

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN: 2319-0159

Recebido em: 26/05/2020

Aprovado em: 18/12/2020

O direito à vida e a interrupção voluntária da gravidez em perspectiva comparada: uma análise crítica das principais decisões das Cortes Constitucionais da Bolívia e dos Estados Unidos

The Right to Life and voluntary interruption of pregnancy: *a critical analysis of the main decisions in the Bolivian and the United States Constitutional Courts*

Hamilton Gonçalves Ferraz¹

Universidade Federal Fluminense – Rio de Janeiro/RJ

ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-0471-2529>

RESUMO: Este artigo visa analisar a interrupção voluntária de gravidez a partir do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA), realizando estudos de caso comparativos da Sentença Constitucional Plurinacional 0206/2014 (Bolívia), em contraposição às decisões da jurisprudência dos Estados Unidos, notadamente, os casos *Roe v. Wade*, 1973 e *Harris v. McRae*, 1980. Para tanto, faz-se breve análise do modelo constitucional e apresenta-se o debate do aborto, analisando, após, os precedentes boliviano e estadunidenses. Ao final, é feita análise crítica das decisões, destacando pontos relevantes e controvertidos. O resultado principal desta pesquisa é que o constitucionalismo crítico e social boliviano produziu uma decisão essencialmente conservadora, mais do que o paradigma liberal americano. Dadas contradições e paradoxos entre os dois modelos de constitucionalismo e as formas com que decidiram a interrupção voluntária da gravidez, teorias e modelos constitucionais são meros meios, e não fins em si mesmos e não garantem, na realidade prática, por si só, minorias dos abusos de majorias. Esta é uma lição que implica não em desestímulo ou desesperança, mas em um desafio permanente: lutar pela efetividade de direitos e garantias *onde e como quer que seja*, aprendendo com cada vitória e derrota ao longo do caminho.

¹ Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio), com Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal (UERJ). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé (40H/DE). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu Residência Jurídica em Resolução de Conflitos (UFF).



Palavras-chave: Bolívia. Cortes Constitucionais. Direito à Vida. Estados Unidos. Interrupção voluntária da gravidez.

ABSTRACT: This article analyzes the voluntary interruption of pregnancy from the perspective of New Latin-American Constitutionalism studies, exploring a case study on Plurinational Constitutional Sentence 0206/2014. For this purpose, an analysis on this constitutional model is made; the abortion debate is presented, investigating the Bolivian and American precedents. Finally, a critical review on the decisions is formulated, highlighting its relevant and controversial points. The main result of this research is that Bolivia's critical and social constitutionalism produced an essentially conservative decision, more than United States' liberal paradigm. Given the contradictions and paradoxes between both models of constitutionalism and the ways from which voluntary interruption of pregnancy has been decided, theories and constitutional designs are no more than means, not ends in themselves and does not protect, in practical reality, minorities from the abuse of majorities. This is a lesson that does not imply in discouragement or hopelessness, but in a permanent challenge: to fight for the effectiveness of rights and guarantees *wherever and however* it may be, learning from each victory and defeat along the way.

Keywords: Bolivia. Constitutional Courts. Right to life. Voluntary interruption of pregnancy. United States.

SUMÁRIO: SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVES LINHAS SOBRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. 2. O DEBATE DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DESDE O BRASIL. 2.1. Breves notas sobre Criminologia Crítica feminista e a criminalização brasileira do aborto. 2.2. Identificando os direitos e interesses em jogo no debate. 3. A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ PARA ALÉM DOS PARLAMENTOS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A SENTENÇA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0206/2014, BOLÍVIA E OS CASOS ROE V. WADE, 1973 E HARRIS V. McRAE, 1980. 3.1. A Sentença Constitucional Plurinacional 0206/2014, Bolívia. 3.2. Os casos da Suprema Corte dos Estados Unidos. 3.2.1. Roe v. Wade, 1973. 3.2.2. Harris v. McRae, 1980. 3.2.3. A leitura crítica de Catharine MacKinnon sobre os precedentes estadunidenses. 3.3 O que emerge a partir da comparação dos julgados boliviano e estadunidenses? CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Poucos temas no Direito são tão intensamente disputados e debatidos quanto a legalização da interrupção voluntária da gravidez – ou, simplesmente, aborto. A ambivalência da discussão é latente: se, por um lado, se tem a impressão de haver certo esgotamento e repetição das argumentações favoráveis ou contrárias, por outro, o tema parece se encontrar em permanente estado de urgência, demandando sempre novos estudos, argumentos e contribuições.

Percebe-se, de modo geral, que enquanto há certa inclinação nos países ocidentais (tanto no Norte quanto no Sul Global) de se admitir uma flexibilização, abertura e regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, há países (como o Brasil) em que movimentos conservadores e autoritários parecem ganhar cada vez mais espaço e poder político.

Sendo um tema tão controvertido, seja na academia, nas ruas, no parlamento, nos templos religiosos ou mesmo em reuniões sociais, é necessário um posicionamento prévio em relação à seguinte indagação: se os limites da vida e a interrupção da gravidez são assuntos que ocupam principalmente a arena pública e política, há legitimidade e capacidade institucional de análise, discussão e decisão por parte do Judiciário? Não seria este um debate mais adequado às tribunas e palanques do Congresso Nacional do que aos bancos e mesas de magistrados?

É verdade que, em tese, em Estados minimamente democráticos, é a lei (elaborada por representantes do povo) que costuma definir os marcos temporais, as hipóteses e a regulamentação jurídica da interrupção voluntária da gravidez – e é necessário que assim continue sendo. Entretanto, o idealismo do modelo não resiste ao primeiro sopro de uma realidade conflitiva, contraditória, desigual e excludente. Como frequentemente ocorre quando direitos fundamentais são confiados exclusivamente às leis, as imperfeições e vícios destas põem aqueles em constante risco de ofensa e desrespeito. Daí, portanto, a necessidade, legitimidade e responsabilidade de juízes e tribunais em uma democracia constitucional no exercício da jurisdição constitucional: resguardar direitos fundamentais, fazendo-o, não raramente, de forma contra-hegemônica.

De modo a contribuir para as discussões dos limites do constitucionalismo no debate da interrupção voluntária da gravidez – o que, no Brasil, é de suma importância, tendo em vista a tramitação da ADPF 442, principal ação para discussão da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no país -, o presente trabalho consiste em estudos de caso comparativos, com relevo a aspectos penais e constitucionais², elaborados a partir de pesquisa teórica documental, bibliográfica e jurisprudencial acerca da Sentença Constitucional Plurinacional 0206/2014, oriunda do Tribunal Plurinacional da Bolívia³, que analisou a constitucionalidade de uma série de dispositivos do Código Penal boliviano que afetavam direitos das mulheres – dentre os quais, a autonomia reprodutiva, o direito ao próprio corpo e, conseqüentemente, a interrupção voluntária da gravidez -, em comparação às decisões em *Roe v. Wade*, 1973 e *Harris v. McRae*, 1980, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Tendo em vista que a Bolívia é um dos polos de referência do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-americano”, modelo constitucional inovador e com aspectos e características próprias, intenta-se verificar se houve influência deste modelo na fundamentação e no dispositivo do referido julgado, bem como realizar uma análise crítica sobre ambos os julgados, buscando observar semelhanças e diferenças na maneira como a temática da legalização do aborto é abordada em cada uma das respectivas tradições jurídicas e constitucionais.

Para tanto, em um primeiro momento, será feita análise a respeito do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-americano” (NCLA); após, serão realizadas breves considerações sobre o debate da legalização da interrupção voluntária de gravidez, tendo por marco inicial um breve mapeamento do debate no direito penal e constitucional brasileiros; na sequência, apresenta-se o caso levado à Corte boliviana e os casos estadunidenses e, a título conclusivo, é efetuada a análise em relação a

² Fez-se este esclarecimento pois se sabe da amplitude e variedade de perspectivas no tema da interrupção voluntária da gravidez, que afeta áreas como Bioética, Biodireito, os fundamentos atinentes à autonomia, discussões sobre o estatuto jurídico do nascituro, dentre outras. Em que pese a importância destes campos de debate, interessam aqui mais especificamente seus desdobramentos penais e constitucionais.

³ A Sentença já foi objeto de estudo (conferir FERRAZ, Hamilton Gonçalves; COUTO, Maria Cláudia Giroto. O Aborto e o NCLA: o caso boliviano. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, V. 10, N. 3, 2019, p. 1812-1833), a que aqui se pretende dar continuidade e aprofundamento.

estes julgados, identificando pontos de contato e distanciamento a partir de uma leitura crítica de gênero.

1. BREVES LINHAS SOBRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O NCLA é considerado, de acordo com Ana Micaela Alterio, uma corrente constitucional em construção doutrinária⁴. Suas bases seriam os movimentos sociais populares constituintes e as de países da América Latina.⁵ Os problemas centrais para o NCLA são, na visão da autora, a marginalização político-social de certos grupos – em especial, dos povos originários⁶ – e a desigualdade social resultante da adoção de políticas neoliberais. Em sua percepção, o NCLA pretende ser plenamente

⁴ ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del Constitucionalismo contemporâneo a debate. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, p. 227-306.

⁵ O rol de países que se enquadram no movimento do NCLA não é pacífico na doutrina. Se, por exemplo, autores como Uprimny (UPRIMNY, Rodrigo. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 109-137) consideram um amplo rol de participantes no movimento, como Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (1998 e 2008) e Bolívia (2009), outros, como Salazar Ugarte (SALAZAR UGARTE, Pedro. *El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: una perspectiva crítica*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>, acesso em 25 mar 2018), restringem o rol a apenas Equador, Bolívia e Venezuela. Já Antonio Carlos Wolkmer e Lucas Machado Fagundes defendem que o constitucionalismo latino-americano contemporâneo pode ser dividido em ciclos: um primeiro ciclo pautado na descentralização do poder (Brasil e Colômbia), um segundo ciclo, que amplia mecanismos de democracia participativa (Venezuela), e um terceiro ciclo, no qual se aprofundam direitos das populações originárias e da construção de Estados Plurinacionais (Equador e Bolívia) (WOLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. *Pensar – Revista de Ciências jurídicas* v. 16, n. 2 de jul./dez., 2011, p. 371-408).

⁶ Apesar de se adotar, em termos descritivos, o NCLA como marco teórico para o trabalho, não se desconhece – aliás, ratifica-se – a crítica relativa ao silêncio e ausência quanto às opressões sofridas pela população negra, o que não torna o movimento, entretanto, menos legítimo; cuidam-se, em nosso sentir, de desafios e questões a serem mais discutidas e tratadas no interior do NCLA. Sobre isto, conferir Gabrielle Sá (SÁ, Gabrielle Barreto de. *A América Afro-Latina enquanto um desafio ao novo constitucionalismo latino-americano: o caso dos afro-bolivianos*. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTAMARIA, Rosember Ariza; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; CALEIRO, Manuel. *Estados e povos na América Latina plural*. Goiânia: PUC Goiás, 2016, p. 293-315) e Evandro Duarte (DUARTE, Charles Piza Duarte; SÁ, Gabriela Barreto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Os locais e as ausências da diáspora africana no Novo Constitucionalismo Latino-americano*. In: *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina* (2016). Disponível em: <http://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/DUARTE-SA%CC%81-QUEIROZ-SP21-Anais-do-II-Simp%3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>. Acesso em 25 mar 2018).

normativo e constituir um Estado Constitucional, tendo por principal objetivo a constitucionalização do ordenamento jurídico. Importa notar como o NCLA supera o conceito de constituição como limitadora do poder constituído e avança na definição desta como fórmula democrática onde o poder constituinte expressa sua vontade.

Alterio analisa os modelos de constitucionalismo (no caso, neoconstitucionalismo, constitucionalismo popular e NCLA) em cinco aspectos: (a) pretensões normativas; (b) modelos de legitimidade democrática; (c) institucionalização do controle de constitucionalidade proposto por cada teoria; (d) teorias da democracia em cada modelo; e, por fim, (e) relações entre direito constitucional e política.

O modelo de legitimidade do NCLA seria um modelo procedimentalista débil, no qual o poder constituinte revolucionário se incumbiria da reconstrução do Estado, não se diluindo uma vez cumprida sua missão. Seu arranjo institucional seria de constitucionalismo forte, não elitista, no qual se prevê uma constituição rígida, com forte *judicial review*, e se atribui forte protagonismo à participação popular, que vai muito além da eleição de representantes. O modelo passa a refletir instâncias cidadãos de controle da gestão pública e reconhecer formas de democracia comunitária desenvolvida pelos povos originários, além de mecanismos informais de participação, como o direito de resistência. O NCLA passaria, assim, a refletir a vontade de refundar o legado constitucional em chave republicana democrática, com o objetivo de dar resposta a algum dos principais desafios que o século XXI coloca na região.

Dessa forma, para o poder constituinte originário não existiriam espaços vedados nem âmbitos indecidíveis (o que se exemplifica no caso da participação/eleição de juízes pelos cidadãos, caso da Bolívia). São visualizadas novas funções e poderes do Estado (saindo do modelo liberal clássico de três poderes), tudo isso em constituições dirigistas e de governo econômico.

Sobre a teoria da democracia empregada no NCLA, observa-se a adoção de uma democracia participativa, incluídos mecanismos de democracia direta. Seria, nas palavras de Alterio, uma democracia radical, agonista, combinada com modelos de democracia deliberativa. Há um difícil equilíbrio entre as ideias substancialistas e procedimentais para sustentar a legitimidade, apesar de se falar, ainda, em uma “democracia intercultural”. O risco do modelo é o de enveredar para uma democracia

populista, ou de “cesarismo democrático”, com reforço a tendências autoritárias na região, convertendo a democracia participativa em mera ilusão.

Por fim, entre direito e política verifica-se uma forte relação, na qual a dimensão jurídica da Constituição se combina com sua legitimidade democrática. Há, assim, um evidente predomínio do político sobre o jurídico.

Buscando inspiração na análise de Siddharta Legale, o NCLA parece decorrer mais da atuação de movimentos sociais na América Latina do que de teorizações acabadas oriundas da academia⁷. Legale analisa o NCLA por três marcos: histórico, filosófico e sociológico.

Por *marco histórico*, são apontadas as transformações decorrentes dos movimentos sociais que culminaram na aprovação de novas Constituições do Brasil de 1988, Colômbia de 1991, Venezuela de 1999, Equador de 2008 e Bolívia de 2009⁸, todas analíticas, férteis em direitos e reconhecimento de minorias, como os povos originários.

Como *marco filosófico*, o NCLA estaria apoiado na reivindicação de um processo descolonizador, descrito a partir da epistemologia do Sul, ou filosofia da libertação⁹. Por essa razão, busca inspiração em conceitos e visões de mundo de povos originários.

O *marco sociológico*, por fim, seria resultado da dinâmica dos movimentos sociais na América Latina em defesa de maior pluralismo cultural, econômico e social como forma de que o Estado seja plurinacional (ou pluriétnico).

⁷ LEGALE, Siddharta. O que é a vida segundo as Cortes do Novo Constitucionalismo latino-americano? *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 222-244.

⁸ Enumeração, como dito anteriormente, controversa.

⁹ Sobre o tema, conferir Boaventura de Sousa Santos (_____; MENESES, Maria Paula (orgs). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009), Aníbal Quijano (_____. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Novos Rumos*, ano 17, nº. 37, 2002, p. 4-28. _____. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e Meneses, Maria Paula. (Orgs.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-117) e Enrique Dussel (DUSSEL, Enrique. *Philosophy of liberation*. Nova Iorque: Oribis Books, 1985).

2. O DEBATE DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DESDE O BRASIL

Apesar de não ser o objeto do trabalho, é impossível não dedicar algumas páginas ao debate da criminalização do aborto, principalmente no âmbito nacional, por ser, de fato, o Brasil o nosso ponto de partida. Para que o presente estudo se mantenha nos limites de seu objeto, a abordagem se iniciará a partir de breves considerações criminológicas, demarcando-se posição no debate feminista da interrupção voluntária da gravidez; na sequência, apresentam-se notas históricas sobre o bem jurídico ofendido pelo delito de aborto; após, um breve painel do debate contemporâneo, identificando direitos e interesses em jogo; e, por fim, será feito um levantamento dos principais casos e decisões judiciais em matéria de direito à vida e interrupção voluntária da gravidez.

Justifica-se esta forma de enquadramento do problema por ser o objeto do trabalho uma decisão judicial de uma Suprema Corte Constitucional – o que faz com que a discussão, argumentos e nossa aproximação sofram certas modificações e restrições, em função dos atores envolvidos, seus discursos, e de sua legitimidade e capacidade institucional.

Em vários países, é verdade que a questão conseguiu (ou vem conseguindo) equacionamento na esfera política em sede legislativa.¹⁰ Porém, neste trabalho, prioriza-se a investigação dos momentos históricos em que a arena é deslocada para o Judiciário ou instâncias com competência decisória, como as Cortes Internacionais de Direitos Humanos e demais órgãos de proteção e implementação de tratados internacionais, analisando suas manifestações e decisões ante a demanda por melhores contornos entre proteção à vida do feto e os direitos fundamentais das mulheres.

¹⁰ Processos importantes e recentes de legalização são verificados em Portugal (2007), Uruguai (2012), e se esboça um movimento na Argentina, ainda em andamento, para a regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, que parece contar com apoio contundente da população e de parte do Parlamento, o que se constata pela recente notícia da aprovação, em sua Câmara dos Deputados, da legislação na matéria, devendo ainda passar pelo Senado. Destaca-se também o caso irlandês, no qual um referendo realizado em maio de 2018 contou com 66% dos votos pela legalização do aborto até a 12ª semana.

2.1 Breves notas sobre Criminologia Crítica feminista e a criminalização brasileira do aborto

Sabe-se que a construção dos saberes guarda, em si, teorias de gênero e de raça pressupostas. Se nas primeiras análises atinentes ao comportamento humano nunca se falou a respeito de raça ou gênero, isso não significa que esses marcadores não interagissem com os fenômenos analisados – significa, sim, que o indivíduo padrão para as investigações realizadas se supunha universal quando, na verdade, era o único que detinha voz política. Critérios como neutralidade e objetividade, assim, foram cunhados por atores socialmente privilegiados.

Quando se fala a respeito de Direito Penal esse cenário não é diferente: homens brancos detiveram, durante muito tempo, a voz hegemônica a respeito da construção dos saberes criminais. Essa centralidade autocolocada determinou não só uma suposta neutralidade por parte dos emissores como também a posituação de posições racistas e sexistas nas legislações penais.¹¹

O advento de teorias feministas na criminologia intenta romper com o suposto consenso a respeito da padronização de comportamentos desviantes e da produção dos saberes. A inserção do gênero como eixo de análise visa a identificar circunstâncias próprias às mulheres e inseri-las como personagens centrais no pensamento penal – não apenas como um tópico particular dentro de uma teoria hegemônica. Além disso, a criminologia feminista preocupa-se em pacificar que corpos femininos não são arena de controle estatal e que a voz feminina não pode ser sequestrada por processos de perseguição criminal¹².

¹¹ A criminalização de práticas relacionadas a religiões de matriz africanas são um exemplo da posituação do racismo na legislação brasileira.

¹² A construção de uma Criminologia Crítica Feminista assinala que não só a punição institucional é instrumento que aprofunda opressões como é preciso questionar o poder simbólico por trás das penalizações. Autoras como Abreu (ABREU, María Luisa Maqueda. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” in *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, out/2007), Andrade (ANDRADE, Vera Pereira Regina de. “Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania” in *Revista Sequência*, nº35, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, dez/97) e Karam (KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva” in *Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.79-92, 1996. _____ “Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal”, *Boletim do IBCCrim*, nº 168, novembro de 2006) chamam a atenção para o fato que mesmo quando o Direito Penal é convocado a agir diante de violações específicas dos direitos das mulheres, como a violência doméstica, por exemplo, o resultado obtido não é uma maior libertação feminina. Não

No crime de aborto – e, mais precisamente, no autoaborto previsto no art. 124 do Código Penal – o controle sobre o corpo da mulher é explícito, o que acarreta, na prática, em uma maior mortalidade das mulheres negras e pobres que interrompem clandestinamente a gestação e, conseqüentemente, sobrecriminalização daquelas que sobrevivem.¹³ Esse tipo penal, de cometimento exclusivo feminino, conecta-se à ideia central da tutela do Estado sobre o corpo e a sexualidade da mulher. O reforço punitivo empregado pelo art. 126 sublinha que corroborar com iniciativas de interrupção voluntária da gravidez é algo vedado pelo Estado brasileiro. Trata-se de punição institucionalizada às mulheres que rompem com as construções sociais de gênero impostas pela sociedade, num esforço do Estado patriarcal a fim de recolocar a mulher em seu papel social de reprodução pré-definido pelo gênero¹⁴.

A criminalização do aborto está, portanto, vinculada ao controle social da mulher, que não se restringe a impedir somente seu poder de decisão, mas também em determinar sobre o seu corpo e sua vontade, fixando-a em dado local na ordem social e perpetuando dor, sofrimento e morte das classes vulnerabilizadas¹⁵.

haveria, na expansão penal, transformações sociais efetivas – apenas uma maior punição dos indivíduos que já são mais intensamente vigiados por critérios discriminatórios relacionados a raça e classe.

¹³ De acordo com a Pesquisa Nacional de Aborto de 2016, estima-se que 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Ciência & Saúde Coletiva, 22(2):657, 2017). Pesquisa realizada no âmbito do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro aponta ainda que mulheres negras têm duas vezes e meia mais chances de morrer durante um aborto do que as mulheres brancas (MONTEIRO, Mario Francisco Gianni; ADESSE, Leila. LEVIN, Jacques. *As mulheres pretas, as analfabetas e as residentes na Região Norte têm um risco maior de morrer por complicações de gravidez que termina em aborto*. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu- MG – Brasil, de 29 de setembro a 03 de outubro de 2008. Disponível em: < http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/monteiro_as_mulheres.pdf>. Acesso em 20 fev. 2019). Por fim, de acordo com as estatísticas oficiais disponíveis, considerando que as mulheres negras compõem aproximadamente mais de 60% do contingente carcerário feminino, conclui-se que, se não morrem durante o abortamento, o peso da criminalização por este tipo penal recai sobre esta população de maneira seletiva. No direito constitucional, essa situação enseja um campo de aplicação relevante da teoria do impacto desproporcional na matéria. Sobre isto, ver SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: _____. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95-137.

¹⁴ NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, ano 17, n.25, 2013, p. 329-330.

¹⁵ MARTINS, Fernanda; GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 233-258, set. 2016

2.2. Identificando os direitos e interesses em jogo no debate

Hoje, como entendimento predominante em nosso país, afirma-se que o bem jurídico ofendido pelo aborto é a vida humana em desenvolvimento¹⁶⁻¹⁷. Há, no Código Penal pátrio, a figura do aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124) e o aborto provocado por terceiro (artigos 125 e 126) – sendo os artigos 127 e 128 voltados a explicitar, respectivamente, a forma qualificada do crime e as hipóteses de autorização à prática.

Conforme dicção do art. 128 do Código Penal, não se pune o aborto que é realizado por médico em duas circunstâncias: se a vida da gestante se encontra em risco (sendo esta modalidade conhecida como “aborto necessário”) e se a gravidez resulta de estupro. Essa autorização legal traz em si uma análise relevante. Se, diante de um necessário sopesamento entre bens jurídicos, estiverem em jogo a vida da mulher e a vida intrauterina do feto, aquela deve prevalecer. Se, por outro lado, a gestação for provocada por uma violência sexual, a lei penal admite a interrupção voluntária da gravidez mesmo que não haja risco à vida da mulher.

A respeito dessa segunda circunstância autorizadora, nota-se uma evidente vinculação entre a falta de voluntariedade da prática sexual que gerou a concepção e

¹⁶ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 285-287; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: Parte Especial I*. Atual. por Fernando Fragoso. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 136; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 2. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 185; GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª ed. rev, ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2018, p. 382.

¹⁷ Como assinala Nilo Batista (_____. Aborto: a retórica contra a razão. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 40-48, jan./jun. 1979), já foi considerado, ao longo da história, que o aborto afetava a ordem familiar e moralidade pública, os interesse demográfico, a integridade física da mãe, o direito dos pais à prole, o direito ao normal desenvolvimento intrauterino e, por fim, a vida. Entre os assírios, por exemplo, o aborto representava “a baixa prematura de um soldado”; no Direito Romano, até 195 d.C não se punia o aborto (não se considerava um homem o produto da concepção). Quando começou a ser punido, o aborto era considerado fraude ao marido (*pater familias*), ao seu direito à prole (seu consentimento descriminava o fato). Curiosamente, do ponto de vista civil foi atribuída grande feixe de garantias patrimoniais ao nascituro e ao concepturo (notadamente no direito das sucessões). Conforme o Direito Canônico (notadamente, nas interpretações de Santo Tomás de Aquino) a animação do feto se dava aos 40 dias da concepção, sendo homem, e 80 dias, sendo mulher (o aborto anterior ao período de animação era mais brandamente punido que o realizado durante, por razões de “proteção da alma”: sua punição se dava, a partir desta justificativa teológica, da mesma forma que um homicídio). Já na Idade Média, o feto só era considerado vivo de 30 a 80 dias após a concepção. De fato, a incriminação do aborto começa, de fato, a partir do início do século XIX nos EUA e Inglaterra, em função da necessidade de mão-de-obra para o nascente capitalismo industrial. Portanto, observa-se que o crime de aborto é dotado de objetividade jurídica complexa, ao menos quando analisado em perspectiva histórica.

a possibilidade de interromper a gestação. Sendo a mulher vítima de um estupro, não há, para a lei penal brasileira, que se falar em priorização da vida do feto. Não parece ser relevante o fato de essa vida intrauterina ser potencialmente viável se sua existência não adveio de uma relação sexual consensual¹⁸.

Explicita-se, aí, o controle dos corpos femininos que a legislação penal emprega. Em dado limite, percebe-se que não se busca proteger a vida em desenvolvimento, mas sim regulamentar sob que circunstâncias deve a mulher arcar com uma gravidez no Brasil. Se a gestação foi decorrente de uma iniciativa sexual voltada para a satisfação das pessoas envolvidas, o Estado prega que não há hipótese, dentro da legalidade, de interromper uma possível gravidez que subsequir. Em outras palavras: se a mulher teve prazer sexual na concepção, e sem que haja risco para sua vida, deve enfrentar o ônus de uma gravidez mesmo que indesejada.

Nota-se, na análise de tipos penais que envolvem questões de gênero, a grande permeabilidade da imposição de padrões morais patriarcais na sociedade brasileira. O legislador penal de 1940 parece querer proteger muito mais uma honra familiar (ou masculina) envolvida em uma suposta pureza sexual feminina do que de fato a voluntariedade da mulher em determinar o momento em que quer ser mãe.

Assim, dentre os direitos ou interesses em jogo no debate, é possível citar: o direito à vida em formação; a disponibilidade do direito à vida; a dignidade do feto; a dignidade da mulher; o direito da mulher ao seu corpo; sua liberdade e autonomia reprodutiva; sua autodeterminação sexual; e, por fim, a igualdade de gênero na sociedade.

Necessário ressaltar que, na discussão da interrupção voluntária da gravidez, deve-se atentar ao Princípio das Razões Públicas de Rawls¹⁹ em vista do pluralismo ideológico, religioso e moral na sociedade; sendo que na esfera política, ao lidar com temas essenciais, como os que concernem aos direitos humanos, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controversas a

¹⁸ Vislumbra-se a possibilidade, a ser desenvolvida em outros trabalhos com maior profundidade, de as origens históricas do “aborto sentimental” estarem relacionadas também a razões patrimoniais e de “prole legítima”.

¹⁹ Princípio de interpretação constitucional, contemporaneamente defendido no Brasil por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 447-450).

que cada cidadão adira. Só são admissíveis argumentos racionalmente aceitáveis, independente de crenças religiosas ou metafísicas.

3. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ PARA ALÉM DOS PARLAMENTOS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A SENTENÇA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0206/2014, BOLÍVIA E OS CASOS ROE V. WADE, 1973 E HARRIS V. McRAE, 1980

3.1 A Sentença Constitucional Plurinacional 0206/2014, Bolívia²⁰

A referida decisão foi proferida a partir de uma ação de inconstitucionalidade abstrata proposta pela Deputada Patricia Mansila Martinez em 2012, questionando a constitucionalidade de vários dispositivos do Código Penal boliviano que afetavam direitos fundamentais das mulheres – desde normas relativas ao cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais, passando por delitos de abandono e desamparo material (arts. 245 e 250)²¹, homicídio privilegiado (art. 254), infanticídio (art. 258), aborto (art. 263, 264, 265, 266, 269)²² e “rapto” para fins matrimoniais (art. 315 e 317).

²⁰ A versão consultada encontra-se disponível em: <http://catolicasbolivia.org/wp-content/uploads/2015/09/cpe.-sentencia-constitucional-plurinacional-0206-2014.pdf>. Acesso em 25 mar. 2018.

²¹ Delitos mais ou menos equivalentes aos delitos de abandono brasileiros – artigos 133, 134, 244 e 246, CP.

²² Sendo os delitos objetos do trabalho, convém transcrever os dispositivos:

Art. 263(Aborto). El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:

1) Con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años (16).

2) Con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.

3) Con reclusión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.

La tentativa de la mujer, no es punible.

Art. 264 (Aborto seguido de lesión o muerte). Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad. Cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno (1) a siete (7) años; si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos (2) a nueve (9) años.

Art. 265. (Aborto honoris causa). Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis (6) meses a dos (2) años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

Art. 266. (Aborto impune). Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de

Como apontado desde o princípio, trataremos da parte relativa aos dispositivos que envolvem a interrupção voluntária da gestação.

A Bolívia possui dispositivos razoavelmente semelhantes aos brasileiros em matéria de aborto: pune o autoaborto, o aborto consentido, e o não consentido, praticado por terceiro. Chama a atenção que, ao contrário do Brasil, a tentativa de autoaborto não é punível. Pontos mais problemáticos, contudo, estão no art. 266, que condiciona a não punição pelo aborto humanitário ao *início da ação penal*, no caso de gravidez oriunda de estupro ou outra violação, e à *autorização judicial* no caso de aborto praticado em razão de risco à vida da mãe.

A ação de inconstitucionalidade baseou-se em diversos fundamentos de fato e de direito, como a consagração dos direitos das mulheres bolivianas na Carta Constitucional de 2009 e seu compromisso com a erradicação do machismo, do patriarcalismo e do colonialismo. Invocou-se disposições, normas e tratados internacionais (notadamente, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW; a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração de Beijing, de 1994). No que diz respeito ao aborto, argumentou-se pela violação aos direitos reprodutivos da mulher e seu direito à saúde, pleiteando-se interpretação constitucional no sentido de assegurar o direito à interrupção voluntária da gravidez (com posterior regulação no âmbito da saúde pública e não do Direito Penal) e, no artigo 266, que este fosse interpretado admitindo-se que basta a mera denúncia da mulher (e não o início da ação penal), no caso de aborto humanitário, e, no caso de aborto para situações de risco de vida da mulher, que se dispensasse a exigência autorização judicial para sua realização. Por fim, no artigo 269, foi requerida interpretação no sentido de se afastar do âmbito de incidência da norma os profissionais de saúde legalmente habilitados e permitidos para a realização de interrupção voluntária de gravidez.

evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

Art. 269. (Práctica habitual de aborto). El que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a seis (6) años.

A Corte Constitucional boliviana intimou o órgão que elaborou a norma para se manifestar: no caso, o Vice-Presidente do Estado e Presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional, Álvaro Marcelo García Linera, que essencialmente defendeu a constitucionalidade de todas as normas penais impugnadas, valendo destacar que, no que diz respeito ao aborto, sustentou a prevalência do direito à vida, os direitos do concepturo (previstos no Pacto de São José da Costa Rica, tal qual defendido), e que os alegados direitos de reprodução da mulher não estariam contemplados no ordenamento jurídico boliviano – ao menos, estes não permitiriam a interrupção voluntária da gravidez.

A Corte, então, declarou a constitucionalidade do art. 263, permitindo o aborto em algumas exceções, como, por exemplo, com o consentimento da mulher em caso de perigo de vida para mãe ou como resultado de um crime. Procurou-se contextualizar a constitucionalidade da tipificação do aborto e declarar a inconstitucionalidade de procedimentos que dificultassem a realização do aborto legal: assim, no art. 266, foi dispensada a autorização judicial para casos de risco à vida da mãe, e o início da ação penal para o aborto humanitário; no art. 269, o TCP excluiu de sua incidência os procedimentos realizados por profissionais de saúde dentro das hipóteses autorizadas.

Apesar de ser uma decisão um tanto tímida na garantia dos direitos das mulheres, o caso não é desimportante, sobretudo por seus fundamentos. A ênfase que atribuiu à liberdade da mulher a partir de uma ótica descolonizadora e despatriarcalizadora, como objetivo do Estado plurinacional boliviano, foi extremamente original, e a Corte salientou como historicamente a interrupção voluntária da gestação por parte das mulheres de comunidades originárias foi uma forma de resistência ao colonizador europeu para que seus filhos não fossem escravizados.

Destaca-se também a definição que a decisão trouxe do direito à vida sob o ponto de vista de uma cosmologia indígena da *pachamama*, na qual a vida é concebida como um ciclo.²³ A “ciclicidade” da vida e da comunidade humana não é

²³ Sobre isto, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

isolada do cosmos, da *pacha*, sendo a vida criação da própria *pacha* a partir do fluxo e movimento de energias. Decorrentes da energia e movimento, esta profundidade, “*manqha pacha*”, complementa e se perfaz na realidade no microcosmo (*aka pacha*) sem início, nem fim. Sobre o direito à vida, a Corte discorre o seguinte:²⁴

[A] “vida” da concepção das nações e povos indígenas é um “ser” em diferentes espaços do cosmos ou *pacha*, cumprindo a lei cósmica da ciclicidade, é a eterna “transição” em diferentes momentos e espaços cósmicos, e como o ser humano transita para diferentes espaços (quatro espaços), a vida é concebida de maneira holística; em que todos os “seres vivos” são parte do cosmo e, como tal, passam a ser constituídos na comunidade cósmica (sentido em si), em qualquer um dos espaços: também conhecido como *pacha*, *manqha pacha*, *alax pacha* e *hanan pacha*. (tradução e destaques nossos).

As concepções tradicionais denominam filho ou filha, em *aymara*, de *wawa*. Ser *wawa* abrange as expressões dos ciclos de fertilidade e crescimento, inclusive das plantas e animais. A *wawa* e a mulher são parte da comunidade. Em síntese, *wawa* é a transição para outros espaços, a continuidade da constituição da terra, a energia em um eterno espiral que se transmite na transição natural ao outro. Nas culturas ancestrais, *wawa* é merecedora de proteção e cuidado.

Nessa linha, demonstra-se que, em diversas etnias, o aborto (*sullu*) é como um acidente ou fato natural na *pachamama*. A mãe natureza possui efeitos simbolicamente abortivos, por exemplo, em fenômenos naturais, como o vento, chuva e solo e também no aborto. Considera-se a vida como energia e movimento. Com essa argumentação, a Corte não reconhece, entretanto, um direito absoluto ao aborto, admitindo-se a legitimidade da proteção penal nas últimas etapas da gestação e a legitimidade da criminalização do infanticídio, desde que inferior ao homicídio. O Tribunal exortou, ao fim, o Legislativo e o Executivo para desenvolver políticas públicas que diminuíssem os abortos clandestinos, desenvolvessem programas de apoio social a favor das mães que chefiam famílias monoparentais, políticas de

²⁴ No idioma original: “[L]a “vida” desde la concepción de las naciones y pueblos indígenas es un “estar” en diferentes espacios del cosmos o *pacha*, cumpliendo la ley cósmica de la ciclicidad, es la eterna “transición” en diferentes momentos y espacios cósmicos, y como el ser humano, transita a diferentes espacios (cuatro espacios), la vida se concibe de manera holística; en el que todos los “seres vivos” son parte del cosmos, y como tales llegan a constituirse en la comunidad cósmica (sentido propio), en cualquiera de los espacios: *aka pacha*, *manqha pacha*, *alax pacha* y *hanan pacha*”.

educação da reprodução sexual, programas de apoio aos pais de filhos com enfermidades congênitas e políticas de adoção.

A Corte foi, assim, enfática ao afirmar que um aborto incondicional, em qualquer etapa da gestação, não é compatível com a Lei Fundamental boliviana. Apenas em certos casos, como os de risco de morte, ou diante de violações e delitos graves (como estupro) e com consentimento da mulher, sua realização seria possível, sem violar a cosmovisão indígena. A autorização para sua realização, no marco da interculturalidade e do pluralismo jurídico, apoia-se na compreensão de que a vida é concebida como energia vital, movimento do cosmos, criação da *pachamama*, o que implica perpetuidade constante “sem início ou sem fim”, razão pela qual se compreende a vida em sentido amplo.

Do ponto de vista penal, vale notar como a Corte destacou a importância dos princípios limitadores do poder punitivo estatal – fazendo menção expressa às obras críticas de Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta. É curioso e paradoxal constatar que, apesar de uma visão crítica, limitadora e garantista ter sido ventilada nos fundamentos da decisão, seu dispositivo acabou por reconhecer a constitucionalidade dessa criminalização, ressaltando e reinterpretando a forma de realização das permissões legais do aborto.

Ainda, do ponto de vista internacional reconhece-se paradoxo semelhante: apesar de a Corte admitir a relevância da atuação da Comissão Americana de Direitos Humanos, a importância do *Caso 2141, Baby Boy vs. EUA* (em que se afirmou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não seria interpretável no sentido de se conferir um direito absoluto à vida desde a concepção – resolução 23/81), e mesmo o bloco de constitucionalidade e convencionalidade ao qual se insere a Bolívia, tampouco tais fundamentos redundaram no reconhecimento do direito à interrupção voluntária da gravidez.

Nesse sentido, convém ressaltar que as razões desses paradoxos podem se encontrar na própria construção da decisão. Em uma apertada vitória de 4 a 3, os votos vencedores foram todos masculinos: Dr. Ruddy José Flores Monterrey (Presidente); Efren Choque; Tata Gualberto Cusi Maman; Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales (suplente da Magistrada Soraida Rosario Chánez Chire). Já os três votos

vencidos foram todos femininos: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños, Dra. Mirtha Camacho Quiroga, Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez.

3.2. Os casos da Suprema Corte dos Estados Unidos

3.2.1 Roe v. Wade, 1973²⁵

Talvez a decisão mais famosa no Direito Comparado em matéria de aborto seja o julgamento do caso *Roe vs. Wade*, 1973, EUA. A opinião da Corte foi redigida pelo Justice Blackmun, com votos oncorrentes do Mr. Chief Justice Burger e do Justice Douglas, e votos dissidentes dos Justices White e Rehnquist.

O caso se originou de uma *class action* movida por Norma McCorvey (pseudônimo “Jane Roe”), à época, com 21 anos que, em junho de 1969, descobre que estava grávida. Amigos a aconselharam a afirmar falsamente que havia sido estuprada para poder realizar um aborto legal (o que ela supunha permitido pela legislação do Texas naquela época). A ideia fracassou, pois não havia registro de ocorrência documentando o alegado estupro e, de qualquer modo, a lei texana permitia aborto apenas para o propósito de salvar a vida da mãe. Ela chegou a tentar realizar ilegalmente o aborto, mas a clínica clandestina que procurara foi fechada pela polícia, o que a fez recorrer às advogadas ativistas [Linda Coffee](#) e [Sarah Weddington](#) (duas advogadas ativistas). As advogadas entraram com ação em 1970, e nesse momento, McCorvey já não alega estupro, o qual sequer é mencionado nas decisões do caso. Argumentou se que a legislação do Texas (artigos 1191-1194 e 1196 do Código Penal do Texas²⁶) violava seu direito à privacidade, protegido pelas 1ª, 4ª, 5ª,

²⁵ A versão consultada encontra-se disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em 09 out. 2018.

²⁶ Art. 1191. If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in the penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By ‘abortion’ is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman’s womb or that a premature birth thereof be caused.

Art. 1192. Furnishing the means

Whoever furnishes the means for procuring an abortion knowing the purpose intended is guilty as an accomplice.

Art. 1193. Attempt at abortion

9ª e 14ª emendas. Ainda na petição de McCorvey, afirmou-se que ela estava entrando com a ação “em seu nome e em nome de todas as demais mulheres em situação similar”. Ela acabou dando à luz antes de o caso ser decidido, e a criança foi entregue à adoção.

Ao decidir o caso, a Suprema Corte estadunidense buscou traçar certo percurso histórico sobre a criminalização do aborto e a legislação dos Estados Unidos, bem como apresentar as posições da Associação de Médicos dos Estados Unidos (mais dividida em relação ao tema) e da Associação Americana de Saúde Pública (mais inclinada à legalização da interrupção voluntária da gravidez, desde que com certos limites e respeitada a autonomia do paciente e o livre exercício legal da medicina).

Na sequência, a Corte apresentou os seguintes argumentos pró-criminalização: (i) *desestímulo à conduta sexual ilícita*; (ii) *aborto como procedimento médico prejudicial às mulheres*, que, assim, seriam merecedoras de proteção contra os malefícios de tais procedimentos; e, por último, (iii) *o interesse estatal em proteger a vida pré-natal* (desde a concepção).

A *ratio decidendi* da Corte partiu, em princípio, da constatação de que a Constituição estadunidense não prevê, expressamente, nenhum direito à privacidade. O conteúdo deste direito advém de uma longa cadeia de precedentes que remetem a

If the means used shall fail to produce an abortion, the offender is nevertheless guilty of an attempt to produce abortion, provided [410 U.S. 113, 118] it be shown that such means were calculated to produce that result, and shall be fined not less than one hundred nor more than one thousand dollars.

Art. 1194. Murder in producing abortion

If the death of the mother is occasioned by an abortion so produced or by an attempt to effect the same it is murder."

Art. 1196. By medical advice

Nothing in this chapter applies to an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother.

The foregoing Articles, together with Art. 1195, compose Chapter 9 of Title 15 of the Penal Code. Article 1195, not attacked here, reads:

Art. 1195. Destroying unborn child

Whoever shall during parturition of the mother destroy the vitality or life in a child in a state of being born and before actual birth, which child would otherwise have been born alive, shall be confined in the penitentiary for life or for not less than five years."

interpretações ampliativas dos conteúdos das seguintes emendas: 1ª Emenda²⁷; 9ª Emenda²⁸, e 14ª Emenda²⁹.

De qualquer forma, o direito à privacidade é amplo o suficiente para englobar a decisão da mulher de terminar sua gestação. Contudo, tal direito não é absoluto, e deve ser considerado em relação aos interesses estatais contrapostos em sua regulação.

Dessa maneira, firmou-se que as leis estatais de criminalização do aborto, como as do estado do Texas, que excepcionam de ser crime apenas um procedimento para salvar a vida em benefício da mãe sem se preocupar com o estado de sua gravidez e outros interesses envolvidos, violavam a cláusula do devido processo legal da 14ª emenda, que protege contra ação estatal o direito de privacidade, incluindo o direito qualificado da mulher de terminar sua gravidez. Embora o Estado não possa superar esse direito, ele tem legítimos interesses em proteger tanto a saúde da mulher

²⁷ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

²⁸ The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

²⁹ Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may, by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

grávida e a potencialidade da vida humana, conforme cada um desses interesses cresce ao longo dos variados estágios da gravidez, do fim da gestação.

Para o estágio anterior até aproximadamente o fim do primeiro trimestre, a decisão em abortar e sua efetivação deve ser deixada a cargo de avaliação do médico que estiver atendendo a gestante. Para o estágio subsequente até aproximadamente o fim do primeiro trimestre, o Estado, promovendo seu interesse na saúde da mãe, pode, se quiser, regular o procedimento de aborto em maneiras que são razoavelmente relacionadas à saúde materna. E, por último, para o estágio subsequente à viabilidade o Estado, promovendo seu interesse na potencialidade da vida humana pode, se quiser, regular, e mesmo proscrever exceções ao aborto onde necessárias, em apropriada avaliação médica, para a preservação da vida ou da saúde da mãe. “Médico”, para as considerações da decisão, pode ser definido pelo Estado como um termo que significa apenas um médico devidamente licenciado, podendo-se, assim, proscrever qualquer aborto por uma pessoa que não possui formação ou licença para o exercício de medicina.

3.2.2. Harris v. McRae, 1980³⁰

Este foi um caso que abordou o Título XIX do Social Security Act (Medicaid) 1965, que providenciava financiamento federal ao Estado que escolhesse reembolsar certos custos de tratamento médico para pessoas necessitadas.

Desde 1976, versões da apelidada “Emenda Hyde” (Hyde Amendment)³¹ limitaram severamente o uso de qualquer fundo federal para reembolsar o custo de abortos no programa Medicaid.

Com isso, diversas mulheres entraram com ações, principalmente mulheres pobres e grávidas, que alegaram a violação da 1ª, 5ª e 14ª Emendas. O argumento

³⁰ A versão consultada encontra-se disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/448/297.html>. Acesso em 09 out. 2018.

³¹ Texto da Emenda Hyde para o ano fiscal de 1980 que foi analisado pela Suprema Corte: *“nenhum dos fundos providenciados por esta resolução conjunta deve ser usado para realizar abortos exceto onde a vida da mãe esteja em perigo se o feto foi levado a termo; ou exceto para procedimentos médicos necessários para as vítimas de estupro ou incesto quando tal estupro ou incesto tenha sido devidamente comunicado a uma delegacia (“law enforcement agency”) ou serviço público de saúde”* (tradução nossa).

central do caso, porém, era mais incisivo: se um aborto é declarado, em termos médicos, como necessário (e em respeito aos parâmetros estipulados em *Roe v. Wade*), a lei deveria poder cobrir seu custo; logo, o legislador não poderia selecionar, dentre os abortos necessários, aquele que considerasse “mais necessários” para poderem ser financiados.

A Suprema Corte decidiu, porém, contra as peticionantes. Os principais argumentos podem se agrupar nos seguintes: (i) *argumento legislativo-federativo*, que afirmou estar assegurada a autonomia dos Estados em firmar suas próprias políticas públicas, sem interferência do Judiciário, e, assim custeando de modo diferenciado cada plano Medicaid firmado; (ii) *argumento de liberdade individual*, o qual firmou que o direito à interrupção da gestação era essencialmente negativo, exercido pela mulher, e para sua garantia e efetividade bastaria o Estado não impor ou estabelecer obstáculos, barreiras ao seu exercício, sendo a pobreza mera circunstância não provocada diretamente pela ação estatal; (iii) *argumento paternalista*, já que o Estado teria o poder de, no âmbito de uma política pública de garantia do direito à vida ou da liberdade da mulher, fomentar, incentivar o primeiro em detrimento da segunda, o que seria legítimo no âmbito de uma democracia majoritária.

3.2.3 A leitura crítica de Catharine MacKinnon sobre os precedentes estadunidenses

Em relação às decisões em *Roe v. Wade* e *Harris v. McRae*, Catharine MacKinnon critica a visão liberal, masculina e patriarcal que envolve normalmente os debates sobre o tema do aborto, e que deu o conteúdo de cada um dos precedentes.

As normas sobre aborto, quem define quem aborta, tudo isso é definido pelo homem. A visão liberal imagina que a mulher livremente controla seu sexo e sua reprodução, quando, numa sociedade machista, ela é um objeto sob domínio do patriarcado. Conforme Mackinnon, o mundo liberal sem intervenção do Estado é o mundo sem limites do abuso a mulheres pobres sem condições financeiras para arcarem com a interrupção de sua gravidez ³².

³² No original: “the world without state intervention, the world of state inaction, the private world of Joshua’s abuse and poor women’s unfunded abortions, is ‘the free world’. For those who use and abuse

Segundo MacKinnon, a lei da privacidade acaba subordinando direitos individuais a imperativos sociais específicos. A lógica de garantia do direito ao aborto é consumada na decisão de financiamento, reforçando a supremacia masculina com o capitalismo, traduzindo a ideologia da esfera privada no direito individual da mulher à privacidade como um meio de subordinação das necessidades coletivas da mulher aos imperativos de supremacia masculina. As mulheres são definidas como mulheres pela forma como são enquadradas pelos homens desde pontos de vista sexuais e reprodutivos por estes desejados³³.

A autora afirma que as bases desiguais e liberais nas quais se construiu a personalidade privada da mulher têm sido obscurecidas. Em condições de desigualdade de gênero, a liberação sexual não liberta a mulher sexualmente da mesma maneira que permite a agressão sexual do homem³⁴.

Para as mulheres, MacKinnon observa:

A medida da intimidade tem sido a medida da opressão. É por isso que o feminismo tem visto o pessoal como político. O privado é público para aquelas para quem o pessoal é político. Nesse sentido, para mulheres não existe o privado, seja normativamente, seja empiricamente (tradução livre).³⁵

Em potente afirmação, MacKinnon pontua que “o direito à privacidade parece uma espada nas mãos de um homem que se apresenta como um escudo para as mãos das mulheres”³⁶. Ainda com a autora, “as mulheres conseguiram o direito de aborto como um privilégio privado, não como um direito público”³⁷.

women and children, it is”. (MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge, Massachusetts, Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1989, p. 187).

³³ *Ibid.*, p. 188.

³⁴ *Ibid.*, p. 190.

³⁵ “The measure of the intimacy has been the measure of the oppression. This is why feminism has seen the personal as the political. The private is public for those for whom the personal is political. In this sense, for women there is no private, either normatively or empirically” (*Ibid.*, p. 191).

³⁶ “The right of privacy looks like a sword in men’s hands presented as a shield in women’s” (*Id.*).

³⁷ *Ibid.*, p. 192.

Encerra MacKinnon com a seguinte afirmação: “este direito à privacidade é o direito do homem de ser deixado em paz para oprimir as mulheres; a lei da privacidade mantém homens longe dos quartos de outros homens” ³⁸.

3.3 O que emerge a partir da comparação entre os julgados boliviano e estadunidenses?

Se a argumentação ocidental dos países do Norte, como percebido pelos precedentes da Suprema Corte dos EUA, tende a contrapor direitos individuais, como a privacidade e o direito à vida (que, em certas versões mais extremadas, chega a ser “sacralizado”, inserido no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana), a argumentação do Tribunal Plurinacional substitui os conteúdos judaico-cristãos coloniais desses direitos por outra visão de mundo, marcada pelos postulados e princípios do NCLA.

No caso boliviano, a fundamentação reflete um comportamento institucional aparentemente democrático ou majoritário: uma intenção menos a de salvaguardar direitos na lógica de uma “esfera do indecível” (confirme dicção de Ferrajoli), ou de o Tribunal se colocar “acima” do povo (de forma elitista), e mais a de integrar e justificar todos os direitos e interesses em jogo à luz não apenas do bloco de convencionalidade e constitucionalidade, mas também e principalmente das visões de mundo do povo boliviano – com mais ênfase e destaque aos povos originários.

Desse modo, como resultado principal deste estudo comparativo, observa-se, quanto ao caso boliviano, se tratar de uma decisão comunitarista e decolonial que, se por um lado, desfruta de maior legitimidade popular – até por ter sido proferida por julgadores eleitos pelo povo –, é mais atenta aos direitos da mulher (os quais, em debates ocidentais do Norte, muitas vezes sequer são enunciados ou lembrados), e ostenta um sentido político mais emancipatório da própria história do povo boliviano. Porém, seu desfecho é essencialmente conservador e acaba contribuindo muito pouco para a luta feminista por direitos e igualdade, ao contrário do marco estadunidense consagrado em *Roe v. Wade*.

³⁸ “This right to privacy is a right of men ‘to be let alone’ to oppress women at a time; privacy law keeps some men out of the bedrooms of other men” (*Ibid.*, p. 194).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito aos casos estadunidenses, de se notar que a mesma privacidade que se sustentou em *Roe v. Wade* para, em tese, garantir direitos, foi também sustentada em *Harris v. McRae* para restringi-los e subtrair-lhes eficácia. Mulheres são garantidas pelo público não mais do que naquilo que podem usufruir no privado e, assim, as mulheres com privilégios é que se tornam titulares de direitos. Interromper a gestação, num sistema capitalista patriarcal, é um privilégio, marcado por raça e classe. Por isso, não é inconsistente ou contraditória a decisão em *Harris v. McRae*.

Já no que concerne à Sentença Constitucional Plurinacional 0406/2014, é um desafio tentar entender como uma Corte inspirada e inserida em um movimento constitucional tão ambicioso e pródigo em projetos de emancipação, de garantia de direitos e da democracia, foi capaz de manter a interrupção voluntária da gravidez criminalizada – ressaltando apenas certas exigências legais excessivas para o aborto legal, dispensando a autorização judicial para comprovação de risco de vida ou saúde da gestante, e início da ação penal para casos de estupro ou violações sexuais.

Parece-nos que a razão para esse resultado se encontra no seio do próprio movimento do NCLA: a forte dimensão comunitarista, ou solidarista atribuída aos direitos fundamentais nesse modelo. Ao longo do acórdão, a Corte parece deixar muito claro que não visualiza nem a vida em desenvolvimento do feto e nem os direitos da gestante de forma individualista: a vida daquele ser em formação integra a cosmovisão indígena da *pachamama* e demais valores existenciais comuns tanto quanto a mulher em relação ao seu corpo e autonomia.

Dessa forma, a lição que se pode extrair destes julgados, formados e forjados a partir duas tradições constitucionais radicalmente distintas, é uma lição dura: nas lutas por direitos e emancipação, teorias e modelos constitucionais são meros *meios*, e não *fins* em si mesmos; não garantem, na realidade prática, por si só, minorias dos abusos de majorias, e vice-versa, nem mais ou menos democracia ou direitos. Lição que implica não em desestímulo ou desesperança, mas em um desafio permanente:

lutar pela efetividade de direitos e garantias *onde e como quer que seja*, aprendendo com cada vitória e derrota ao longo do caminho.

REFERÊNCIAS

ABREU, María Luisa Maqueda. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” in **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, out/2007.

ANDRADE, Vera Pereira Regina de. “Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania”. **Revista Sequência**, nº35, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, dez/97.

ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del Constitucionalismo contemporâneo a debate. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, p. 227-306.

BATISTA, Nilo. Aborto: a retórica contra a razão. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 40-48, jan./jun. 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 2. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Consulta realizada em 09 de junho de 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência & Saúde Coletiva, 22(2):653-660, 2017.

DUARTE, Evandro Charles Piza Duarte; SÁ, Gabriela Barretto de; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. Os locais e as ausências da diáspora africana no Novo Constitucionalismo Latino-americano. In: **Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina** (2016). Disponível em: <http://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/DUARTE-SA%CC%81-QUEIROZ-SP21-Anais-do-II-Simp%CC%83sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%CC%A9rica-Latina.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DUSSEL, Enrique. **Philosophy of liberation**. Nova Iorque: Oribis Books, 1985.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; COUTO, Maria Cláudia Giroto. O Aborto e o NCLA: o caso boliviano. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 10, N. 3, 2019, p. 1812-1833.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Especial I**. Atual. por Fernando Fragoso. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 12ª ed. rev, ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2018.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ISHIY, Karla Tayumi. **A desconstrução da criminalidade feminina**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva” in **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.79-92, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. “Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal” in **Boletim do IBCCRIM**, nº 168, novembro de 2006.

LEGALE, Siddharta. O que é a vida segundo as Cortes do Novo Constitucionalismo latino-americano? **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 222-244.

MACKINNON, Catharine. **Toward a feminist theory of the State**. Cambridge, Massachusetts, Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1989.

MARTINS, Fernanda; GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 233-258, set. 2016.

MONTEIRO, Mario Francisco Gianni; ADESSE, Leila. LEVIN, Jacques. **As mulheres pretas, as analfabetas e as residentes na Região Norte têm um risco maior de morrer por complicações de gravidez que termina em aborto**. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu- MG – Brasil, de 29 de setembro a 03 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/monteiro_as_mulheres.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, ano 17, n.25, 2013, p. 317-336.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. **Novos Rumos**, ano 17, nº. 37, 2002, p. 4-28.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e Meneses, Maria Paula. (Orgs.) **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-117.

SÁ, Gabrielle Barreto de. A América Afro-Latina enquanto um desafio ao novo constitucionalismo latino-americano: o caso dos afro-bolivianos. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTAMARIA, Rosembert Ariza; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; CALEIRO, Manuel. **Estados e povos na América Latina plural**. Goiânia: PUC Goiás, 2016, p. 293-315.

SALAZAR UGARTE, Pedro. **El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: una perspectiva crítica (2012)**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>, acesso em: 25 mar 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (orgs). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: _____. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95-137.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 109-137.

VIDAL, Adriana. **A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar – Revista de Ciências jurídicas** v. 16, n. 2 de jul./dez., 2011, p. 371-408.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.