avaliação do feto por meio de imagens tridimensionais.⁴³

Quer-nos parecer que a falta de informações técnicas que pudessem oferecer à sociedade – e ao legislador – a detecção precoce de um quadro de anencefalia pode ter contribuído para a não-inclusão de mais essa hipótese autorizatória da interrupção da gravidez.

Nos últimos anos foram propostas, por diversos segmentos da sociedade, reformulações no Código Penal Brasileiro, algumas para fazer constar no Diploma Penal, como mais uma causa excludente de ilegalidade, a cessação voluntária da gravidez de feto anencéfalo e outras para descriminalizar a prática do aborto em qualquer hipótese.⁴⁴

Não obstante a omissão do legislador brasileiro, o Poder Judiciário tem autorizado o aborto de feto anencéfalo, alegando, para tanto, questões de natureza social e moral, bem como a dignidade da pessoa humana. Até o ano de 2007, cerca de 3.000⁴⁵ autorizações para interrupção de gravidez de feto anencéfalo foram concedidas, principalmente nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, sendo certo que, em praticamente todos os casos, era impossível a sobrevivência do feto.⁴⁶

No ano de 2003, o Brasil viu-se diante de um fato que serviu de parâmetro para que o Judiciário discutisse de forma mais clara e efetiva a questão do aborto de feto portador de anencefalia. No dia 06 de novembro daquele ano, a Defensoria Pública apresentou ao Juízo Criminal de Teresópolis, no Estado do Rio de Janeiro, um pedido de autorização para que uma mulher grávida de feto anencéfalo pudesse interromper a gravidez de 16 semanas. O pleito foi indeferido liminarmente pelo magistrado, sob a alegação de que o caso em questão não constava no rol das hipóteses excludentes de ilicitude previstas no art. 128 do Código Penal Brasileiro.

A Defensoria Pública recorreu do indeferimento à 2ª Câmara Criminal, sendo o Ministério Público, em contra-razões, favorável ao pleito. O recurso foi distribuído à Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira que, em 19 de novembro, concedeu a liminar requerida, autorizando a interrupção da gravidez.⁴⁷

⁴³ FRIGÉRIO, Marcos Valentim. **Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil**. In: **Revista brasileira de ciências criminais** (RBCC), ano 11, jan.-mar. 2003, pp. 268-270.

⁴⁴ FRIGÉRIO, Marcos Valentim. **Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil**. In: **Revista brasileira de ciências criminais** (RBCC), pp. 270. O autor cita o Projeto de Lei nº 4.403/04, de autoria de Deputada Federal Jandira Fechal e o Projeto de Lei nº 4.834/2005, dos Deputados Federais Luciana Genro e Dr. Pinotti, ambos versando sobre a inclusão, ao art. 128 do Código Penal Brasileiro, da hipótese de anencefalia como causa a justificar o aborto e, via de consequência, isentar o médico de qualquer tipo de penalidade.

⁴⁵ GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos graves à saúde da mulher**. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org). **Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade**, p. 28.

⁴⁶ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anencefalia fetal**. Brasília: Ed. Letras Livres, 2003. p. 47. A autora, ao analisar as pesquisas recentes sobre o tema, afirma que "não há, no Brasil, até o momento, nenhum registro de autorização de aborto para casos de má-formação fetal compatível com a vida (...) Até onde se tem conhecimento da dinâmica do processo judicial, as autorizações foram apenas para casos de anomalias fetais gravíssimas em que a sobrevivência do feto era cientificamente considerada impossível."

⁴⁷ A relatora do recurso, em sua decisão, afirma: "Não se pode ficar insensível ao sofrimento desta mãe. Mais do que qualquer outra pessoa, a apelante busca um fim ao seu sofrimento, positivado cabalmente nos autos às fls. 12 pelo atestado médico que refere-se a 'estado emocional abalado, necessitando de cuidados especiais' (...) É justo condenar-se a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero, quando, desde logo, já se sabe que o feto está condenado de forma irremediável ao

Os advogados Carlos Brazil e Paulo Silveira Martins Leão Júnior interpuseram agravo regimental à Segunda Câmara Criminal, cujo presidente, no dia 21 de novembro de 2003, suspendeu a decisão da Desembargadora Gizelda Leitão. Posteriormente, processado o agravo, este foi desprovido pelo Colegiado no dia 25 de novembro de 2003, mantendo-se a liminar anteriormente concedida.

Antes mesmo da decisão acerca do agravo regimental, naquele dia 21 de novembro, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da Associação Pró-Vida, sediada na cidade de Anápolis-GO, impetrou *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, em favor do feto e contra a decisão liminar concedida no dia 21 de novembro e confirmada no dia 25 do mesmo mês pelo Colegiado da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A Ministra Laurita Vaz, liminarmente, sustou a decisão do Tribunal do Rio de Janeiro, remetendo o feito ao julgamento pela 5ª Turma do STJ. Ressalte-se, por importante, que a decisão da Ministra Laurita Vaz foi proferida na mesma data em que o Tribunal carioca manteve a liminar que autorizava o aborto, mas tal fato não foi citado pela Ministra em sua decisão.

No dia 18 de fevereiro de 2004, três meses após a concessão da liminar que impediu a interrupção da gravidez, o STJ julgou o *habeas corpus*, decidindo pela impossibilidade do aborto por falta de disposição legal.

Após tal acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, duas organizações não-governamentais⁴⁸ impetraram ao Supremo Tribunal Federal um novo *habeas corpus*, desta feita, em favor da gestante, onde pediram a cassação da referida decisão, para autorizar a gestante a realizar a antecipação do parto. Distribuído o processo ao Ministro Joaquim Barbosa, este, em seu relatório e voto, manifestou-se favoravelmente pela interrupção da gravidez, mas nada mais se podia fazer a respeito, uma vez que, durante a sessão, chegou ao conhecimento do Tribunal a informação da realização do parto, sobrevivendo o feto por apenas sete minutos, encerrando-se a sessão, com a conseqüente extinção do processo, pela perda do objeto.

Com o nascimento e subsequente morte do feto, O Supremo Tribunal Federal, de uma só vez, deixou de atender ao apelo da gestante, que, pacientemente – mas não sem angústia e sofrimento – aguardou a decisão da justiça brasileira, bem como deixou de aproveitar a oportunidade para promover uma reformulação de sua jurisprudência sobre o tema.⁴⁹

Uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), foi ajuizada perante o STF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS),

óbito, logo após o parto? (...) Não se pode impor à gestante o insuportável fardo de, ao longo de meses, prosseguir na gravidez já fadada ao insucesso. A morte do feto, logo após o parto, é inquestionável. Logo, infelizmente, nada se pode fazer para salvar o ser em formação.”

⁴⁸ **ANIS** – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e **THEMIS** – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. Ambas as organizações alegaram, em sede de *habeas corpus*, “a coação da liberdade por proibição de antecipação do parto, a inoportunidade do crime de aborto, a necessidade de tutela à saúde física e mental da paciente e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

⁴⁹ FERNANDES, Maira Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional**. In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 125.

no mês de junho de 2004. A Confederação pleiteava decisão do Supremo Tribunal no sentido de suspender todos os processos em andamento cuja discussão de mérito fosse a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo, de modo a assegurar às gestantes o direito à interrupção da gravidez e, ao médico, a possibilidade de realizá-la, bastando, para tanto, que um profissional médico atestasse a anencefalia, restando dispensável qualquer autorização de autoridade pública.

A CNTS pretendia que o STF reconhecesse que a interpretação dos artigos 124, 126, caput e 128 I e II, do Código Penal Brasileiro, levava inexoravelmente ao não cumprimento de preceito fundamental insculpido no art. 5º da Lei Maior, ou seja, alijava a gestante do direito à saúde. Assim, a ação tinha como fim demonstrar que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo tratava-se de conduta atípica, por não estar inserida nas hipóteses previstas nos referidos artigos.⁵⁰

Em decisão de 01.07.2004, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello deferiu o pedido de liminar, concedendo às gestantes de fetos anencefálicos o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial. Tal decisão foi parcialmente revogada numa sessão realizada no dia 20.10.2004, cujo objetivo era a análise de questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, acerca da legitimidade da ADPF como instrumento hábil para discutir o tema da interrupção de gravidez de feto portador de anencefalia.

Pelo voto da maioria dos Ministros, suspenderam-se os processos e decisões judiciais acerca do tema, mas foi negada a possibilidade de antecipação do parto ante a anencefalia do feto. Pedido de vista foi feito pelo Ministro Carlos Ayres Brito, o que fez com que a questão de ordem fosse suspensa e o Tribunal, em seguida, julgou a liminar antes concedida. Desta feita, a maioria dos Ministros decidir denegar a liminar.

Em novo julgamento realizado no dia 27.04.2005, a admissibilidade da ADPF foi aprovada pelo STF, que reconheceu a constitucionalidade da interrupção da gravidez, refutando a alegação contrária de que, ao assim agir, atuava como legislador positivo⁵¹. Ao contrário, firmou o entendimento de que interpretava o debate acerca do direito à vida intra-uterina do feto e à saúde da gestante à luz do texto constitucional.

Do ano de 2005 até 2011, várias foram as movimentações, no âmbito do STF, do processo de discussão acerca da ADPF. Audiências públicas foram realizadas, com a participação de entidades públicas e não-governamentais, além da Igreja

⁵⁰ FERNANDES, Máira Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional.** In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 126.

⁵¹ Votaram a favor da ADPF os Ministros Carlos Ayres Brito, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Marco Aurélio Mello, que foi seu relator e Joaquim Barbosa. Deste último, destaca-se o seguinte trecho de sua manifestação: *"Não tenho dúvidas de que centenas de mulheres espalhadas pelo País vêm sendo ou correm risco potencial de ser molestadas, ameaçadas, constrangidas por atos do poder público, caso venham a tomar a decisão, de profundo conteúdo autônomo, de interromper a gestação, se constatado, por atos médicos apropriados, que o feto de que são gestantes tem a deformação congênita denominada anencefalia. O risco de lesão a um direito fundamental da mulher parece-me evidente."*

Católica, em datas diversas, possibilitando a explanação e o exame das correntes de pensamento sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Espera-se ainda para o ano em curso a decisão final do Supremo Tribunal Federal.⁵²

Paralelo ao direito à vida do nascituro tem-se o direito à saúde da mulher. O direito à saúde é um dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal, sendo que a garantia de tal direito envolve não somente a proteção do direito em si, mas também a obrigação estatal em adotar medidas que resguardecem tal direito.

No que tange à interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, não se pode vislumbrar o exercício de tal direito reprodutivo por parte da mulher, sem que o Estado adote políticas públicas aptas a implementá-la na rede pública de saúde, o que só ocorrerá com a legalização do aborto por parte do legislador. Dessa forma, conclui-se que a criminalização do aborto, nessas circunstâncias, significa uma grave lesão ao direito à saúde feminina, porquanto a manutenção do estado gestacional gera graves riscos à sua saúde física e psíquica, vindo de encontro ao sentimento manifestado pela população brasileira, que tem opinado favoravelmente à antecipação do parto de feto portador de anencefalia.⁵³

Privar a mulher da liberdade de decidir pela manutenção ou interrupção da gravidez de feto anencéfalo somente agravará mais ainda sua saúde física e psíquica, uma vez que a solução para o problema, cuja decisão somente à mulher deve ser conferida, é a ela determinada, correndo o risco de, em assim não agindo, responder criminalmente e ser apenada pelo crime de aborto, conforme legislação vigente no país.⁵⁴ Destarte, deve-se garantir o direito de interromper a gravidez à gestante, *"pessoa cuja consciência está mais diretamente ligada à escolha, uma vez que será a mais atingida pelos riscos decorrentes de tal decisão."*⁵⁵

Questão fundamental é averiguar se a garantia da inviolabilidade do direito à vida, de cunho constitucional, restará violada com a interrupção da gravidez de feto anencefálico⁵⁶. As argumentações contrárias ao aborto, bem como à antecipação terapêutica do parto, fundamentam-se no direito à vida do feto.

⁵² O andamento processual da ADPF nº 54 pode ser feito pelo endereço eletrônico, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁵³ Em pesquisa encomendada pelas organizações não-governamentais Católicas pelo Direito de Decidir e Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e publicada na versão online do Jornal O Estadão, o IBOPE entrevistou 2.002 pessoas nas 24 unidades da federação, mais o Distrito Federal, entre 11 e 15 de setembro de 2008, utilizando como fonte de dados para a elaboração da amostra a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2005 e o Censo de 2000, ambos do IBGE. A pesquisa mostrou que 72% das mulheres católicas entrevistadas são a favor de que grávidas de feto anencéfalo tenham o direito de optar entre interromper a gestação ou mantê-la. O índice vai a 77% na faixa dos 25 aos 29 anos. Os entrevistados (77,6% da população em geral e 78,7 dos católicos) ainda afirmaram ser um dever dos hospitais públicos o atendimento à mulher que deseja interromper a gestação de feto anencéfalo. Entre os entrevistados com nível superior, o apoio ao atendimento nas instituições públicas sobe para 79% e entre moradores das capitais aumenta mais: chega a 84,2%. Os jovens, novamente, demonstraram maior concordância com a interrupção: 85% dos entrevistados entenderam que o atendimento deve ser obrigação do Estado. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,72-defendem-aborto-de-feto-anencefalo,267088,0.htm>. Acesso em: 11 ago. 2011.

⁵⁴ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**, p. 115.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida : aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 18.

⁵⁶ O direito à vida, além do art. 5º da Constituição Federal de 1988, encontra guarida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), prevendo, em seu art. 4º, que *"toda pessoa tem o direito de que se respeite*

Por ser a anencefalia uma anomalia fetal grave, tornando impossível a vida extra-uterina, cumpre afirmar que a proteção constitucional à vida dos fetos anencéfalos não pode ocorrer em grau de igualdade aos demais seres humanos, tampouco em detrimento aos direitos da mulher gestante. Assim, protege-se, de fato, tanto o direito à vida do feto quanto os direitos da mulher, com a prevalência destes, em razão da inviabilidade daquele.

Tem-se, então, que não há afronta ao direito à vida do feto, por ser este considerado um ser, embora vivo do ponto de vista biológico, mas, morto, do ponto de vista jurídico. Outra não pode ser o entendimento, se considerarmos que a má-formação fetal torna 100% impossível a vida extra-uterina do feto anencéfalo, sendo este considerado morto desde o momento da detecção da anomalia, não sendo titular, portanto, da garantia do direito à vida, insculpida no art. 5º da Constituição Federal de 1988.⁵⁷

Ora, a norma penal tem como objeto jurídico o direito à vida do feto, mas não uma vida precária ou efêmera. O quadro de anencefalia apresenta um ser natimorto, com a impossibilidade de vida extra-uterina. Resta claro que, não havendo vida a proteger, não se pode considerar ofendida tal garantia constitucional. A ausência de potencialidade de vida fora do útero faz com que seja atípica tanto a conduta da gestante, quanto a conduta do médico que realize o procedimento.⁵⁸

Por não haver qualquer possibilidade de sobrevivência fora do útero, o aborto de feto portador de anencefalia deve ser considerado de um ponto de vista diferente daquele que se deve ter quando da análise do aborto de feto viável, uma vez que, somente no caso deste, tem-se um autêntico conflito de princípios constitucionais, levando à necessidade de utilização da *ponderação*,⁵⁹ técnica pela qual adota-se um dos princípios na resolução do conflito, sem que isso signifique a invalidação do outro.⁶⁰

sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

⁵⁷ FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional.** In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 134. A autora, na mesma passagem, afirma que o crime de aborto somente existirá se a morte do feto for consequência direta da interrupção da gravidez, numa relação de causa/efeito, o que não ocorrerá na hipótese de feto anencéfalo, dada a inevitabilidade de sua morte.

⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1942. Sobre o tema, assim manifestou-se o autor: "O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresentar como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há [como] falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (...). Afirmando, ainda, que não estaria em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher."

⁵⁹ A ponderação "consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas." (BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios.** In: George Salomão Leite (coord.) **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2008).

⁶⁰ Para Alexy, o que ocorre é que "um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência." (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 94).

4. A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA MULHER

Impedir que a mulher possa decidir livremente sobre a manutenção ou interrupção de uma gravidez não desejada afronta não só as normas previstas no art. 5º da Constituição Federal, mas também todos os documentos internacionais que têm os direitos humanos como objeto central, aos quais o Brasil se comprometeu a respeitar e implementar.

Tal proibição faz com que seja exercido um controle discriminatório e injustificado sobre o corpo feminino, sua sexualidade e seus direitos de reprodução, afrontando um direito fundamental, uma vez que cabe à mulher – até porque é em seu corpo que o processo gestacional se desenvolverá – a melhor decisão a ser tomada. Outro não é o papel do Estado senão o de adotar todas as providências assumidas internamente e perante a ordem internacional, no sentido de garantia da autodeterminação das mulheres.⁶¹

Uma mulher a quem é negado o direito de interrupção de uma gravidez que não deseja não pode ser considerada sujeito de direitos, por viver subjugada a um sistema que não a reconhece como tal. Este é o entendimento de Dworkin⁶², para quem

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. (...) Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.

No sentido de reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres como integrantes do conjunto dos direitos humanos, vislumbra-se o disposto nas

⁶¹ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 88.

⁶² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida : aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 143.

Conferências do Cairo, de 1994⁶³ e de Beijing,⁶⁴ de 1995, que significaram um importante fortalecimento dos direitos, numa perspectiva de gênero.

Defender o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher conduz-nos, inexoravelmente, a admitir a violabilidade da vida do feto, num autêntico conflito entre direitos fundamentais, significando para o intérprete a necessidade de aplicação da regra da ponderação⁶⁵, fazendo com que ocorra a prevalência de um direito fundamental em detrimento do outro, sem que isso acarrete a invalidade de qualquer deles.

Na hipótese de conflito entre o direito à vida do feto e os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, ambos sob a proteção do art. 5º da Constituição Federal de 1988, deve-se fazer a devida ponderação entre os princípios, de modo que haja a prevalência dos direitos da mulher, consoante o direito interno e o sistema internacional dos direitos humanos, cujos tratados foram ratificados pelo Estado brasileiro.

Embora o legislador pátrio tenha positivado vários direitos relacionados ao bem-estar e desenvolvimento das mulheres, poucas medidas foram adotadas com vistas à sua regulamentação, constatando-se a ausência de providências concretas para a proteção e garantia dos direitos femininos.⁶⁶

Tome-se como exemplo a legislação acerca do aborto, que continua a incriminar a interrupção voluntária da gravidez, não obstante o Brasil ter ratificado todos os tratados internacionais que recomendavam a sua

⁶³ O princípio de nº 4 da Conferência Internacional do Cairo dispõe que a *"promoção da igualdade e a equidade de gênero e o empoderamento das mulheres e a eliminação de todos os tipos de violência contra as mulheres, e garantir a capacidade das mulheres de controlar sua própria fertilidade, são pilares da população e desenvolvimento relacionados com os programas. Os direitos humanos das mulheres e crianças do sexo feminino são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igualitária das mulheres na vida civil, cultural, econômico, político e social, nos níveis nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação em razão do sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional."*

⁶⁴ O Plano de Ação da Conferência Mundial de Pequim, em seu Capítulo I, item 2, *reafirma o princípio fundamental, estabelecido na Declaração e no Programa de Viena, aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, de que os direitos humanos das mulheres e das meninas são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Como programa de ação, a Plataforma objetiva promover e proteger o gozo pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as mulheres, ao longo de toda a vida."*

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167. O autor explica que tal regra *"expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula 'dentro das possibilidades jurídicas', aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só possível falar em pesos relativos."*

⁶⁶ Pesquisa realizada pela organização não-governamental Católicas pelo Direito de Decidir, durante os anos de 1989 e 2002, constatou que, em tal período, foram registrados 845 abortos legais no Brasil. A pesquisa envolveu 58 instituições nas 24 unidades da federação e, em 78% dos hospitais pesquisados, o máximo de procedimentos realizados foi de 30. Do total de 845, 270 foram realizados no Estado de São Paulo. A pesquisa também atestou que, embora o Código Penal Brasileiro autorize o aborto nas hipóteses de risco de morte à gestante ou no caso de gravidez decorrente de estupro, somente a partir do ano de 1989 o serviço passou a ser implantado na rede pública – e de forma precária -, ou seja, cinco décadas após a entrada em vigor do Diploma Penal, revelando o descaso do País quanto ao respeito e à proteção dos direitos reprodutivos femininos. Os dados da pesquisa estão disponíveis em: <http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=18934>. Acesso em 11 ago. 2011.

descriminalização, o que viola flagrantemente os direitos humanos das mulheres, na contramão do que decidiram vários países com legislação semelhante à brasileira.⁶⁷

Não obstante a criminalização do aborto na legislação brasileira, aliada à forte campanha da Igreja Católica e de organizações conservadoras, tem-se verificado um alto índice de interrupção voluntária de gravidez, que leva milhares de mulheres, todos os anos, a procurarem o sistema público de saúde, na busca do tratamento das complicações pela prática de aborto inseguro. A conclusão é óbvia: temos uma lei que, por não impedir aquilo que se propõe, é inócua, mas que leva um número considerável de mulheres – notadamente mulheres das camadas mais pobres da população -, à morte, justamente pela prática insegura a que são submetidas.

Em pesquisa realizada pela Federação Internacional de Planejamento Familiar (IPPF, na sigla em inglês), instituição que atua em 150 países, intitulada "Morte e Negação: Abortamento Inseguro e Pobreza", constatou-se que, no mundo, a cada ano, são realizados cerca de 46 milhões de abortos para interrupção de gravidez indesejada, dos quais 19 milhões são feitos de forma insegura e 70 mil resultam em morte materna.⁶⁸

Segundo a pesquisa, cerca de 96% dos abortos inseguros são praticados em países em desenvolvimento, sendo a América Latina responsável pelo percentual de 17%. A África está à frente do Brasil, com 58%. O Brasil possui uma estimativa de um milhão de abortos anuais, numa média de 2,07 abortos induzidos por grupo de 100 mulheres.

O número de abortos praticados no Brasil, não obstante sua criminalização, longe de proteger a vida, conduz à morte mulheres trabalhadoras que não têm outra saída diante de uma gravidez indesejada, a não ser a sua interrupção de forma insegura, revelando o fracasso duplo do Estado, pois, por um lado, não impede a prática abortiva no País e, por outro, revela-se incapaz de proteger as vidas das mulheres brasileiras.⁶⁹

⁶⁷ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 90.

⁶⁸ A pesquisa destaca o exemplo da Romênia, onde o taxa de mortalidade materna caiu depois que uma lei que proibia o aborto foi revogada. A lei havia sido aprovada em 1966. Entre 1964 e 1988, a mortalidade materna no país subiu de 80 mortes por grupo de 100 mil nascidos vivos para 180 mortes. Após a revogação da lei, a taxa de mortalidade caiu para 40 mortes para cada 100 mil nascidos vivos. Os dados da pesquisa podem ser consultados no site da IPPF, em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3300&Itemid=1. Acesso em 14 ago. 2011.

⁶⁹ Para o diretor-geral da Federação Internacional de Planejamento Familiar, Steven Sinding, "*o abortamento inseguro é uma das maiores causas de mortalidade materna em todo o mundo: uma tragédia humana que poderia ser evitada e que revela o fracasso dos governos nacionais e da comunidade internacional em solucionar um tema de saúde pública e que perpetua uma das maiores injustiças sociais, separando as nações ricas das pobres.*" Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3300&Itemid=1. Acesso em 14 ago. 2011. Nesse sentido ver também ÉBOLI, Evandro. **Aborto de alto risco é a terceira causa de morte materna no país**. O Globo, Rio de Janeiro, 20 de maio de 2007. Caderno O País. p. 3.

A Federação Internacional de Planejamento Familiar calculou ainda a ocorrência de um caso de aborto em cada grupo de 138 adolescentes na região Norte⁷⁰. Na Região, Sul, o percentual é de um aborto em cada grupo de 318 adolescentes, o que revela, mais uma vez, que as regiões mais pobres do País são as que apontam para um maior número de casos de interrupção de gravidez. Isso nos leva a conclusão óbvia de que a falta de acesso aos direitos fundamentais da pessoa humana tem um efeito determinante no alto índice de abortos praticados no Brasil. Nesse sentido,

Entre as mulheres que morrem por complicações pós-aborto, a grande parte é oriunda das camadas pobres da sociedade: mulheres jovens, pobres, negras, com baixa escolaridade e em sua maioria legalmente solteiras, o que demonstra que quem mais sofre com os efeitos da ilegalidade do aborto são as mulheres desprovidas do acesso aos serviços públicos tais como educação, saúde, assistência social, mostrando, além da desigualdade de gênero, uma desigualdade social no que se refere aos efeitos do aborto inseguro e clandestino.⁷¹

Cumprir reafirmar que a criminalização do aborto no Brasil não atinge somente o direito à autonomia reprodutiva da mulher, mas outros direitos humanos fundamentais a ela inerentes. Isso porque o modelo repressivo da lei penal relativa ao aborto deixa transparecer a vulnerabilidade feminina, por ser a mulher a única a ser responsabilizada pela decisão de interromper uma gravidez indesejada, sofrendo, sozinha, a violação do seu direito à vida, à saúde, à não-discriminação de gênero, à liberdade e à autonomia, além do direito de não ser tratada de forma desumana.⁷²

Infelizmente, quando se trata de exemplos negativos na temática dos direitos humanos, o Brasil está fadado a sempre possuir papel de destaque, pelo descumprimento de preceitos fundamentais previstos tanto na Constituição Federal quanto nos tratados internacionais dos quais é signatário. Para ilustrar, temos o fato ocorrido na Cidade de Alagoinha, Estado do Pernambuco, onde uma criança de apenas 9 anos de idade – cujos abusos sexuais tiveram início quando a vítima tinha apenas 6 anos de idade –, foi estuprada por seu padrasto e engravidou de gêmeos.

⁷⁰ Segundo a diretora da IPPF, Carmem Barroso, é preocupante o índice de abortos praticados pelas mulheres brasileiras, que engravidam cada vez mais cedo, aumentando o número de abortos entre as meninas e as adolescentes. Em 2005 foram registrados 2.781 atendimentos no Sistema Único de Saúde (SUS) de meninas de 10 a 14 anos para tratamento de complicações pós-aborto. Entre as mulheres de 15 a 19 anos, foram 46.504 atendimentos. Carmem Barroso, para quem o problema assume um caráter coletivo, e não individual, “as meninas de 10 a 14 anos são as que têm menos informações e menos recursos para evitar uma gravidez e menos recursos para se submeter a um aborto mais seguro.” Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3300&Itemid=1. Acesso em 14 ago. 2011

⁷¹ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 93.

⁷² EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**, p. 92.

Cuidava-se de um caso concreto em que, a um só tempo, as duas únicas previsões legais de autorização de interrupção de gravidez fizeram-se presentes: tanto a vítima fora estuprada pelo infrator – no caso, seu padrasto, sendo que a genitora da menor tinha conhecimento dos abusos por aqueles praticados –, quanto havia riscos concretos para sua vida, em razão de sua estrutura corporal não ser capaz de suportar um feto em desenvolvimento.

A gravidez foi descoberta no dia 25 de fevereiro de 2009, quando a menor foi levada a uma casa de saúde num município vizinho, em razão de sentir dores abdominais, vômitos, dores de cabeça e tontura.⁷³ Descoberto o quadro gestacional pelos médicos, comunicou-se a Polícia e teve início, a partir de então, uma batalha entre aqueles que defendiam o direito à vida do feto – capitaneados pela Igreja Católica –, e instituições de defesa dos direitos da mulher, que pugnavam pela interrupção da gravidez, lastreados pela previsão do art. 128 do Código Penal Brasileiro que, em seus dois incisos, autorizam o aborto.

O Arcebispo de Olinda e Recife, Dom José Cardoso Sobrinho, manifestou-se contrário à interrupção da gravidez, afirmando que *"a menina engravidou de maneira totalmente injusta, mas devemos salvar vidas"*,⁷⁴ numa declaração claramente a favor da vida do feto, desconsiderando o fato de que a gravidez decorria da prática de um crime hediondo, praticado pelo padrasto da menor, bem como os riscos à saúde à vida da criança.

No dia 4 de março de 2009, o aborto foi realizado numa unidade hospitalar da Cidade de Recife, com todos os cuidados médicos e psicológicos que o caso exigia. Ao tomar conhecimento do procedimento, Dom José Cardoso declarou que todos os que participaram da interrupção da gravidez, com exceção da menor, seriam excomungados automaticamente da Igreja Católica. Instado a se manifestar acerca do fato de o estuprador não sofrer tal punição, de acordo com as leis da Santa Igreja, afirmou que *"o aborto é um crime pior que o estupro"*, reafirmando o posicionamento definitivo da Igreja Católica quanto à questão, no que foi apoiado pelo Vaticano.⁷⁵

O episódio demonstra a contradição da Igreja Católica, que simplesmente ignorou os ideais cristãos referentes à proteção a que fazia jus uma criança de 9 anos de idade, desprovida de qualquer possibilidade – seja do ponto de vista

⁷³ MAGENTA, Matheus. **Menina de 9 anos estuprada interrompe gravidez de gêmeos em Recife (PE)**. Folha.com. Caderno Cotidiano, 04 mar. 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/foalha/cotidiano/ult95u529301.shtml>. Acesso em 14 ago. 2011.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.paulopes.com.br/2009/03/igreja-tentou-impedir-aborto-em-menina.html>. acesso em: 14 ago. 2011.

⁷⁵ O Cardeal Giovanni Batista Re, em declarações feitas ao jornal italiano La Stampa, em matéria publicada no site do Jornal O Estado de São Paulo, firmou o apoio ao arcebispo brasileiro, alegando que *"os gêmeos tinham o direito de viver"*, declarando como injustas as críticas feitas contra a Igreja Católica brasileira e que o arcebispo estava correto ao excomungar a mãe e a equipe médica que atuou na interrupção da gravidez. Disse ainda que se trata de *"um caso triste, mas o problema real é que os gêmeos concebidos eram pessoas inocentes que tinham o direito de viver e não podiam ser eliminados"*. As declarações do Cardeal Giovanni Batista estão disponíveis em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,vaticano-apoia-excomunhao-apos-aborto-no-brasil>. Acesso em 14 ago. 2011.

físico, emocional ou psicológico –, de dar continuidade àquela gravidez decorrente de um crime brutal, cujas conseqüências para sua vida seriam desastrosas.

Não se pode olvidar que a mesma disposição demonstrada pela Santa Igreja brasileira e referendada pelo Vaticano, em expulsar da Igreja pessoas que agiram amparada pela lei e de forma legítima – no sentido de salvar a vida de uma criança abusada sexualmente, humilhada e exposta publicamente –, não é demonstrada quanto às condutas de padres envolvidos em toda sorte de crimes sexuais e que, uma vez descobertos, contam com toda a solidariedade de sua Instituição. No máximo, a Igreja busca admitir os erros de seus membros, participa de acordos onde paga quantias milionárias às vítimas – a maioria, crianças e adolescentes –, mas, em momento algum, ventila a possibilidade de expulsar de suas fileiras os autores desses bárbaros crimes, tampouco ameaça excomungá-los, como fez com a equipe médica e a genitora da menor gestante.⁷⁶

Em pesquisa realizada no mês de julho de 2009 pelo IBGE,⁷⁷ encomendada pela organização não-governamental Católicas pelo Direito de Decidir (CDD) e realizada em 142 municípios de todas as regiões do País, a população reprovou a atitude da Igreja Católica. Formulou-se a seguinte indagação: *"O arcebispo excomungou, ou seja, expulsou da Igreja Católica a mãe da menina e a equipe médica que realizou o aborto. O (a) Sr.(a) concorda ou discorda da atitude do arcebispo nesta situação?"*. 86% dos entrevistados discordaram da excomunhão e concordaram com a afirmação do Ministro da Saúde, José Temporão, que classificou de "radical" e "inadequada" a postura do representante da Igreja Católica e afirmou que *"a lei é clara e garante o aborto, pois foi resultado de estupro e a menina corria risco de vida."*⁷⁸

71 % dos entrevistados consideraram uma violência a atitude do arcebispo, porquanto tentou impedir a realização do aborto e, posteriormente, condenou religiosamente os envolvidos. O caso em comento possibilita que afirmemos a existência de um forte sentimento de compaixão e solidariedade na população

⁷⁶ O jornal O Estado de São Paulo, no dia 09.12.2010, informou que, na Holanda, foi elaborado um relatório por uma comissão indicada pela Igreja Católica, por solicitação da Conferência dos Bispos da Holanda, após a opinião pública tomar conhecimento de casos de pedofilia envolvendo padres na própria Holanda, na Bélgica, na Irlanda, na Alemanha, na Austrália, no Canadá e nos Estados Unidos da América. A comissão chegou ao número impressionante de 1.975 casos de abuso sexual e físico na infância e adolescência das vítimas, desde o ano de 1945, números que obrigaram o papa Bento XVI a pedir desculpas às vítimas de abuso sexual cometidos por padres católicos. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,relatorio-holandes-registra-1975-casos-de-abuso-por-religiosos,651726,0.htm>. Acesso em 14 ago. 2011. Mais recentemente, o mesmo matutino, em 18.01.2011, noticiou que uma carta escrita por um bispo do Vaticano, escrita em 1997 e divulgada recentemente, pedia aos bispos católicos da Irlanda que não relatassem à polícia todos os casos de suspeita de abuso sexual contra crianças. O documento informava que a Igreja não pretendia entregar as informações às autoridades civis e que resolveria a questão internamente, significando que não só a Igreja sancionava a proteção aos padres pedófilos, como a própria Santa Sé assim o determinava, num afronta histórico à dignidade da pessoa humana. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,vaticano-ordenou-bispos-irlandeses-a-nao-relatar-abusos,667865,0.htm>. Acesso em 14 ago. 2011.

⁷⁷ Disponível em: <http://catolicasonline.org.br/ExibicaoNoticia.aspx?cod=554>. Acesso em: 15 ago. 2011

⁷⁸ Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3616261-EI5030,00-Arcebispo+critica+aborto+em+criancas+vítimas+de+estupro.html>. Acesso em: 15 ago. 2011.

brasileira quanto ao tema, que vai de encontro à criminalização da conduta dos médicos e de todos que participaram de alguma maneira no evento, sem contar o forte repúdio que as pessoas demonstraram quanto ao posicionamento assumido pela Igreja Católica.

Em novembro de 2010, o IBOPE realizou nova pesquisa sobre como a população vê a prática do aborto⁷⁹. 2002 pessoas foram ouvidas em 14 capitais brasileiras e demonstraram que avançou no país o sentimento de respeito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, ainda que presente a resistência da Igreja Católica e de setores conservadores da sociedade brasileira.

À população foram realizados questionamentos sobre: a) o direito de a mulher interromper a gravidez em casos específicos; b) quem deve decidir pela interrupção de uma gravidez não desejada e; c) a posição que deve ser adotada pelo Estado frente a uma gravidez decorrente de estupro.

Ao primeiro questionamento, 66% concordaram que a mulher tem o direito de interromper a gravidez em caso de risco para sua vida, 65% quando o feto não tem chance alguma de sobrevivência fora do útero e 52% reconheceram o direito de a mulher praticar o aborto na hipótese de gravidez decorrente de estupro. Nenhuma novidade quanto às duas hipóteses já previstas no art. 128 do Código Penal (risco à vida da gestante e estupro), de amplo conhecimento da população brasileira. Todavia, nota-se que a sociedade aceita majoritariamente a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, o que revela o anacronismo do Código Penal Brasileiro ao não prever expressamente tal situação.

À pergunta sobre quem deve decidir pela interrupção de uma gravidez não desejada, 61% declararam que cabe à mulher tal decisão e apenas 4% concordaram que o homem deve decidir. Houve ainda quem entendesse que o poder de decisão cabe ao marido/parceiro (6%), à Igreja (3%), ao Poder Judiciário (5%), ao Presidente da República (2%) e ao Congresso Nacional (1%). Os números falam por si: à mulher, e a mais ninguém, cabe decidir pela conveniência ou não de uma gravidez não desejada, consoante o direito fundamental à liberdade de autonomia reprodutiva e em atenção aos documentos elaborados pelo sistema internacional de direitos humanos das mulheres.

Ao terceiro questionamento, sobre que posição deve ser adotada pelo Estado no caso de uma gravidez decorrente de estupro, somente 4% manifestaram-se favoráveis à prisão da mulher, enquanto 48% entenderam que a mulher deveria ser convencida a prosseguir na gravidez, com o recebimento de uma pensão paga pelo Estado e 40% opinaram que o sistema público de saúde deveria prestar assistência à mulher para a prática do aborto, caso esta fosse a sua vontade. Chamou a atenção, no que pertine às mulheres entrevistadas, a posição

⁷⁹ Disponível em: <http://catolicasonline.org.br/ExibicaoNoticia.aspx?cod=1248>. Acesso em: 15 ago. 2011.

adotada pelas mulheres católicas e pelas evangélicas, porquanto aquelas demonstraram menor concordância a que a mulher seja convencida pelo governo a não fazer o aborto e aceitar uma pensão paga pelos cofres públicos.⁸⁰

A pesquisa entrevistou pessoas que se declararam católicas e com um posicionamento diferente daquela assumida pela Igreja, uma vez que afirmaram ser favoráveis ao direito de decidir das mulheres quanto à sua própria reprodução, revelando uma contradição quanto àquilo que elas defendem e a doutrina da instituição religiosa a qual pertencem. Não se pode olvidar que devem ser respeitados os posicionamentos religiosos e morais daqueles que não aceitam o aborto em toda e qualquer situação, mas isso não se pode querer estender genericamente aos que entendam de modo diverso.⁸¹

O aborto deve ser descriminalizado no Brasil, passando a ser tratado não mais como um caso de polícia, mas como um caso de saúde pública, considerando-se esta como um direito fundamental insculpido na Constituição Federal de 1988, sendo imprescindível, portanto, a garantia da implementação de tal direito na rede pública de saúde.

O direito à liberdade de autonomia de reprodução feminina deve ser garantido e exercido junto ao sistema de saúde pública do País, afiançado que está pela Carta de 1988 e pelos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro por meio de vários tratados internacionais, com destaque para as Conferências do Cairo (1994) e Beijing (1995).⁸²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos crimes cometidos contra a vida humana, aquele que suscita mais discussões acaloradas e, por que não dizer, apaixonadas, certamente, é o aborto.

A interrupção da gravidez está intrinsecamente relacionada aos direitos sexuais e de reprodução femininos, merecendo destaque nos últimos encontros internacionais em que os direitos das mulheres foram seriamente discutidos.

⁸⁰ Disponível em: <http://catolicasonline.org.br/ExibicaoNoticia.aspx?cod=1248>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁸¹ PIMENTEL, Silvia. **Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. Assim temos falado há décadas.** In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. Afirma ainda a autora que *“o respeito à diversidade e à pluralidade, valores tão cultuados nesse nosso século XXI, deve ser mais do que simples retórica, deve traduzir-se em razões concretas. Exemplo concreto de respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental constitucional, é acatar, (não necessariamente concordar) a vontade de uma menina, adolescente ou mulher que não queira/possa dar à luz fruto de um hediondo estupro.”*

⁸² PIMENTEL, Silvia. **Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. Assim temos falado há décadas.** In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**, p. 180.

O Estado brasileiro assumiu, frente à comunidade internacional, o compromisso de, internamente, criar, implementar e garantir condições para que as mulheres tenham seus direitos respeitados. Nesse sentido, ganha relevo a efetivação dos direitos à liberdade de autonomia reprodutiva e sexuais, significando, em última análise, que à mulher cabe a decisão acerca de sua reprodução.

Nas últimas décadas temos assistido a evolução dos direitos humanos e sua valorização pelos Estados, servindo as experiências trágicas da humanidade como escopo para sua positivação nas Constituições internas, elevando-os à categoria de cláusulas pétreas e, com isso, tratando de salvaguardá-los do arbítrio do próprio Estado.

Os direitos sexuais e de reprodução foram reconhecidos pela comunidade internacional como autênticos direitos humanos, sendo referendados da mesma maneira pelos Estados participantes das Convenções e Conferências mundiais sobre os direitos das mulheres.

Da Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, até os dias atuais, vários foram os momentos em que representantes da maioria dos países participaram de discussões acerca dos direitos humanos, principalmente para tratar dos direitos das minorias e daqueles considerados mais fracos, como as crianças, os negros, os homossexuais e as mulheres.

Vários foram os encontros, como vários foram os documentos produzidos e por todos ratificados, com o compromisso de, no direito interno de cada país, serem implementadas as diretrizes acordadas. Os anos se passaram e os países, alguns em maior, outros em menor grau, efetivamente cumpriram com os ideais aos quais se comprometeram perante o mundo.

O aborto sem restrição foi legalizado em vários países. Em outros, legalizou-se a interrupção da gravidez com reservas. Debates acalorados foram realizados, onde os setores organizados da sociedade manifestaram sua posição sobre tal polêmico tema. No Brasil, razões históricas, políticas, de cunho moral e religioso, travam o debate, fazendo com que deixemos de impedir a morte de milhares de mulheres pobres todos os anos, por se submeterem a um aborto sem condição alguma de dignidade.

A população, por meio de pesquisas sérias de opinião, dá sinais de que o tema não é mais considerado um tabu. Ao contrário, em todas as pesquisas citadas neste trabalho, manifestou-se favoravelmente à mulher, quando questionada sobre a quem competia decidir pela interrupção ou continuidade do quadro gestacional. Um avanço na temática dos direitos femininos que a Igreja Católica e setores conservadores da sociedade brasileira ignoram conscientemente.

O parlamento brasileiro, de onde deveríamos esperar ventos de modernidade e respeito as direitos das mulheres, não só impede o trâmite de projetos que fazem alusão ao tema, como ensaiam entregar à sociedade brasileira – formada,

em sua maioria, por mulheres –, projetos que são um flagrante desrespeito a direitos já consolidados constitucionalmente e um retrocesso histórico, a exemplo do infeliz Estatuto do Nascituro que, se aprovado, impedirá a mulher vítima de estupro de interromper a gravidez, obrigando-a levar a termo o estado gestacional para, em contrapartida, ser “beneficiada” com uma pensão – batizada de “bolsa-estupro” – paga pelo próprio estuprador ou pelo Estado, numa bizarrice que só se justifica na cabeça daqueles que não têm a menor noção sobre o significado da expressão *dignidade da pessoa humana*.

À mulher brasileira, igual às mulheres em todos os cantos do planeta, sempre foi reservado o papel de subalterna do arbítrio masculino, sendo assim desde o Brasil-Colônia – onde era vista como um mero ser reprodutor –, até os dias atuais, embora a legislação pátria em muito tenha avançado no reconhecimento dos direitos femininos. Obviamente, tal ocorreu não pela benevolência ou conscientização do Estado brasileiro frente à condição feminina, mas, fundamentalmente, pela capacidade de organização e de luta do movimento feminista no Brasil e no mundo, responsáveis por poderosa participação nos eventos mundiais sobre direitos humanos das mulheres.

É, pois, graças às próprias mulheres que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro, por exemplo, consagraram os ideais de igualdade e fraternidade entre homens e mulheres, fazendo com que muito se avançasse na efetivação dos compromissos assumidos internacionalmente. Não obstante, muito deve ser feito, ainda, na busca pela igualdade material entre os gêneros. A legislação criminal brasileira, por exemplo, deve ser urgentemente revista, de modo a suprimir do texto legal dispositivos que afrontam os direitos de reprodução das mulheres, como os artigos 124 a 127, referentes ao aborto, tipificados no Código Penal Brasileiro.

Descriminalizar o aborto no Brasil não visa apenas ao cumprimento do disposto nos documentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, mas, fundamentalmente, a tratar as mulheres brasileiras como verdadeiras cidadãs, conscientes de suas obrigações e direitos, conferindo-lhes o papel que sempre mereceram na História e que, por ignorância ou indignidade, teimamos em lhes negar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**. In: **Dignidade da vida humana**. Alfredo Domingues Barbosa Migliore... [et al] (coordenadores). – São Paulo : LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. In: George Salomão Leite (coord.) **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2008.

DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia**. 2ª ed. - São Paulo: Unesp, 2009.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anencefalia fetal**. Brasília: Ed. Letras Livres, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. – 2ª. Ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ÉBOLI, Evandro. **Aborto de alto risco é a terceira causa de morte materna no país**. O Globo, Rio de Janeiro, 20 de maio de 2007. Caderno O País. p. 3.

EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des) criminalização, direitos humanos, democracia**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Máira Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

FRIGÉRIO, Marcos Valentim. **Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil**. In: **Revista brasileira de ciências criminais (RBCC)**, ano 11, jan.-mar. 2003.

GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos graves à saúde da mulher**. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org). **Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Editora Letras Livres, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MAGENTA, Matheus. **Menina de 9 anos estuprada interrompe gravidez de gêmeos em Recife (PE)**. Folha.com. Caderno Cotidiano, 04 mar. 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u529301.shtml>. Acesso em 14 ago. 2011.

PIMENTEL, Sílvia. **Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. Assim temos falado há décadas**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2007.

PORTUGAL. Diário da República n° 183, de 10.8.1998, disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/1998/08/183A00/38563857.PDF>. Acesso em 19 jul. 2011.

PORTUGAL. Diário da República n° 75, de 17.4.2007, disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2007/04/07500/24172418.PDF>. acesso em 19 jul. 2011.

REZENDE, Jorge de e MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. **Obstetrícia Fundamental**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 9ª ed., 2003.

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Biodeterminismo e direitos humanos das mulheres : da diferença à igualdade?** In: **Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente de Paulo Barreto**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coords.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2007.