

V. 13 N. 1
JAN-ABR 2017
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 08.12.2016
Aprovado: 16.12.2016
DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201714>

1 Universidad de Sevilla
Sevilha – Espanha



Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu

*Ruth Rubio-Marín*¹

Tradução

RUBIO-MARÍN, RUTH. ABORTION IN PORTUGAL:
NEW TRENDS IN EUROPEAN CONSTITUTIONALISM. IN:
COOK, REBECCA J.; ERDMAN, JOANNA N.; DICKENS,
BERNARD M. *ABORTION LAW IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE:
CASES AND CONTROVERSIES*. PHILADELPHIA: UNIVERSITY OF
PENNSYLVANIA PRESS, 2014, p. 36-55.

A pesar das variações, a legislação sobre o aborto na Europa tem demonstrado uma tendência comum e gradual de liberalização. A maioria dos países europeus isenta de pena os abortos realizados para proteger a saúde e a vida da mulher nos casos de malformações fetais graves e naqueles em que a gravidez resulta de estupro (as indicações comumente conhecidas como terapêutica, eugênica e ética). Esta tendência progressista continuou com a maioria dos países europeus adotando interpretações cada vez mais garantistas para tais indicações, ou ainda incorporando a indicação social ao regime legal do aborto. Alguns países até permitem que as próprias mulheres, em vez de terceiros, verifiquem a existência de uma indicação social, por exemplo, para declarar-se em situação de dificuldade.

Pode-se observar a liberalização crescente em um número cada vez maior de países que abraçam um modelo de prazos, no qual as mulheres podem decidir livremente se levam a gestação a termo até um limite que varia de 12 a 18 semanas. Somado a este modelo de prazos, há regulamentos que muitas vezes requerem aconselhamento e períodos de reflexão, embora os países formulem tais requisitos de formas diferentes. Alguns modelos procuram apenas assegurar a decisão informada das mulheres, ao passo que outros têm a intenção de que as mulheres desistam de fazer o aborto.

É importante ressaltar que esta progressão para a liberalização do aborto na Europa pouco se baseou no direito constitucional. Nem as mulheres nem os defensores dos direitos reprodutivos das mulheres se apoiaram precipuamente nas constituições ou em decisões judiciais para promover sua pauta. A maioria dos textos constitucionais europeus silenciam sobre o aborto ou sobre questões reprodutivas em geral, e não foram as mulheres ou os médicos rebeldes, mas forças políticas conservadoras que se apoderaram dos tribunais, buscando resistir à liberalização legislativa. Em alguns países como França¹ e Áustria², essas tentativas foram infrutíferas desde o início e os tribunais permitiram que os legisladores prosseguissem sem obstáculos. Em outros, como Alemanha³, Hungria⁴ e

...

Este capítulo reflete mudanças até 30 de junho de 2013, embora suas conclusões contenham breves referências a acontecimentos mais recentes.

- 1 Conseil Constitutionnel (Tribunal Constitucional) 15 de janeiro de 1975, D.S.Jur. 529 (1975) A.J.D.A. 134 (França).
- 2 Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) 11 de outubro de 1974, Erklärungen des Verfassungsgerichtshofs 221 (Áustria).
- 3 Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) 25 de fevereiro de 1975, 39 BVerfGE 1 (Alemanha) (doravante 39 BVerfGE 1), traduzido por Robert E. Jonas e John D. Gorby, “West German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade”, *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 9 (1976) páginas 605-684.
- 4 Alkotmánybíróság (Tribunal Constitucional) 1998, 48/1998 (XI. 23), Magyar Kozlony [MK] 1998/105 (Hungria).

Polônia⁵, os tribunais acabaram por limitar a legislação progressista.

Talvez a mais influente dessas decisões tenha sido a do Tribunal Constitucional Federal alemão de 1975, que anulou uma reforma legislativa que estabelecia o modelo de prazos. Este caso se mostrou paradigmático na região e em outros países, pois enquadrou o constitucionalismo do direito ao aborto como proteção da vida humana intrauterina, naturalizando o dever da mulher como mãe. Com o tempo, até mesmo a doutrina constitucional alemã viria a validar o modelo de prazos de regulação do aborto, agora difundido em toda a região. Isso aconteceu pela primeira vez, porém, por razões estratégicas, ou seja, foi feito sob a ótica de que o aconselhamento dissuasivo e a assistência social poderiam ser as únicas maneiras eficazes de desencorajar o aborto.

O mais importante na história da liberalização europeia da constitucionalização do aborto é que, recentemente, vimos uma mudança na sua fundamentação. Percebemos o surgimento de uma doutrina constitucional do direito ao aborto que respeita o legado alemão e concede proteção constitucional à vida humana intrauterina, mas que também aceita a legislação de prazos em relação aos direitos constitucionais das mulheres à dignidade e à autonomia. Em outras palavras, embora a obrigação do Estado de mostrar respeito à vida do nascituro seja mantida, a naturalização do dever da mulher grávida no papel de mãe é questionada. A decisão de 2010⁶ na qual o Tribunal Constitucional português valida a legislação de prazos de 2007 e permite às mulheres decidir se querem realizar um aborto nas primeiras dez semanas de gravidez é uma expressão eloquente desta doutrina.⁷ As mulheres são obrigadas a receber aconselhamento, mas ele é explicitamente não dissuasivo.

Portugal tem uma rica história no campo do constitucionalismo do direito ao aborto, tendo o seu Tribunal Constitucional proferido cinco decisões sobre o assunto desde meados da década de 1980 e, em todos os casos, validando reformas cada vez mais progressistas. No primeiro conjunto de decisões, de 1984⁸ e 1985⁹, o Tribunal Constitucional aprovou reformas baseadas no modelo de indicações em oposição à proibição criminal

...

5 Trybunal Konstytucyjny (Tribunal Constitucional) 28 de maio de 1997, K 26/96, Orzecznictwo Trybunalu Konstytucyjnego, Rok 1997 (Caso de Estudo de Lei do Tribunal Constitucional, 1997) (Polônia).

6 Tribunal Constitucional 23 de fevereiro de 2010, Acórdão n° 75/2010 (doravante Acórdão n° 75/2010).

7 Código Penal, art. 142, com alterações a partir da Lei n° 16/2007 (Portugal) (aqui intitulada Lei n° 16/2007).

8 Tribunal Constitucional 1984, Acórdão n° 25/84, Acórdãos do Tribunal Constitucional II, 7 (doravante Acórdão n° 25/84).

9 Tribunal Constitucional 1985, Acórdão n° 85/85, Acórdãos do Tribunal Constitucional V. 245 (doravante Acórdão n° 85/85).

completa. No segundo conjunto de decisões, de 1998¹⁰ e 2006¹¹, o Tribunal reiterou a constitucionalidade da reforma progressista por meio de referendos nacionais sobre a introdução legislativa de um modelo de prazos. A mais recente decisão do Tribunal em 2010 promoveu o desenvolvimento da lei europeia sobre o aborto constitucional, validando um modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, baseando-se na Constituição Portuguesa que exige a proteção estatal da vida intrauterina e da autonomia reprodutiva das mulheres.¹²

O presente capítulo procura desvendar esta evolução da jurisprudência constitucional do aborto em Portugal e identificar as circunstâncias jurídicas e políticas da formação da nova doutrina constitucional que hoje predomina na regulamentação do aborto no país. As duas próximas seções centram-se no início da história do constitucionalismo do direito ao aborto em Portugal. Elas explicam como os primeiros casos nos anos 1980, e depois os referendos de décadas posteriores, basearam-se na doutrina alemã e como também se afastaram dela. Elas descrevem as principais características da doutrina alemã a partir da qual foi formulada a jurisprudência portuguesa, ao mesmo tempo que enfatizam os principais pontos que permitiram ao Tribunal português manter uma legislação de modelo de prazos no que tange ao aborto. A quarta seção do capítulo centra-se no mais recente caso constitucional de Portugal, a decisão de 2010, que confirma a constitucionalidade da lei de prazos. Atenção especial é dada à razão pela qual, em contraste com os desenvolvimentos do direito alemão, a falta de aconselhamento dissuasivo não foi considerada uma falha insuperável pelo Tribunal Constitucional português. O capítulo conclui com a avaliação das concepções em mutação acerca da gravidez na regulamentação do aborto e o significado de proteção da vida humana intrauterina nesta nova doutrina.

O INÍCIO DO CONSTITUCIONALISMO DO ABORTO NA EUROPA E EM PORTUGAL

O constitucionalismo moderno, nascido no final do século XVIII com as revoluções francesa e norte-americana, produziu uma visão de igualdade política entre os homens brancos, burgueses e livres. Para as mulheres, que na época não gozavam de igualdade civil ou política, não houve a oportunidade histórica para articular pontos de vista sobre os ideais

...

10 Tribunal Constitucional 1998, Acórdão n° 288/98, .nst 117. 833 (1992) (Suprema Corte dos Estados Unidos) término de gravidez, reconhecer a personalidade do nascituro. Diário da República 91/98 Suplemento I-A Serie (doravante Acórdão n° 288/98).

11 Ver Tribunal Constitucional 2006, Acórdão n° 617/2006, Diário da República I Serie (doravante Acórdão n° 617/2006).

12 Acórdão n° 75/2010, nota 6.

iluministas de liberdade e igualdade ou ainda sobre quais expressões da autonomia humana deveriam ser consideradas tão fundamentais e, portanto, constitucionalmente consagradas.¹³ Não é surpresa que, neste contexto, a liberdade de decidir se gerar ou não filhos não tenha sido considerada matéria constitucional, apesar de tal decisão impactar de modo fundamental o corpo e a vida das mulheres. Foi durante a década de 1960 que um movimento transnacional de mulheres, coincidindo com o feminismo da segunda onda, começou a desafiar as condições para a cidadania das mulheres.¹⁴ As ideias feministas sobre a cidadania das mulheres se somavam a preocupações mais amplas sobre as altas morbidade e mortalidade dos abortos ilegais para dar impulso aos esforços tendentes à liberalização legislativa.¹⁵ Os líderes religiosos, por sua vez, resistiram a essas reformas invocando a santidade e a dignidade da vida.

Esse foi o contexto da constitucionalização do aborto no Ocidente. Em 1973, a Suprema Corte norte-americana promulgou a decisão do caso histórico de *Roe v. Wade*,¹⁶ enxergando a liberdade reprodutiva das mulheres em um texto constitucional silente a esse respeito para derrubar uma lei penal restritiva. Partindo da ideia de privacidade, a decisão endossou a noção trimestral e assim proibiu a interferência do Estado no primeiro trimestre, permitiu a regulamentação para proteger a saúde da mulher no segundo trimestre, e permitiu a proibição do aborto após a viabilidade do feto no intuito de proteger o interesse do Estado na vida intrauterina.¹⁷ A Suprema Corte abandonaria posteriormente a noção trimestral, permitindo a interferência do Estado por toda a gestação e tornando-se um verdadeiro peso para as mulheres.¹⁸

No imaginário europeu, *Roe* tornou-se o paradigma americano, marcado por um enquadramento constitucional do aborto que começa com o reconhecimento da liberdade reprodutiva das mulheres. Este paradigma sempre representou um extremo contra o qual os tribunais europeus buscaram posições mais moderadas. Essa talvez seja uma consequência da forma como as disputas acerca do tema surgiram nos tribunais europeus. Entre 1974 e 1975, quatro países europeus (Áustria, França, Alemanha e Itália) proferiram decisões

...

13 Ver Ruth Rubio-Marín e Wen-Chen Chang, “Sites of Constitutional Struggle for Women’s Equality” in *Routledge Handbook of Constitutional Law*, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner, e Cheryl Saunders (New York: Routledge, 2013), páginas 301-312.

14 Reva Siegel, “The Constitutionalization of Abortion”. In: Cook, R.; Erdman, J. and Dickens, B. *Abortion Law in Transnational Perspective*, p.13-35.

15 Siegel, “Constitutionalization”, nota 14.

16 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (Suprema Corte dos Estados Unidos).

17 *Roe v. Wade*, nota 16, páginas 164-165.

18 Ver *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (Suprema Corte dos Estados Unidos).

constitucionais sobre o aborto, mas em todos eles, tendo a Itália como exceção,¹⁹ foram os grupos que resistiam à liberalização e não os que lutavam por ela que foram aos tribunais. Assim teve início o constitucionalismo europeu a respeito do aborto que até hoje mantém certo caráter reativo em sua essência.

A questão principal colocada nestes casos era se a reforma liberal violava o direito constitucional à vida do nascituro. Como essa proteção não era explícita nos textos constitucionais, os tribunais europeus – como a Suprema Corte dos Estados Unidos – foram solicitados a “ler” a proteção constitucional à vida do nascituro, e não à liberdade reprodutiva das mulheres. Em 1975, em um caso que se tornaria um ponto de referência na Europa, o Tribunal Constitucional alemão anulou uma tentativa legislativa de descriminalizar o aborto nas primeiras 12 semanas de gravidez.²⁰ A lei foi considerada uma proteção insuficiente do direito à vida e à dignidade. Embora poucos outros tribunais europeus reproduzam a doutrina alemã na sua totalidade, a decisão alemã de 1975 teve uma enorme influência no constitucionalismo europeu do direito ao aborto, principalmente na formulação da questão constitucional em termos de proteção estatal da vida intrauterina e o dever naturalizado das mulheres como mães.

O Tribunal Constitucional português não foi exceção nesse sentido. O paradigma alemão é evidente nas primeiras decisões sobre aborto. O aborto em Portugal era proibido com base no Código Penal até 1984, quando o legislador introduziu um modelo de indicações que declarava o aborto possível para proteger a vida ou a saúde da mulher, em caso de anormalidade fetal grave ou quando a gravidez era fruto de estupro.²¹ Seguindo a tendência da Europa continental, esta reforma legislativa desencadeou um litígio reativo, que acabou não tendo êxito. O Tribunal defendeu a legislação perante o questionamento *a priori* do presidente da República em 1984 e, novamente, em 1985,²² um novo questionamento do Provedor de Justiça^{N.T.} após a promulgação da legislação.

Tomando o paradigma alemão como marco de referência para o caso, o Tribunal português interpretou que o direito constitucional à vida (artigo 24 [1]) e à integridade pessoal (artigo 25), em harmonia com o princípio da dignidade humana, exigiam a proteção

...

19 Ver Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional) 18 de fevereiro de 1975, nº 27, 98 For. It. I, 515 (Itália).

20 39 BVerfGE 1, nota 3.

21 Código Penal alterado pela Lei nº 6/84, de maio de 2011.

22 Acórdão nº 85/85, nota 9.

N.T. O provedor de Justiça é, nos termos da Constituição Portuguesa, um órgão do Estado eleito pela Assembleia da República, que tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos.

estatal da “vida intrauterina”.²³ A decisão alemã de 1975 também havia inferido essa proteção a partir da Constituição, argumentando que, como “um ser humano não nascido”, o feto gozava da plena proteção dos direitos à vida e à dignidade humana.²⁴ Isso excluía diferentes graus de proteção baseados em diferentes estágios de desenvolvimento fetal: o feto em todos os estágios de desenvolvimento era um ser humano e, como tal, o Tribunal alemão elevou a vida humana a um valor supremo na ordem constitucional alemã.²⁵ Assim, embora a Corte tenha reconhecido, de passagem, que o direito da mulher à autodeterminação era afetado pela criminalização do aborto, deu, por princípio, prioridade à vida do feto por toda a duração da gravidez.²⁶ A proporcionalidade estava simplesmente fora de questão: as mulheres, a quem a decisão chamava de mães, tinham um dever constitucional *prima facie* de levar a gravidez a termo.²⁷ Este dever só poderia ser superado em circunstâncias extraordinárias, nomeadamente as indicações terapêuticas, eugênicas, éticas e sociais já reconhecidas.²⁸

A reforma legislativa contestada nos primeiros casos portugueses era uma lei também baseada em indicações e, portanto, poderia ter passado pelo escrutínio constitucional da doutrina alemã, aplicada ao pé da letra. O Tribunal português, no entanto, afastou-se do seu homólogo alemão em dois aspectos importantes.

Em primeiro lugar, o Tribunal especificou que a proteção estatal era devida à vida intrauterina como um “valor objetivo” digno de promoção constitucional. Com o argumento de que só as pessoas podiam ter direitos fundamentais, o Tribunal português afastou-se da doutrina alemã ao recusar-se explicitamente a reconhecer o feto como detentor de direitos.²⁹ Isto lhe permitiu também afastar-se da absoluta proteção estatal presente no raciocínio alemão. Em vez de declarar a superioridade da vida do feto, a Corte portuguesa afirmou que o valor objetivo da vida intrauterina poderia ser sacrificado quando em conflito com os direitos fundamentais das mulheres grávidas não apenas à vida e à saúde, mas também à reputação, dignidade e maternidade consciente.³⁰

...

23 Acórdão n° 25/84, note a, cfr. VII, §L.

24 39 BVerfGE 1, nota 3, volume C.I.1. (b); tradução de Jonas, página 638, grifos da autora.

25 39 BVerfGE 1, nota 3, volume C.I.2; tradução de Jonas, página 641.

26 39 BVerfGE 1, nota 3, volume CII.2; tradução de Jonas, página 642.

27 39 BVerfGE 1, nota 3, volume CIII.1; tradução de Jonas, página 644.

28 39 BVerfGE 1, nota 3, volume C.TII.3; tradução de Jonas, página 648.

29 Acórdão n° 85/85, nota 9, cfr. 2, §2.

30 Acórdão n° 85/85, nota 9, cfr. 2, §2.

Em segundo lugar, reconhecer a plena humanidade da vida intrauterina tinha duas implicações para o formato legislativo alemão. Embora o Tribunal alemão reconhecesse que a forma de proteção da vida do nascituro fosse uma questão de discricionariedade legislativa, os meios escolhidos tinham que se mostrar tão eficazes para dissuadir mulheres de praticarem o aborto como a punição criminal.³¹ Além disso, a ordem jurídica era sempre obrigada a considerar o aborto errado, mesmo nos casos tolerados nos quais as mulheres não eram criminalizadas.³² Como consequência, antes do aborto, as mulheres deveriam passar por um aconselhamento explicitamente dissuasivo para lembrá-las de seu dever fundamental de respeitar a vida do nascituro.³³

Não obstante as vozes dissidentes, a maioria da corte portuguesa recusou-se a reconhecer qualquer obrigação constitucional de proteção punitiva da vida intrauterina. Também não exigiu, como fez o Tribunal alemão, que outros mecanismos de proteção se revelassem tão eficazes como a criminalização. Desde os primeiros processos constitucionais, o Tribunal português respeitou a discricionariedade legislativa para adotar meios alternativos de proteção, já que a criminalização era considerada desnecessária, inadequada ou desproporcional.³⁴ O Tribunal não estava disposto a afastar-se do princípio geral de que, em um sistema baseado no Estado de Direito, o direito penal continuaria a ser a *ultima ratio*, o último recurso.

Assim, mesmo citando a decisão alemã de 1975 e reproduzindo suas características básicas, o Tribunal português introduziu diferenças fundamentais que se mostrariam críticas na revisão constitucional da reforma de prazos. À semelhança dos tribunais austríacos, franceses e italianos dos anos 1970, o Tribunal Constitucional português apoiaria o legislador na transposição para uma legislação mais garantista sobre o aborto.

UMA MUDANÇA NA ESTRATÉGIA: AS DECISÕES DOS REFERENDOS

Em 1997 e 1998, houve várias iniciativas legislativas para introduzir uma lei de prazos que permitisse às mulheres escolher livremente o aborto nos estágios iniciais da gravidez. Um dos motivos alegados para a reforma era a ineficácia da criminalização para prevenir abortos ilegais ou que mulheres com os recursos necessários viajassem ao exterior para realizar abortos legais. A convergência europeia crescente para o modelo de prazos também estava no ar. Nenhuma das reformas, no entanto, teria êxito pelo processo político comum.

...

³¹ 39 BVerfGE 1, nota 3, volume D.III; tradução de Jonas, página 660.

³² 39 BVerfGE 1, nota 3, volume D.II.2; tradução de Jonas, páginas 653-657.

³³ 39 BVerfGE 1, nota 3, volume D.II.2; tradução de Jonas, página 653.

³⁴ 39 BVerfGE 1, nota 3.

Tendo em conta o impasse legislativo, após uma proposta do Partido Socialista, de centro-esquerda, e do Partido Social-democrata, de centro-direita, foi convocado um referendo vinculante para que os portugueses se pronunciassem diretamente sobre o assunto em 1998.³⁵ A pergunta do referendo foi: “Você 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?”.

Conforme exigido pela Constituição, o presidente da República submeteu o projeto de referendo ao Tribunal Constitucional para verificar sua constitucionalidade. O Tribunal decidiria se a questão apresentava aos eleitores um resultado que levaria necessariamente a uma legislação incompatível com a Constituição. Em outras palavras, foi perguntado ao Tribunal se um modelo de prazos, em princípio, era compatível com a Constituição.

Em abril de 1998, o Tribunal Constitucional português proferiu decisão favorável à realização do referendo e ele aconteceu em junho de 1998. Para um resultado vinculante, o referendo necessitava de participação de metade de todos os eleitores cadastrados.³⁶ O quórum não foi atingido: 68,1% dos eleitores cadastrados não participaram. Além disso, apesar das pesquisas de opinião pública que, de forma consistente, demonstravam amplo apoio da sociedade à liberalização, uma pequeníssima maioria dos que votaram – 50,9% para ser exata – rejeitou a proposta.

Vários fatores explicaram a vitória do “não”. Em primeiro lugar, grupos da sociedade civil, incluindo professores de Direito conservadores³⁷ e, mais significativamente, a Igreja Católica³⁸ travaram uma pesada luta (evidentemente bem-sucedida) contra a liberalização. A Igreja provou ser o ator mais engajado: bispos e sacerdotes tomaram tanto os púlpitos das áreas rurais quanto os meios de comunicação nacionais para combater agressivamente a liberalização, inclusive fazendo comparações entre o aborto e o holocausto nazista.³⁹ Quanto aos partidos políticos, os democratas-cristãos e os sociais-democratas, de direita, apoiaram abertamente o “não”, ao passo que os partidos de esquerda, incluindo o Partido Socialista e o Partido Comunista, não conseguiram criar uma frente comum para a liberalização. O Partido Socialista estava internamente dividido sobre a questão e

...

35 Acórdão n° 288/98, nota 10.

36 Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976, art. 115 (11).

37 Ver J. Bacelar Gouveia e H. Mota, eds., *Vida e direito: Reflexões sobre um referendo* (Cascais: Principia, 1998) (coleção de artigos contra o aborto de vinte e nove professores de Direito).

38 Andre Freire e Michael A. Baum, “1998 Portuguese Referendums: explaining the Results and Speculating on the Future of Direct Democracy in Portugal”, *Portuguese Journal of Social Science* 2.1 (2003): 5-19, página 18.

39 Freire e Baum, “Portuguese Referendums” nota 38, páginas 23, 29.

teve uma atuação fraca na campanha do referendo, permitindo votos de consciência que não estivessem de acordo com as linhas partidárias. O líder do Partido Socialista e primeiro-ministro António Guterres (ele mesmo um católico), posicionaram-se abertamente contra a mudança da lei. Os comunistas, por sua vez, não se envolveram ativamente, dado que o assunto não foi considerado uma prioridade, provavelmente por causa do conservadorismo moral do partido.⁴⁰

Entretanto, o referendo não foi em vão. Apesar de a lei ter se mantido inalterada, o cenário constitucional do aborto foi transformado. Na decisão de 1998, o Tribunal Constitucional apoiou explicitamente a reforma de prazos, por princípio, como constitucionalmente válida. A decisão baseou-se e continuou a basear-se no trabalho criativo da Corte a partir do paradigma alemão, mas afastando-se de sua doutrina.

Embora a decisão de 1998 tenha começado com a proteção devida ao nascituro, ela reafirmou a sua vida como um valor constitucional objetivo. Com base nos precedentes de 1984 e 1985, a Corte insistiu ainda na necessidade de equilibrar a proteção devida a esse valor constitucional com a proteção devida à mulher grávida, não só em relação a seus direitos constitucionais à vida, saúde e dignidade, mas ao seu direito constitucional à maternidade responsável e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (Art. 26 inc. 1).⁴¹ Ao expandir a doutrina anterior, o Tribunal aplicou o princípio interpretativo da harmonização (“princípio da concordância prática”), que exigia “conciliar e equilibrar valores jurídicos conflitantes para evitar o sacrifício (integral) de um pelo outro”.⁴²

O Tribunal considerou que, neste exercício de harmonizar valores e direitos conflitantes, o legislador poderia optar por um método de proteção gradual que permitisse às mulheres pedir o aborto nas primeiras dez semanas e o Estado limitasse posteriormente o aborto por meio do modelo de indicações ou mesmo o proibisse na etapa final da gravidez.⁴³ Além disso, o Tribunal sublinhou que a proteção dos nascituros e, por conseguinte, a constitucionalidade da lei, não poderia ser avaliada destacando-se e concentrando-se apenas nas primeiras dez semanas. A proteção constitucional deveria ser considerada para toda a gravidez. Esta lei conferia maior proteção à autonomia da mulher nos estágios iniciais da gestação, ao mesmo tempo em que realçava a proteção do feto nos estágios posteriores da gravidez.⁴⁴ A Corte insistiu que isso não se assemelhava ao paradigma norte-americano. A

...

⁴⁰ Freire e Baum, “Portuguese Referendums” nota 38, páginas 19, 22, 23.

⁴¹ Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §§45, 47.

⁴² Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §46.

⁴³ Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §48.

⁴⁴ Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §48.

aparente adoção do modelo trimestral não era um endosso de *Roe*, já que não houve a afirmação do aborto como direito constitucional na Constituição portuguesa.⁴⁵

Em vez disso, o Tribunal situou a lei portuguesa diretamente dentro de um contexto europeu,⁴⁶ concluindo que, com exceção da Irlanda, o aborto não era punido quando exercido dentro de um determinado período de tempo para indicações terapêuticas, eugênicas ou éticas na maioria dos países europeus. Além disso, na maior parte da Europa, o aborto era permitido durante os estágios iniciais da gravidez, quando realizado em um centro de saúde legalizado e após uma decisão informada da gestante.

Na decisão, o Tribunal reafirmou também o poder discricionário do legislativo para favorecer meios mais eficazes do que a criminalização para impedir os abortos no início da gravidez.⁴⁷ Simplesmente não havia nenhuma obrigação constitucional de proteção criminal para a vida intrauterina, uma afirmação que a Corte tentou apoiar empiricamente. Não só não havia consenso social sobre a criminalização do aborto, mas também era de conhecimento geral de que, em uma Europa sem fronteiras, as mulheres com recursos poderiam subverter a lei viajando para outras partes da Europa, incluindo a Espanha, com controle mais brando.⁴⁸

Mesmo que a legislação de prazos fosse aprovada, o Tribunal enfatizou que havia outros meios mais eficazes, não punitivos, de proteger a vida do nascituro, como os adotados por outros países europeus. Estes incluíam medidas de educação sexual para evitar gestações indesejadas e benefícios sociais e de emprego para ajudar as mulheres no parto e nos cuidados com o bebê. O Tribunal realçou que a maioria dos países europeus exigia procedimentos de aconselhamento, o que proporcionava à mulher “as informações necessárias sobre os seus direitos sociais e as medidas de assistência com as quais podia contar se decidisse levar a gravidez adiante”, bem como um período de reflexão obrigatório entre o aconselhamento e o procedimento,⁴⁹ para garantir que ela “tomasse a decisão livremente, de maneira informada e sem pressa, excluindo assim a interrupção da gravidez causada pelo desespero imediato”.⁵⁰

É certo que nenhum destes requisitos foi incluído na questão do referendo (que o parlamentar quis manter razoavelmente curta), mas o Tribunal observou em sua decisão que nada impedia o legislador de introduzi-los na reforma legislativa.⁵¹ Em outras palavras,

...

45 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §49.

46 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §§28-42.

47 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §§28-42.

48 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §32.

49 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §42.

50 Acórdão n° 288/98, nota 10, cfr. §52.

51 Acórdão n° 288/98, nota 10.

em 1998 a Corte portuguesa já estava dando dicas ao legislador para considerar o aconselhamento obrigatório como uma proteção alternativa e suficiente para o nascituro caso adotasse uma legislação de prazos. Contudo, nada foi dito sobre a necessidade de o aconselhamento ser explicitamente dissuasivo, como exigido pelo Tribunal alemão em suas decisões.

A decisão da Corte, embora baseando-se em precedentes, não foi unânime. Contrariando fortemente a posição da maioria, os juízes dissidentes dividiram-se em dois grupos. Alguns juízes não rejeitaram a possibilidade de um equilíbrio *per se*, mas não concordaram com o tipo específico de equilíbrio que a Corte havia aceito, principalmente por acreditar que a proteção dada ao nascituro nas primeiras dez semanas era insuficiente.⁵² Outros foram mais longe e, reproduzindo o teor da decisão alemã de 1975, rejeitaram a possibilidade do equilíbrio legislativo com base no que argumentavam ser a proteção absoluta devida ao direito à vida, incluindo à vida dos nascituros.⁵³

Este debate foi ressuscitado quase uma década mais tarde, quando mais uma vez um referendo público foi chamado exatamente nos mesmos termos que o anterior. Ele pedia aos portugueses que aprovassem legislação de prazos que permitisse à mulher escolher o aborto nas primeiras dez semanas da gravidez. O segundo referendo foi baseado em argumentos semelhantes aos do primeiro, como a existência do aborto clandestino, a ineficácia da criminalização, o controle deficiente da legislação penal em vigor e a percepção crescente de que Portugal estava simplesmente atrasado em relação aos vizinhos europeus.⁵⁴

Desta vez, a campanha do referendo foi diferente. Somente o Partido Democrata Cristão fez campanha pelo “não”. E enquanto os sociais-democratas conservadores permitiram que os membros do partido votassem de acordo com a consciência, o Partido Socialista esteve ativamente empenhado em uma campanha de apoio pela aprovação, com o endosso pessoal do primeiro-ministro socialista José Sócrates. Vários movimentos a favor da escolha e também aqueles pró-vida foram formados e participaram da campanha. Aqueles que eram a favor da escolha incluíam médicos (como “médicos pela escolha”), bem como atores, cantores e outras figuras públicas proeminentes.

Em 2006, o Tribunal Constitucional voltou a aprovar os termos do referendo,⁵⁵ realizado em 11 de fevereiro de 2007. Somente 43,57% dos eleitores cadastrados votaram,

...

52 Acórdão n° 288/98, nota 10; ver os votos contrários de A. Tavares da Costa, P. Mota Pinto, V. Nunes de Almeida, M. P. Pizarro Beleza, e do Presidente J. M. Cardoso da Costa.

53 Acórdão n° 288/98, nota 10; ver em particular o voto contrário de Messias Bento, mas também os de V. Nunes de Almeida e do Presidente J. M. Cardoso da Costa.

54 Ver Madalena Duarte, Carlos Barradas, Ana Cristina Santos, e Magda Alves, “Representações em torno da lei do aborto em Portugal: Cenários passados e futuros”. *Revista do Ministério Público* 30.120 (2009): 191-217.

55 Ver Acórdão n° 617/2006, nota 11.

assim, a votação não teve efeito vinculante, mas, ao contrário de 1998, entre os que votaram, 59,25% apoiaram as alterações legislativas propostas. Desta vez, o governo anunciou que, independentemente da participação, legislaria de acordo com o ponto de vista da maioria.⁵⁶ E assim o fez. O fato de a reforma legislativa ter sido precedida pelo referendo impactou de maneira significativa seu formato, pois proporcionou ao Tribunal a oportunidade de influenciar a lei.

A decisão de 2006 da Corte reproduziu essencialmente as linhas doutrinárias de seu precedente de 1998. O Tribunal confirmou mais uma vez que não havia obrigação constitucional de proteger o nascituro por meio do direito penal e que as formas de proteção poderiam variar de modo a refletir as diferentes fases da gravidez. Contra a alegação de que a lei de prazos seria equivalente à completa falta de proteção para as primeiras dez semanas de gravidez, o Tribunal reiterou que a proteção constitucional deveria ser compreendida de forma abrangente e não somente em relação a um determinado momento da gravidez.⁵⁷

O julgamento de 2006, no entanto, fez mais do que simplesmente desencorajar as medidas não punitivas. Pela primeira vez, o Tribunal sublinhou a importância, se não a obrigação, de medidas não punitivas para reduzir a gravidez não desejada, como a educação sexual e o planejamento familiar, e medidas para encorajar as mulheres a escolherem a maternidade, tais como proteções relacionadas ao emprego e apoio social para pais e mães que estudam.⁵⁸ O Tribunal considerou que estas medidas deveriam ser as escolhidas, uma vez que “durante a gravidez, as mulheres normalmente estabelecem uma forte ligação emocional, de proximidade e de amor para com o ser em gestação e não apenas uma relação de respeito com um bebê desconhecido”.⁵⁹ Em outras palavras, se o Estado criar as condições sociais para permitir que as mulheres se tornem mães, elas serão.

Mais importante ainda, em 2006, a Corte reconheceu diretamente que qualquer discussão sobre a constitucionalidade do aborto não poderia ser limitada à proteção da vida intrauterina. Essa proteção deveria ser sempre equilibrada com a liberdade da mulher de escolher seu projeto de vida. A vida intrauterina não tinha prioridade constitucional ou ontológica. Usando esse quadro analítico, o Tribunal afirmou então que a decisão do legislador de atribuir proteção primária à autonomia das mulheres durante a primeira fase da gestação constituía um equilíbrio constitucional válido.⁶⁰ Ao fazê-lo, o Tribunal voltou a mencionar o aconselhamento obrigatório e os períodos de espera para acompanhar a lei

...

⁵⁶ Duarte et al., “Representações”: nota 54, página 208.

⁵⁷ Ver Acórdão n° 617/2006, nota 11, cfr. §§15, 30-31.

⁵⁸ Acórdão n° 617/2006, nota 11, cfr. §32.

⁵⁹ Acórdão n° 617/2006, nota 11, cfr. §32.

⁶⁰ Acórdão n° 617/2006, nota 11, cfr. §33.

de prazos, o que pode ser claramente interpretado como uma tentativa de orientar a reforma legislativa.⁶¹ Esse julgamento, como o anterior, esteve longe de ser unânime, com seis opiniões dissidentes reproduzindo as duas vertentes de desacordo expressas em 1998. Alguns juízes rejeitaram a ideia de que ocorrera um equilíbrio,⁶² ao passo que outros desconsideravam qualquer possibilidade de equilíbrio.⁶³ No entanto, é importante notar que, embora a maioria da Corte tenha afirmado que a lei de prazos era constitucionalmente admissível, ela não disse nada sobre qualquer exigência constitucional. Ou seja, se o direito constitucional de autonomia das mulheres exigia que a lei proporcionasse um período para a liberdade de escolha, este não estava em questão.

UM DESVIO NA DOCTRINA: A DECISÃO DE 2010

Em abril de 2007, a legislação que alterava o Código Penal de Portugal foi finalmente aprovada. As mulheres poderiam agora ter acesso ao aborto, se assim o desejassem, durante as primeiras dez semanas de gravidez após aconselhamento obrigatório e um período de reflexão. A finalidade do aconselhamento era fornecer à mulher informações para apoiar a tomada de decisão “livre, consciente e responsável”.⁶⁴ Não se pretendia a dissuasão explícita, mas a nova regulamentação determinou que, na sessão de aconselhamento, a mulher grávida fosse informada sobre as circunstâncias em que o aborto poderia ser realizado e os possíveis efeitos sobre a saúde, bem como sobre a assistência prestada pelo Estado tanto para a interrupção da gravidez como para a maternidade e, finalmente, a opção de que as mulheres usufruíssem de apoio psicológico financiado pelo Estado e apoio de um(a) assistente social especializado durante o período de reflexão obrigatória de três dias.⁶⁵

A nova lei sobre o aborto também incluiu uma cláusula de objeção de consciência que permite aos médicos e outros profissionais de saúde se recusarem a participar de qualquer ato relacionado ao aborto, mas os que assim escolhessem não poderiam participar da sessão de aconselhamento.⁶⁶ O único requisito para o aborto era o consentimento da mulher grávida, legalmente capaz, de, pelo menos, 16 anos de idade. O sistema de saúde receberia

...

⁶¹ Acórdão n° 617/2006, nota 11, cfr. §34.

⁶² Acórdão n° 617/2006, nota 11; ver os votos contrários do Presidente R. M. Moura Ramos, M. P. Pizarro Beleza e P. Mota Pinto.

⁶³ Acórdão n° 617/2006, nota 11; ver os votos contrários de B. Rodrigues e M. Torres.

⁶⁴ Lei n°16/2007, nota 7.

⁶⁵ Lei n°16/2007, nota 7.

⁶⁶ Lei n°16/2007, nota 7, artigo 2.2.

dinheiro público para cobrir os custos totais do aborto, assim como outros procedimentos médicos relacionados à gravidez recebem. Ao final, o modelo legislativo escolhido representou um meio-termo entre as opções defendidas durante a campanha do referendo por partidos políticos diferentes, inspirado indubitavelmente pelo apoio implícito do Tribunal Constitucional ao aconselhamento obrigatório (mas não explicitamente dissuasivo) como alternativa à criminalização.

Em 2007, 33 membros conservadores do Parlamento pediram ao Tribunal Constitucional para derrubar a nova lei do aborto por dois motivos. Primeiro, argumentaram que a lei violava o preceito constitucional de que “a vida humana é inviolável”,⁶⁷ uma vez que a lei tornara a vida humana desprotegida nas primeiras dez semanas de gravidez, quando o aborto está disponível a pedido da gestante. Em segundo lugar, os autores alegaram que o aconselhamento obrigatório não poderia compensar adequadamente tal falta de proteção, uma vez que o aconselhamento não era de natureza dissuasiva. Ele não incluía medidas para encorajar a proteção do feto, como a exposição obrigatória a imagens de ultrassom, nem a legislação exigia encaminhamento a instituições que apoiam a gravidez e a maternidade ou ao sistema de adoção de crianças.⁶⁸

Em fevereiro de 2010, o Tribunal Constitucional rejeitou ambos os argumentos e confirmou a constitucionalidade da legislação.⁶⁹ Este resultado foi talvez previsível, tendo em conta as decisões de referendo de 1998 e 2006 que já tinham validado, abstratamente, uma legislação de prazos. Em vez de simplesmente basear-se em precedentes, o Tribunal usou a ação de inconstitucionalidade como mais uma oportunidade para ampliar ainda mais os limites do paradigma alemão.

Na decisão, o Tribunal tem como ponto de partida a obrigação constitucional de proteger o nascituro. Seguindo precedentes, a vida do nascituro é protegida como um valor objetivo e, como tal, um valor a ser equilibrado com os direitos constitucionais das mulheres.⁷⁰ Poderia se dizer, dessa forma, que o ponto de partida do Tribunal é realmente um equilíbrio, no qual o legislador goza de uma ampla discricionariedade. Esta discricionariedade, entretanto, não é absoluta. O legislador não pode conceder demasiada proteção ao feto, uma vez que isso limitará indevidamente os direitos constitucionais das mulheres, nem dar proteção insuficiente ao valor objetivo da vida humana. O Tribunal afirmou, mais uma vez, que em nenhum momento da gravidez, incluindo nos seus primeiros estágios, o legislador poderia dar prioridade absoluta aos direitos das mulheres, sacrificando inteiramente o valor

...

⁶⁷ Acórdão n° 75/2010, nota 6, art. 2.2.1.

⁶⁸ Acórdão n° 75/2010, nota 6, art. 2.2.2.

⁶⁹ Acórdão n° 75/2010, nota 6.

⁷⁰ Acórdão n° 75/2010, nota 6, cfr. §11.4.2.

da vida.⁷¹ Isso equivaleria a um reconhecimento incondicional do direito da mulher ao aborto, um direito que o Tribunal entendia como da ordem jurídica norte-americana, mas não da portuguesa.⁷²

Há bastante espaço de manobra entre os dois extremos, uma vez que os deveres positivos (isto é, o dever de promover e proteger ativamente os direitos ou valores) são de natureza mais indeterminada⁷³ do que os deveres negativos (isto é, o dever de não infringir direitos ou valores constitucionais).⁷⁴ O Tribunal ponderou dois aspectos importantes acerca dos deveres positivos do legislador: primeiro, deve haver um conjunto de medidas positivas que proporcionem um grau adequado de proteção da vida intrauterina.⁷⁵ Em segundo lugar, o legislador pode levar em conta a fase de desenvolvimento fetal para decidir como harmonizar adequadamente o dever de proteger a vida intrauterina e os direitos fundamentais das mulheres. O Tribunal português refere-se aqui a uma relação entre a mulher grávida com o nascituro como uma “dualidade dentro da unidade”, uma frase usada originalmente pelo Tribunal Constitucional alemão em 1993.⁷⁶ Esta peculiar relação, segundo a Corte portuguesa: “não permanece estática durante toda a gravidez, mas, durante as primeiras semanas, a mulher e o nascituro... são uma unidade, ao passo que com o avanço da gravidez a dualidade surge”.⁷⁷ Em outras palavras, a Corte reconheceu que o legislador tem permissão para levar em conta a relevância da passagem do tempo, refletindo o fato de que, à medida que a gravidez progride, o mesmo acontece com a realidade existencial do feto.

Ao aplicar este equilíbrio cuidadosamente calibrado, a questão crucial é: o legislador cumpriu sua obrigação de proteção mínima ao nascituro, mesmo permitindo às mulheres uma escolha livre, consciente e responsável durante as primeiras dez semanas de gravidez, assegurada por um sistema de aconselhamento não dissuasivo? Os autores concentraram-se fortemente no requisito de aconselhamento previsto na lei de 2007 e alegaram que não era suficientemente dissuasivo e, assim, protetor da vida do nascituro. O procedimento de aconselhamento, segundo eles, era de natureza informativa. Assegurar que uma decisão de aborto

...

71 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.4.

72 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §§11.4.5, 11.4.6.

73 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.3.

74 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.3.

75 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.4.

76 Ver Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) 28 de maio de 1993, 88 BVerfGE 203 (doravante 88 BVerfGE 203).

77 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.4.

seja totalmente informada pouco protege a vida de nascituros. Os autores esperavam assim que o Tribunal português seguisse a doutrina alemã, tornando explicitamente dissuasiva a exigência de aconselhamento.

De fato, em uma decisão de 1993, o Tribunal Constitucional alemão revisitou a questão do aborto como resposta a um questionamento acerca da legislação de prazos que permitia o aborto mediante solicitação no início da gravidez.⁷⁸ O Tribunal alemão aceitou, em princípio, a constitucionalidade da legislação de prazos por motivos estritamente estratégicos, mas submeteu essa aceitação a duas pré-condições. Em primeiro lugar, o legislador tinha de assegurar que a responsabilidade da maternidade não recairia inteiramente sobre as mulheres, mas que seria compartilhada, uma vez que criar as crianças era um serviço em benefício da sociedade. Isto significava que deveriam ser tomadas medidas para garantir uma sociedade favorável à infância, incluindo, por exemplo, leis que proibissem a rescisão do contrato de trabalho por causa do nascimento de uma criança e que se assegurasse a igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho.⁷⁹ Em segundo lugar, e mais importante, antes de decidir sobre o aborto, as mulheres seriam obrigadas a passar por aconselhamento que refletisse o sistema de valores constitucionais. Isto significa que o aconselhamento não deveria apenas procurar aumentar a autonomia da mulher (garantir uma decisão livre e informada, ou mesmo uma decisão responsável e consciente), mas persuadir a mulher a continuar a gravidez recordando-lhe o seu dever de maternidade.⁸⁰

Na decisão de 2010, o Tribunal português declinou seguir o precedente alemão e fez na ocasião uma importante declaração para o constitucionalismo europeu do direito ao aborto. Ao validar a exigência de aconselhamento previsto na lei de 2007 como suficientemente protetor da vida de nascituro, o Tribunal baseou-se primeiramente no direito comparado para mostrar tanto a prevalência crescente de legislação de prazos na Europa como também a ampla variação no aconselhamento obrigatório nas diferentes legislações.⁸¹ Em uma análise comparativa, ele considerou que o aconselhamento dissuasivo explícito, tal como exigido pelo Tribunal alemão, era a exceção e não a norma e atribuiu esta situação anômala ao fato de a lei alemã reconhecer o nascituro como detentor de direitos, o que exigia uma proteção maior. Sem esse reconhecimento no direito constitucional português, o Tribunal argumentou que medidas de proteção semelhantes, tais como aconselhamento dissuasivo, simplesmente não se justificavam.⁸² Em voto fortemente contrário, o juiz Rui

...

⁷⁸ Ver 88 BVerfGE 203, nota 76.

⁷⁹ 88 BVerfGE 203, nota 76.

⁸⁰ 88 BVerfGE 203, nota 76, volume D.II.

⁸¹ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.13.

⁸² Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §§11.4.13 e 11.4.17.

Manuel Moura Ramos questionou a distinção entre o nascituro como detentor de direitos e sua vida como valor objetivo, argumentando que cada nascituro requer individualmente que sua realidade existencial seja protegida.⁸³

A maior parte da Corte portuguesa respondeu também à alegação de que, como o aconselhamento não era explicitamente dissuasivo, era meramente informativo e não protetor. O presidente do Tribunal português, por exemplo, afirmou que o aconselhamento não dissuasivo não conseguia intervir diretamente no processo de decisão mental da mulher para desencorajá-la a abortar. A maioria da Corte contestou que a própria existência de qualquer aconselhamento obrigatório só poderia ter o “efeito objetivo de (ajudar a gestante) a ganhar consciência sobre o valor da vida que ela carrega dentro dela” e, portanto, da seriedade de sua decisão.⁸⁴ O objetivo do aconselhamento era “explicar, em um clima de tranquilidade e total respeito pela autonomia decisória da mulher grávida, a existência de medidas de assistência que possam levar, por sua própria iniciativa, a uma solução alternativa àquela de interromper a gestação”.⁸⁵ Em outras palavras, se fossem oferecidas alternativas ao aborto e as mulheres tivessem conhecimento delas, poderia se esperar que algumas mulheres escolhessem aproveitá-las.

A nova lei, então, não poderia ser interpretada como o Estado desistindo de seu dever de proteger o nascituro. Para o Tribunal, uma abordagem por meio de “lei branda” – mais promocional do que repressiva – justificava-se como mais propícia para influenciar as razões que levam uma mulher a realizar um aborto e fazê-la reconsiderar sua decisão nos poucos casos em que ela não está decidida, ou seja, nos únicos casos em que os nascituros têm chance de ser preservados.⁸⁶ O Tribunal reconheceu que o legislador poderia ter utilizado de fórmulas verbais mais expressivas acerca da importância do valor da vida, mas isso teria um caráter mais simbólico, não proporcionaria necessariamente maior grau de proteção ao nascituro. Não há evidência empírica de que o requisito de aconselhamento dissuasivo do modelo alemão seja particularmente eficaz. Pelo contrário, prosseguiu o Tribunal, é razoável que o legislador presuma que, na fase inicial, a proteção do nascituro seja mais efetivamente realizada por meio da proteção da mulher (ou seja, confiar no seu sentido de responsabilidade e confiar no seu julgamento), certificando-se apenas de que a decisão seja informada e desejada.⁸⁷

...

⁸³ Acórdão n° 75/2010, nota 12; ver o voto contrário do Presidente do Tribunal Rui Manuel Moura Ramos (§§2-3).

⁸⁴ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.15.

⁸⁵ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.9.2.

⁸⁶ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.10.

⁸⁷ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.10.

Mais fundamentalmente, deixando de lado as considerações estratégicas de eficácia e focando na dignidade constitucionalmente protegida das mulheres, a Corte sustentou que a compreensão das mulheres como “responsáveis e sensíveis às razões contra o aborto” não era compatível com um sistema de aconselhamento infantilizador e paternalista. Em outras palavras, um modelo que entende a escolha responsável da mulher grávida e inclinada a cooperar com o dever do Estado de proteger a vida não pode ser facilmente conciliado com um que a pressiona e interfere em seu processo decisório apelando “às emoções e à vulnerabilidade psicológica”.⁸⁸ Tal abordagem pode provocar o oposto do resultado desejado e, portanto, revelar-se ineficaz, e, mais ainda, essa abordagem nega o respeito às mulheres como sujeitos constitucionais completos, como titulares de direitos. Interessante notar que, pela primeira vez na jurisprudência da Corte, a decisão de 2010 afirmou que o valor da dignidade não se expressava apenas na vida intrauterina, mas também na mulher que é, afinal, detentora dos direitos. A dignidade das mulheres, afirmou a Corte, deve também moldar o aconselhamento recebido.

A Corte rejeitou, assim, a visão de que mulheres grávidas que consideram o aborto o fazem por razões hedonistas e egoístas e baseou tal afirmação em dados sociológicos.⁸⁹ A decisão de fazer um aborto é tomada, apesar da ansiedade que ela gera, com a convicção genuína de que isso é o melhor a se fazer, depois de se ponderar responsabilmente o valor do nascituro, bem como a existência de outros tipos de danos a serem evitados.⁹⁰ O Tribunal reconheceu que entre estes danos estava o de que a obrigação positiva de cuidar de uma pessoa por muitos anos pode sobrecarregar a própria existência. É a maternidade, e não somente a gravidez, que a Corte pareceu reconhecer como o que está em jogo.

Ao reconhecer que é a maternidade que está em jogo no final das contas quando se debate o aborto, o Tribunal afirmou que, em vez de regulamentar o comportamento das mulheres por meio da criminalização do aborto, a proteção do nascituro “recai sobre o Estado (que deve) controlar os fatores de risco por meio da educação e adoção de políticas sociais que favoreçam a concepção responsável e a vontade de levar a gravidez adiante”.⁹¹ Oferecer serviços de educação sexual e de planejamento familiar, bem como assegurar condições decentes de vida e de trabalho, por meio de políticas sociais a favor da maternidade e da vida familiar, são necessárias para proteger a vida do feto. São, ao fim e ao cabo, estas medidas que mostram que o Estado português não é indiferente ao aborto.⁹²

88 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.16.

89 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.10.

90 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.10.

91 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.18.

92 Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.4.18.

Ao final, a linguagem da proteção provou ser discursivamente valiosa para os dois lados. Os autores concordaram que as mulheres precisam de proteção, não somente para o trabalho da maternidade, mas também contra os danos do aborto. Analogamente aos debates sobre a legislação do tabaco, eles argumentaram que a liberdade das mulheres deveria ser limitada para sua própria proteção. Embora os autores não citassem nenhuma evidência empírica para sustentar tal argumento, o Tribunal aceitou que “consequências prejudiciais, incluindo aquelas de natureza não transitória, poderiam afetar o bem-estar psicológico das mulheres em especial, com sentimentos frequentes de perda e culpa após abortos”.⁹³ O Tribunal, no entanto, alegou que o legislador tinha sido sensível a isso ao exigir a necessidade de informar às mulheres, por meio do aconselhamento, das possíveis consequências relacionadas à saúde em função do aborto e pela exigência de que ele fosse realizado por um médico em um estabelecimento de saúde legalmente autorizado.⁹⁴ Além disso, era um erro pensar que as proibições ao aborto protegeriam as mulheres. Ao contrário, a provável consequência seria a de levar as mulheres a abortos inseguros, um risco muito maior para sua saúde.⁹⁵ Com efeito, se a preocupação era verdadeiramente com a saúde das mulheres, o foco, segundo a Corte, deveria ser nas políticas sociais, ao tornar a maternidade responsável mais acessível, uma vez que, como observou o Tribunal, “a melhor proteção da vida pré-natal é a proteção da vida existente”.⁹⁶

A EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DAS MULHERES NA REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ABORTO

O precedente alemão de 1975 teve grande impacto no constitucionalismo europeu do direito ao aborto. Como resultado, a arquitetura constitucional do aborto foi muitas vezes construída em torno da proteção do nascituro. Em alguns países, isso impediu a liberalização do aborto, particularmente a adoção da legislação de prazos. Embora a decisão alemã de 1993 tenha concedido apoio constitucional ao aborto mediante solicitação no início da gravidez, ela determina, se não ao menos endossa, um aconselhamento dissuasivo explícito para atender às normas constitucionais mínimas.

A virada do século atual trouxe uma guinada doutrinária. Mesmo os sistemas constitucionais inspirados no paradigma alemão começaram a abandonar medidas punitivas e endossam

...

⁹³ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.6.

⁹⁴ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.6.

⁹⁵ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.6.

⁹⁶ Acórdão n° 75/2010, nota 12, cfr. §11.6.

medidas preventivas e de promoção nos estágios iniciais da gravidez. Estas mudanças não são meras concessões estratégicas (ou seja, alternativas mais eficientes), mas uma mudança de princípios que questiona a essência da doutrina alemã.

Nesse sentido, a decisão portuguesa de 2010 representa a expressão mais sofisticada de uma doutrina que apoia o modelo de prazos com base em princípios que afirmam a proteção constitucional tanto dos interesses reprodutivos das mulheres como dos nascituros. Embora esta doutrina ainda comece com a obrigação constitucional de proteger a vida do nascituro, e, nesse sentido, permaneça dentro do paradigma alemão, ele aqui não é considerado detentor de direitos. A vida humana é caracterizada como um processo evolutivo com marcas de desenvolvimento qualitativamente relevantes, o que permite diferentes graus de proteção ao longo do processo. Crucialmente, os direitos constitucionais das mulheres e seus interesses passam a ser reconhecidos, incluindo o livre desenvolvimento de sua personalidade e autonomia reprodutiva. Consequentemente, a obrigação estatal de proteger a vida intrauterina não pode automaticamente, e por uma questão de princípio, naturalizar o dever da mulher como mãe. O Estado é obrigado a encontrar uma maneira de harmonizar os interesses das mulheres e a proteção devida ao nascituro.

Subjacente a esta evolução jurisprudencial está uma visão em mutação acerca da mulher grávida. A relação entre a mulher e o feto dentro dela já não é vista como antagônica. Dessa forma, a necessidade de proteger o feto dos motivos egoístas ou irresponsáveis da mulher, forçando-a a aceitar seu destino como mãe, é substituída por uma visão da mulher grávida como uma entidade única (uma dualidade dentro da unidade) e uma tomadora de decisões responsável. Esta mulher é construída não como alguém inclinado a tomar a decisão de prosseguir ou interromper sua gravidez de forma leviana, ou simplesmente por razões egoístas ou hedonistas. Ao contrário, reconhece-se que ela é influenciada pela existência de meios e apoio (ou a falta deles), ou pela convicção de que ela deve evitar danos aos outros e a si mesma.

A legislação de prazos sobre o aborto apoia-se, assim, tanto em termos de eficácia como de princípios, na convicção de que as medidas punitivas não são os meios adequados para lutar contra o aborto e que, durante as fases da gravidez, o nascituro pode ser mais bem protegido através da mulher grávida. Isso requer tanto confiança em seu julgamento como em garantir que sua decisão seja livre e informada. Esta visão das mulheres reconhece que é a tarefa vitalícia da maternidade que está em jogo na decisão do aborto, não apenas o processo biológico da gravidez e do parto.

Esta base de princípios da validação constitucional do Tribunal, ou seja, a devida consideração pela autonomia e dignidade das mulheres grávidas, reflete-se na natureza e nas características do procedimento de aconselhamento que acompanha a lei. Distanciando-se claramente do precedente alemão, em 2010 o Tribunal português reconheceu que o aconselhamento explicitamente dissuasivo para pressionar as mulheres para a maternidade não era uma exigência constitucional necessária, ou mesmo admissível. A compreensão das mulheres

como responsáveis e sensíveis às razões que falam contra o aborto não poderia ser conciliada com um sistema de aconselhamento infantilizador e paternalista. Pode-se dizer o mesmo sobre as razões de proteção às mulheres, que, em nome da sua saúde, procuram proteger as mulheres de si mesmas em vez de facilitar o acesso à informação e os meios de tomar decisões reprodutivas livres e informadas.

Conciliar o respeito devido ao nascituro e a autonomia reprodutiva das mulheres desta forma (ou seja, respeitando as mulheres como tomadoras de decisões responsáveis, mesmo quando o que decidem fazer é interromper a gestação) exige aceitar que a proteção da vida do nascituro pode não estar relacionada à otimização do número real de fetos que se tornam seres humanos completos, mas a colocar a reprodução humana realmente no centro das preocupações. Fazer isso requer tanto que o processo reprodutivo não seja trivializado, como que os encargos da reprodução humana sejam equitativa e socialmente compartilhados. O Estado deve adotar políticas educacionais que busquem tal concepção responsável e assegurar uma sociedade favorável à reprodução. Ele não pode esperar que as mulheres atuem como meros recipientes de reprodução, mas deve criar as condições para garantir que a sua disposição para a gravidez e maternidade seja verdadeiramente livre. Somente sob esta lógica podemos entender como o reconhecimento da liberdade reprodutiva das mulheres e a garantia de uma sociedade favorável à reprodução podem ser vistos como parte de um sistema legal que respeita o valor de dignidade do nascituro.

CONCLUSÃO

Por fim, os textos constitucionais que reconhecem explicitamente os direitos reprodutivos das mulheres, assim como a obrigação do Estado de facilitar uma sociedade favorável à reprodução e equitativa em benefício de todos, provavelmente proporcionariam fundamentos constitucionais muito mais sólidos para a proteção da mulher e da vida humana do que textos constitucionais silentes sobre o assunto, sujeitos aos caprichos de interpretações em mutação por parte de tribunais e congressos predominantemente masculinos. O ponto fraco da doutrina portuguesa é que ela ainda enquadra o aborto como uma questão de descrição legislativa. O legislador *pode* adotar uma lei de prazos e fazê-lo sem aconselhamento dissuasivo, invasivo e paternalista explícito. Mas sem um reconhecimento mais explícito da situação constitucional das mulheres e das obrigações positivas do Estado de criar uma sociedade favorável à reprodução, uma reviravolta pode ser difícil de evitar.

Acreditar que uma reviravolta seja improvável pode ser enganoso, pois os acontecimentos na Espanha provam o contrário. Em 2010, sob o governo socialista de Zapatero, foi aprovada legislação na Espanha que se afastou de um modelo de indicações, com aplicação vaga. As mulheres tinham o direito de decidir livremente sobre o aborto nas primeiras 14 semanas de gravidez, após aconselhamento obrigatório, mas não explicitamente

dissuasivo.⁹⁷ Como se afirma no preâmbulo, a lei visava proteger os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como aspectos da igualdade de gênero e como parte de uma política pública mais ampla em matéria de saúde sexual e reprodutiva, porém agora está sendo questionada no Tribunal Constitucional espanhol.

Mesmo se a lei de 2010 for mantida, o governo de direita de Rajoy, eleito em 2011, declarou sua intenção de voltar ao menos ao modelo de indicações em vigor antes da reforma legislativa. O Ministro da Justiça, Ruiz Gallardon, posteriormente exonerado, cogitou estabelecer uma regulamentação ainda mais restritiva do que anteriormente em vigor, eliminando a indicação eugênica. Depois de uma forte mobilização dos cidadãos, e tendo em vista as cisões internas do próprio partido do governo, o esforço de reverter a reforma não obteve êxito e a única mudança efetiva foi o aumento da idade de consentimento de 16 – idade mínima para tratamento médico de acordo com a lei que regula a autonomia do paciente – para 17 anos. Mulheres com menos de 17 anos precisam agora do consentimento de um dos pais de acordo com a lei.⁹⁸ No entanto, a lei de regulamentação do aborto ainda está sendo contestada perante o Tribunal Constitucional espanhol e o fato de ele ser composto por uma maioria conservadora não é muito animador.

Em Portugal houve também a possibilidade de retrocessos nos últimos tempos. Em julho de 2015, a coligação de centro-direita aprovou a Lei 16/2007 e que traziam importantes reformas à legislação em vigor. Entre as mudanças estava o pagamento de taxas para casos de aborto durante as primeiras 10 semanas quando fruto de vontade da mulher (Lei nº 134/2015 de 7 de setembro), bem como o aconselhamento psicológico e social obrigatório fornecido pelos centros médicos que realizam os abortos permitirem que médicos que se opõem à realização da interrupção da gravidez fazerem parte desses encontros (Lei nº 136/2015 de 7 de setembro). Ambas as reformas foram rejeitadas, após uma fracassada tentativa de veto pelo Presidente da República, quando o novo governo de esquerda assumiu o poder em outubro 2015 e, assim, a Lei 16/2007 voltou a prevalecer nos termos pré-reforma aqui descritos.

Dada a natureza bastante viva e contenciosa do constitucionalismo sobre o aborto em muitos países latino-americanos, vários dos quais têm poderosos movimentos católicos e herdaram por intermédio da Espanha as sementes da doutrina alemã, é muito importante que esse caminho constitucional aberto pelo Tribunal português seja consolidado na Espanha e notado em outros países. A decisão portuguesa de 2010 oferece um enquadramento

97 Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (Lei Orgânica 2/2010, de 3 de março) (Espanha).

98 Lei Orgânica 11/2015 de 21 de setembro que reforça a proteção das jovens menores de idades e das mulheres de capacidade reduzida sobre a interrupção voluntária da gravidez.

para apoiar o aborto a pedido da mulher, em um equilíbrio entre a dignidade das mulheres e a autonomia reprodutiva, bem como a dignidade e o respeito devidos ao nascituro, desde que o Estado atenda à tarefa de assegurar políticas para transmitir adequadamente o imperativo constitucional de não banalizar a reprodução humana.

NOTA DE AGRADECIMENTO

A versão original deste texto foi publicada em RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: New Trends in European Constitutionalism. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 36-55. Esta republicação foi autorizada pela University of Pennsylvania Press. A tradução para o português foi feita por Daniela Sequeira, com revisão técnica de Marta Rodriguez de Assis Machado. Agradecemos à Rebecca Cook e à Linda Hutjens a viabilização e financiamento desta tradução, bem como à autora, por ter autorizado e revisto a mesma.

Ruth Rubio-Marín

PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPANHA. PROFESSORA DO HAUSER GLOBAL LAW SCHOOL PROGRAM NA NEW YORK UNIVERSITY, EUA. FOI PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO NO EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, EM FLORENÇA, ATÉ 2016.