

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: O DIREITO AO ABORTO LEGAL E SEGURO

*Leila Linhares Barsted**

“O corpo das mulheres é um território em disputa, marcado pelo poder de domínio de um sistema patriarcal que historicamente dele usufruiu, apropriando-se de seu potencial produtivo e reprodutivo. Este sistema, transversal a todas as sociedades, determina que ainda na primeira década do século XXI as mulheres continuem sem a autonomia suficiente para adotar decisões livres, responsáveis e informadas sobre seu território corporal, o que obstaculiza seu reconhecimento como sujeitas de direitos e afeta sua vida e saúde.”¹ (Comunica Rede, 2008)

“Não podemos apagar a existência da diferença sexual, podemos apenas lutar contra o arbítrio da interpretação social quando esta conduz a uma privação de direitos e de liberdade.”² (Colette Chiland)

“Vamos obter um direito que ninguém quer usar, mas de qualquer modo nos é devido (...); perspectiva que ninguém deseja para si, mas liberdade de que, surgindo a necessidade, ninguém nos pode razoavelmente privar.”³ (Carmen da Silva, 1983)

SUMÁRIO: Introdução. Marcos Legal e Doutrinário. Saúde Sexual e Reprodutiva. Os Direitos Sexuais e Reprodutivos no Brasil: o Direito à Situação da Interrupção Voluntária da Gravidez. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Falar sobre direitos sexuais e reprodutivos, em especial sobre o direito ao aborto legal e seguro, importa reconhecer os obstáculos para a sua concretização. De fato, historicamente, o controle da reprodução e da sexualidade sempre esteve

* Advogada, diretora da CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação; Membro do Comitê de Especialistas da OEA para o Monitoramento da Convenção de Belém do Pará.

1 Texto publicado pela Comunica Rede, em 28 de maio de 2008, por ocasião do Dia Internacional de Ação pela Saúde das Mulheres Campanha pelo Exercício dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos. Ver o *site* da Rede Feminista <www.redesaude.org.br>.

2 CHILAND, Colette. *O sexo conduz o mundo* (2005). Rio de Janeiro: Companhia de Freud.

3 Trecho de artigo de Carmen da Silva, escritora feminista, na coluna A Arte de Ser Mulher, da *Revista Cláudia*, de 26 de junho de 1983.

presente no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da constituição da família heterossexual e da procriação “legítima”, por meio da exigência explícita da virgindade feminina e da sujeição dos cônjuges, em especial da mulher, ao débito conjugal. Tal controle levou à criminalização de um conjunto de comportamentos considerados “atentatórios” à família, como o adultério, por exemplo, e acarretou a criminalização da prática do aborto. Somente na década de 2000, o legislador retirou do Código Penal o crime de adultério, mantendo, no entanto, a criminalização do aborto voluntário, exceto quando a gestação representar risco para a vida da gestante ou for consequência de violência sexual. Assim, tem o Brasil, uma das mais severas legislações criminalizadoras da interrupção voluntária da gravidez⁴.

Até a década de 1990, quase toda a referência às questões da sexualidade no direito brasileiro estava presente em leis ou artigos de leis relativos à família, ficando claro que, no ordenamento jurídico, apesar dos avanços da Constituição Federal de 1988, o campo da sexualidade ainda está subjugado ao da reprodução⁵. Essa percepção nos permite compreender a importância do modelo, ainda tradicional, de família no Brasil não apenas no direito, mas, principalmente, no marco de uma cultura permeada pelo autoritarismo e pelo sexismo e ainda refratária ao reconhecimento *de fato* da cidadania das mulheres e de todos os direitos dela decorrentes⁶.

A partir das últimas décadas, esse quadro normativo passou a ser questionado pelos movimentos de mulheres que têm apresentado um conjunto de demandas relativas à extensão de direitos no campo da saúde sexual e reprodutiva, à proteção contra violações de direitos, em especial contra a violência sexual; à descriminalização de comportamentos considerados ilícitos pela influência de forte componente de moral religiosa, especialmente o aborto; a novos direitos civis no campo da família, dentre outros.

Tais demandas têm como fundamentos legais os princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal, a garantia mais forte de proteção dos direitos individuais. O potencial revolucionário desses princípios deve iluminar as demandas por direitos sexuais e reprodutivos, tendo em vista que provocam a ampliação conceitual desses direitos constitucionalmente declarados tais como o direito à autonomia, à privacidade e à intimidade.

4 A legislação brasileira coloca-se ao lado da lei do Sudão e contra a posição da maioria de países, dentre os quais Canadá, EUA, Reino Unido, Suécia, Áustria, França, Itália, Holanda, Bélgica, Grécia, Espanha, Romênia, Dinamarca, China, Cuba, Finlândia, Áustria, Japão, Coreia do Norte, Índia etc. Ver a esse respeito os arts. 124 a 128 do Código Penal Brasileiro.

5 Ver, a esse respeito, o Código Civil, o Código Penal e a Legislação Trabalhista.

6 Ver a esse respeito BARSTED, Leila Linhares (1998). Sexualidade e Reprodução: Estado e Sociedade. In: *Saúde Reprodutiva na América Latina e no Caribe*. São Paulo: 34. E (2005) Conquistas da Sexualidade no campo do Direito. In *Sexualidade, Gênero e Sociedade*, Ano XII, n. especial, Rio de Janeiro: CLAM/IMS/UERJ.

Nesse artigo, de forma sintética, destaco os marcos legal, doutrinário e conceitual que devem pautar o debate jurídico sobre direitos sexuais e reprodutivos, incluindo a descriminalização do aborto voluntário.

MARCOS LEGAL E DOUTRINÁRIO

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos está expresso em tratados, convenções e pactos que têm força de lei nacional nos países membros da ONU; também está expresso nas Recomendações, Resoluções, Declarações e Planos de Ação de Conferências internacionais que compõem o que poderíamos denominar de doutrina jurídica internacional de proteção aos direitos humanos. São esses instrumentos que devem servir de norte para a elaboração e interpretação das leis dos países membros da ONU.

A Constituição Brasileira de 1988 se insere nesse sistema das Nações Unidas ao declarar como um de seus princípios o respeito à dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, e recepciona, nos §§ 2º e 3º de seu art. 5º, os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É com tal marco legal de reconhecimento e de proteção aos direitos humanos que abordaremos nesse artigo o tema dos direitos sexuais e reprodutivos, incluindo o direito ao aborto legal e seguro.

Cumprido destacar que, em 1983, por força do movimento feminista e de profissionais de saúde, foi aprovado pelo governo federal o PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher que, apesar do contexto ainda de ditadura militar, representava o reconhecimento da autonomia reprodutiva das mulheres e do dever do Estado de implementar por meio das instituições de saúde ações voltadas para atenção integral à saúde das mulheres em todas as fases de sua vida.

Em 1988, finda a ditadura, a nova Constituição democrática brasileira inseriu no art. 196 a declaração de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a *redução do risco de doenças e de outros agravos* e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso).

Além disso, o art. 226, § 7º, da Constituição declara o direito ao planejamento familiar, fundado no respeito à dignidade humana, na paternidade responsável, na decisão livre do casal e na proibição de qualquer forma coercitiva, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Ou seja, a Constituição reconhece que o planejamento familiar implica a tomada de decisões livres e conscientes de mulheres e homens sobre ter ou não ter filhos.

Tais decisões implicam um conjunto de variáveis, incluindo as condições materiais e emocionais, e também crenças religiosas.

Na década de 1990, as Conferências da ONU⁷, em especial a Conferência de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, e a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, em 1995, passaram a utilizar o conceito de saúde sexual e reprodutiva, e os correspondentes conceitos de direitos sexuais e reprodutivos. Ampliaram, assim, a compreensão da terminologia “planejamento familiar” e indicaram a distinção entre o exercício da sexualidade e a reprodução. Essas duas Conferências, em especial a IV Conferência Mundial da Mulher, chamaram atenção para a questão da interrupção voluntária da gravidez e seu impacto sobre a saúde das mulheres.

Dentre os inúmeros capítulos do Plano de Ação da Conferência de População e Desenvolvimento, destaca-se o capítulo sobre direitos reprodutivos e saúde reprodutiva. Nesse capítulo, o Plano reconhece que os indivíduos e os casais têm direitos reprodutivos e que podem decidir sobre o tamanho de suas famílias. Houve consenso dos países membros das Nações Unidas na rejeição de políticas demográficas pautadas pela coação e pela violência. Nesse documento está presente a preocupação com a saúde reprodutiva, incluindo o cuidado na fase de gravidez, no parto, no tratamento da infertilidade, no acesso aos meios e informações sobre contracepção. Esse Plano de Ação manifesta a preocupação com a questão do aborto, particularmente aquele realizado em condições que acarretam sequelas. Nesse capítulo, está definido que a saúde reprodutiva é um estado geral de bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doenças ou dores, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivos e suas funções e processos⁸.

Essa concepção sobre saúde e direitos reprodutivos foi aprofundada, em 1995, na IV Conferência Mundial da Mulher, que reconhece que os direitos humanos das mulheres incluem seu direito a ter controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente em relação a essas questões, sem estarem sujeitas à coerção, à discriminação e à violência⁹. A Plataforma dessa Conferência destaca que, em caso algum, deve o aborto ser promovido como um método de planejamento familiar. Exorta-se a todos os governos e *organizações*

7 Considerando o grave quadro mundial de negação e violação dos direitos das mulheres, as Nações Unidas reconheceram que as desigualdades de gênero constituam-se impedimento aos direitos das mulheres. Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, afirmaram que os direitos das mulheres são direitos humanos. A Declaração e o Programa de Ação dessa Conferência deram alento à introdução da perspectiva de gênero em todas as demais Conferências da ONU da década de 90. Em Viena, as Nações Unidas reconheceram que a promoção e a proteção dos direitos humanos das mulheres devem ser questões prioritárias para a comunidade internacional.

8 Plano de Ação da Conferência de População e Desenvolvimento, Nações Unidas, 1994.

9 Plano de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, Nações Unidas, 1995.

intergovernamentais e não governamentais a aumentarem seu compromisso com a saúde da mulher, a ocupar-se dos riscos dos abortos realizados em más condições e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família. Destaca, ainda, que as mulheres que têm uma gravidez não desejada devem ter fácil acesso à informação fidedigna e a assessoramentos compreensivos e que, nos casos em que o aborto não é contrário à lei, os abortos devem ser realizados em condições adequadas. A Plataforma assinala, ainda, que, em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento das complicações resultantes do aborto e que os serviços de aconselhamento, educação e planeamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos imediatamente, o que ajudará a evitar abortos repetidos.

A Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher reconheceu ainda que o aborto em condições perigosas coloca em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, e, nesse sentido, recomenda aos governos considerar a possibilidade de revisar as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que também realizam abortos ilegais.

Esses documentos internacionais destacam três elementos importantes para a saúde sexual e reprodutiva: a) a autonomia reprodutiva; b) o aborto como uma questão de saúde pública; c) o dever dos Estados de reduzir a mortalidade materna e promover a saúde reprodutiva.

Assim, falar sobre planeamento familiar e sobre a interrupção voluntária da gravidez necessita ter como marco o consenso obtido nessas Conferências que avançaram na definição de uma doutrina jurídica sobre o conceito de saúde sexual e reprodutiva e reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos. É essa doutrina que deve orientar a interpretação e a elaboração da legislação nacional. Ao assinar os Planos de Ação das Conferências de Cairo e de Beijing, o Brasil, que já garantia em sua Constituição o direito à saúde para homens e mulheres e a autonomia reprodutiva, assumiu o compromisso de implementar as decisões desses documentos internacionais.

É importante recordar que, desde meados da década do século XX, a produção legislativa e doutrinária internacional sobre direitos humanos das Nações Unidas tem se constituído em um neojusnaturalismo que vem desafiando o direito positivo, ao mesmo tempo em que amplia e supera o sentido territorial de cidadania. Essa produção legislativa e doutrinária adota a perspectiva de gênero que permite observar as diversas formas de discriminações contra as mulheres e a necessidade de sua superação. Dessa forma, os temas da reprodução e da sexualidade apareceram como parte integrante dos direitos humanos, incluindo proteções a bens jurídicos tais como a limitação da idade mínima para o casamento, a saúde em seu sentido amplo, a segurança sexual das mulheres e meninas, dentre outros. Incluem, também, proteções para a redução da

magnitude da morbimortalidade materna, incluindo aquela derivada de abortos ilegais e inseguros. A inclusão da saúde sexual e reprodutiva no campo dos direitos humanos, na perspectiva da indivisibilidade desses direitos, lhe confere o *status* de bem jurídico articulado aos demais direitos de cidadania, entre os quais os direitos à liberdade, à igualdade de tratamento, à dignidade, à intimidade, à privacidade e à autonomia.

Nesse sentido, o desafio de trabalhar com as noções de direitos sexuais e reprodutivos exige a articulação de tais direitos com os princípios norteadores de um ordenamento jurídico democrático. Isso significa a busca de parâmetros que orientem as demandas por tais direitos de forma sistêmica, no contexto dos direitos e garantias individuais, sem fragmentá-las em normas isoladas ou pragmáticas. Nossa Constituição Federal apresenta, logo em seu Preâmbulo, a coerência com os princípios da legislação e doutrina internacionais de direitos humanos. Dentre esses princípios, a Constituição Federal Brasileira reconhece e protege os direitos relativos à liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, considerados “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”. Todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro devem ser interpretadas e aplicadas sob tal orientação.

Conforme já destacado por Piovesan (2003)¹⁰, ao introduzirmos a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e a ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta duas vertentes diversas e complementares. Uma aponta para o campo da liberdade e da autodeterminação individual, compreendendo o livre exercício da sexualidade, sem discriminação, coerção ou violência e sem a interferência do Estado, a não ser para garantir o exercício desses direitos. A segunda vertente indica a necessidade de formulação e implementação de políticas públicas de qualidade, acesso à informação e ao avanço científico que possibilitem seu efetivo exercício e, nesse caso, a interferência do Estado se faz necessária. Com tal perspectiva, essa autora observa que, no delineamento dos direitos sexuais, e também dos direitos reprodutivos, deve-se considerar quatro princípios vetores dos direitos humanos: o da universalidade, o da indivisibilidade, o da diversidade e o democrático, que para que tenham força plena devem estar articulados, necessariamente, ao princípio da laicidade do Estado.

Em relação ao princípio da laicidade, Barzellato¹¹ (2005) faz referência ao seminário sobre religião, realizado, no início da década de 1990, em Genval, Bélgica,

10 PIOVESAN, Flávia et Alii (2003), PIOVESAN, Flávia, BARSTED, Leila Linhares, VENTURA, Miriam & IKAWA, Daniela (2003). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocacia/UNFPA.

11 BARZELATTO, José (2005). Nuevos desafíos de la responsabilidad política. El propósito de la reunión y algunas reflexiones personales sobre su contexto. In: PITANGUY, Jacqueline & MOTA, Adriana (org.). *Novos desafíos da responsabilidade política*. Rio de Janeiro: CEPIA/Fórum da Sociedade Civil das Américas.

que reuniu destacados teólogos com o objetivo de debater e contribuir com insumos para a Conferência do Cairo. O informe final desse evento assinalou a importância da liberdade de religião e, ao mesmo tempo, agregou que o corolário da liberdade de praticar e propagar uma fé é a liberdade de outros a não se ver obrigado a aceitar uma determinada religião. Com essa perspectiva, não apenas a interrupção voluntária da gravidez foi debatida nesse seminário, como também seus participantes estimaram razoável descriminalizar o aborto.

Os princípios da universalidade, da indivisibilidade, da diversidade, da democracia e da laicidade do Estado devem, dessa forma, orientar a construção e a interpretação de um marco legal ético voltado não apenas para proteções contra violações, mas, principalmente, para a construção de visões positivas, inovadoras e alternativas.

Nesse sentido, Petchesky¹² (1999) aponta para a necessidade de uma visão alternativa e positiva dos direitos sexuais, que abrange um grupo de princípios éticos e uma ampla gama de condições capacitantes, entre as quais a diversidade ou a pluralidade sexual, com destaque para o “consentimento”; o reconhecimento da “diversidade habitacional”, abrangendo as diversas formas de família que devem merecer proteção; o direito ao prazer sexual, como parte da saúde básica e do bem-estar necessário à vida humana; a autonomia/liberdade para tomar decisões, inclusive no que diz respeito à identidade sexual e ao estabelecimento de relacionamentos íntimos, bem como ter controle sobre seu próprio corpo, bem como a equidade de gênero.

SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

Em 1994, a Conferência do Cairo, em consonância com a Organização Mundial de Saúde – OMS, definiu que a saúde reprodutiva “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo (...). Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis”.

Em 1995, a IV Conferência Mundial da Mulher estabeleceu que “a atenção à saúde reprodutiva se define como um conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuam para a saúde e o bem-estar reprodutivos ao evitar e resolver problemas

12 PETCHESKY, Rosalind (1999). Direitos sexuais: um novo conceito na prática internacional. In: BARBOSA, Regina & PARKER, Richard (org.). *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. IMS/UERJ. Rio de Janeiro: 34.

relacionados com a saúde reprodutiva. Incluiu também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais e não meramente o assessoramento e a atenção em matéria de reprodução e de doenças de transmissão sexual”.

Para Cook, Dickens e Fathala (2004), o conceito de saúde reprodutiva é um dos marcos da história social do século XX. Assinalam que o *risco à saúde reprodutiva das mulheres vem de múltiplas opressões e negações de oportunidades e escolhas em suas famílias, comunidades, culturas e sistemas de políticas nacionais*¹³. Por isso consideram que a saúde reprodutiva é mais crítica para as mulheres que para os homens, considerando a histórica subordinação cultural, social e mesmo legal das mulheres.

Esses autores destacam a ocorrência de uma evolução nas leis sobre saúde reprodutiva e sexual, passando de uma base de lei criminal, que defende morais religiosas, para uma base com foco nos interesses dos indivíduos no que se refere à própria saúde e bem-estar. Consequentemente, as leis têm sido progressivamente liberalizadas para permitir a promoção e a distribuição de métodos contraceptivos e o acesso ao aborto¹⁴. Lembram ainda que, em países como Estados Unidos, Reino Unido e Canadá houve resistências aos métodos médicos de reprodução assistida em casos de infertilidade, sob o argumento de que contrariavam crenças tradicionais e religiosas, referentes à origem da concepção e da vida humana¹⁵.

Correa, Jannuzzi e Alves (2003) chamam atenção que apesar do Plano de Ação do Cairo “usar os termos (saúde) sexual e reprodutiva juntos é preciso ter claro que se trata de duas dimensões separadas. A atividade sexual não implica, necessariamente, em reprodução. A reprodução, geralmente, envolve a atividade sexual, mas com as novas técnicas de fertilização *in vitro* pode haver reprodução sem intercurso sexual”¹⁶. Esses autores destacam a existência de duas correntes que conceituam saúde sexual; uma que considera a saúde sexual como parte da saúde reprodutiva¹⁷ e outra que define a saúde sexual como a “habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem risco de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação e que incluiu o prazer e a determinação pessoal”¹⁸.

13 COOK, DICKENS e FATHALA (2004). *Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos*: integrando medicina, ética e direito. Rio de Janeiro: OXFORD/CEPIA. p. VII e VIII.

14 Idem.

15 Idem.

16 CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, José Estáquio Diniz (2003) CORREA, Sonia (1999). Saúde reprodutiva, gênero e sexualidade. In: GIFFIN, Karen e COSTA, Sarah (org), *Questões da Saúde Reprodutiva*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ.

17 Disponível em: <www.familycareintl.org>. Apud CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, José Estáquio Diniz (2003), opus cit.

18 HERA, *Direitos sexuais e reprodutivos e saúde das mulheres*: idéias para ação, 1999. HERA – Health, Empowerment, Rights & Accountability. Disponível em: <www.iwhc.org/hera> Apud CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, Jose Estáqui Diniz (2003), opus cit.

OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO BRASIL: O DIREITO À SITUAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

Os acessos à saúde sexual e reprodutiva no Brasil e aos direitos que protegem esses bens jurídicos esbarram em muitos obstáculos dentre os quais: a falta de informação, a escassez de serviços de boa qualidade, em especial nas regiões mais pobres do país e nas áreas rurais; a concentração de serviços de saúde nos centros urbanos; o déficit de cidadania ainda existente, em especial para as mulheres pobres; a criminalização do aborto, bem como, nos casos de aborto em face de gravidez resultante de estupro (aborto legal) a não aplicabilidade do permissivo legal (art. 128 do CP).

Tais obstáculos têm como consequência índices ainda altos de morbimortalidade materna¹⁹ e desrespeito a direitos sexuais e reprodutivos.

Levantamento sobre a situação da pesquisa no campo da sexualidade e dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, realizado por Citeli²⁰ (2005), destaca o aborto como o objeto de maior número de estudos localizados no tema da saúde reprodutiva. Certamente, essa prevalência do tema deve-se ao fato de o aborto ser criminalizado pela lei e, ao mesmo tempo, recorrentemente utilizado pelas mulheres, de forma clandestina, para a interrupção voluntária da gravidez, com grande risco para suas vidas. Nesse sentido, explica-se por que o polêmico tema do aborto, desde o início da década de 1980, tem constituído uma questão e uma demanda pela descriminalização ou legalização, por parte dos movimentos de mulheres.

Em relação ao direito ao abortamento legal e seguro, mesmo após as Conferências da década de 1990, os projetos de lei sobre a descriminalização do aborto, ou sobre a ampliação dos permissivos legais, encontram até os dias de hoje uma enorme dificuldade de caminhar para o debate e aprovação no Congresso Nacional. Tal fato ocorre por força, particularmente, da ainda importante pressão de setores religiosos sobre o Estado, pressão que busca descaracterizar a laicidade da República brasileira, proclamada desde seu advento no século XIX, e mantida no art. 19, I, da Constituição de 1988²¹.

19 Mesmo considerando a divulgação da recente queda da mortalidade materna no Brasil, essa ainda é alta considerando-se o nível de desenvolvimento do país.

20 CITELI, Maria Teresa (2005). *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002)*, CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/IMS – Instituto de Medicina Social/UERJ.

21 Ver ROCHA, Maria Isabel Baltar e NETO, Jorge Andalaft (2003). A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & vida*, Campinas: UNICAMP. Ver também, PITANGUY, Jacqueline (1981). O aborto – direito de opção, *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro. E (1997) A visita do Vaticano ao Brasil. In: *REF, IFCS/UFRJ*, vol. 5, n. 2/97, p. 403-405. Ver, ainda, NUNES, Maria José Rosado (1994). De mulheres, sexo e igreja: uma pesquisa e muitas interrogações. In: COSTA, Albertina Oliveira & AMADO, Tina (org). *Alternativas escassas: saúde, sexualidade e reprodução na América Latina*, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, ed. 34.

Assim, o máximo que se avançou, ainda na década de 1990, foi a aprovação, em 1997, pelo Ministério da Saúde da *Norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes de violência sexual contra mulheres e adolescentes*²², que orienta os médicos como proceder em casos de solicitação pela mulher de interrupção da gestação consequente de violência sexual. Esse permissivo, previsto desde 1940, não estava acessível às mulheres, especialmente no sistema de saúde pública²³. A partir de então, aos poucos, serviços existentes agregaram-se a novos serviços fortalecidos em suas práticas pela Norma Técnica. Em 2004, o Ministério da Saúde revisou essa Norma explicitando a não obrigatoriedade de realização do registro de ocorrência da violência sexual na polícia. A Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, do Ministério da Saúde, também inclui em seu Plano de Ação 2004-2007 o objetivo de atenção humanizada ao abortamento, visando garantir um atendimento de qualidade às mulheres que chegam aos serviços em processo de qualquer forma de abortamento. O avanço das posições do Ministério da Saúde, desde a segunda metade da década de 1990, em muito foi obtido graças ao diálogo desse Ministério com os movimentos de mulheres.

Cumprir destacar que o art. 11 da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – incluiu a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, possibilitando o acesso aos “benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e da síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual”. Incorporou, dessa forma, no texto legal, a orientação das Normas Técnicas de 1997 e de 2004 do Ministério da Saúde.

No entanto, há uma resistência de profissionais de saúde de atenderem ao previsto na Lei Penal, na Lei Maria da Penha e nas Normas Técnicas, sob a alegação de “objeção de consciência”. Sem afastar esse direito, entendemos que a instituição pública de saúde, em um Estado laico, tem a obrigação de ter em seus quadros profissionais que possam garantir o direito das mulheres ao aborto seguro previsto em lei.

No caso da interrupção da gravidez de feto com caso de anomalia fetal grave e irreversível (anencéfalo), juízes de primeira instância passaram a dar autorizações para a interrupção da gravidez a pedido da gestante e comprovada por laudos médicos. Tais autorizações foram contestadas por grupos religiosos e hoje a matéria está para

22 Ver a atualização dessa Norma Técnica em Ministério da Saúde (2005). Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica, Série Direitos Reprodutivos, Caderno n. 4, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Área Técnica da Saúde da Mulher, Brasília.

23 A partir dessa Norma Técnica, o permissivo para o aborto em caso de gravidez resultante de violência sexual passou a ter eficácia jurídica e atendimento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal²⁴. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde que, em 2004, posicionando-se a favor das mulheres, questionou a constitucionalidade da incidência do Código Penal na hipótese de interrupção da gravidez de feto anencefálico²⁵.

Em relação ao rigor legislativo, Sarmento (2005) constata que “(...) nos países que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados (...). Portanto, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal”²⁶.

Cook, Dickens e Fathala (2004) consideram que “nos lugares em que o aborto inseguro é a maior causa de mortalidade materna, pode ser possível aplicar o direito à liberdade e à segurança para exigir que os governos melhorem os serviços para tratamento deste tipo de aborto, e que modifiquem leis restritivas, para garantir o acesso aos serviços de contracepção e aborto. A experiência mostra que o rígido cumprimento das leis restritivas é ineficiente, e quase invariavelmente disfuncional, ao forçar as mulheres, que são desrespeitosamente caracterizadas como criminosas, a se submeterem a práticas menos seguras. É amplamente reconhecido que as leis restritivas de aborto não reduzem o número de abortos, mas tão somente sua segurança, podendo este número, inclusive, aumentar, já que é negado às mulheres o acesso a aconselhamento, que poderia apresentar às mesmas alternativas ao aborto e reduzir abortos reincidentes”²⁷.

A manutenção da punição do aborto voluntário evidencia, assim, a persistência da cultura punitiva moral e religiosa presente no ordenamento jurídico brasileiro. Essa perspectiva punitiva vem sendo questionada por juristas que se colocam na defesa de um processo renovador do direito penal por meio de propostas de descriminalização

24 O STF ainda não apreciou a arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Ver a respeito. Ver também FERNANDES, Máira Costa (2007). Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico: Uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (org.). *Nos Limites da Vida*: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Ver também VENTURA, Miriam (2006), Descriminalização do Aborto: um imperativo constitucional. In: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (org.). *Em Defesa da Vida*: aborto e direitos humanos, Católicas pelo Direito de Decidir, São Paulo. Ver ainda SARMENTO, Daniel (2006), SARMENTO, Daniel (2006). Legalização do Aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (org.), *Em Defesa da Vida*: aborto e direitos humanos, Católicas pelo Direito de Decidir, São Paulo.

25 Ver a respeito VENTURA, Miriam (2006), opus cit, SARMENTO, Daniel (2006 opus cit. e FERNANDES, Máira Costa (2007), opus cit.

26 SARMENTO, Daniel Legalização do Aborto e Constituição, publicado em Mundo Jurídico, Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>, 2005.

27 COOK, DICKENS e FATHALA (2004), opus cit. p. 168, 169.

e de despenalização. Nessa direção, Cervini (1995)²⁸ destaca que não se deve criminalizar nunca por desejo de tornar dominante uma determinada concepção moral. Para esse mesmo jurista, o debate sobre questões morais deve circunscrever-se a igrejas, partidos ou meios de comunicação, mas não deve ser levado à lei para que ela o dirima. Hulsman²⁹, citado por Cervini, reconhece que sempre existiu uma estreita relação entre a Igreja e o Estado, “o que permitiu à primeira exercer uma ingerência quase absoluta no Corpo Legislativo no momento de ditar leis que sancionavam certo tipo de condutas. Assim, muitos comportamentos foram criminalizados unicamente por razões morais (...) a norma penal é de certo modo filha da escolástica (...) todo o sistema penal foi concebido em um clima de teologia escolástica (...)”.

Os argumentos favoráveis à descriminalização do aborto são de duas ordens. Uma relacionada ao fato do abortamento ilegal e inseguro ser uma das cinco causas de morte materna em desrespeito ao direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, bem como aos compromissos assumidos em fóruns internacionais. Outro argumento diz respeito aos direitos previstos no art. 5º da CF, dentre os quais: a liberdade, a igualdade de tratamento, a dignidade, a intimidade, a privacidade e a autonomia.

O argumento jurídico contrário à descriminalização do aborto utilizado por setores religiosos diz respeito também ao preceito constitucional previsto no art. 5º que é o direito à vida e preceito previsto no Código Civil que reconhece a proteção ao nascituro. Tal argumento legal, que afasta questões de ordem religiosa, possibilita avançar no debate jurídico.

Movimentos de mulheres, profissionais de saúde e juristas têm se mobilizado para elaborar proposta de descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez³⁰, em diálogo com os argumentos contrários à descriminalização. O envolvimento de importantes juristas significou apoio técnico e conceitual decisivo para a elaboração de anteprojeto de lei sobre descriminalização do aborto³¹, proposta pelas Jornadas para o Aborto Legal e Seguro ao Congresso Nacional por uma Comissão Tripartite.

Na elaboração desse anteprojeto introduziu-se a questão da ponderação de direitos que consiste no reconhecimento da existência de vida do feto e do direito à vida, à saúde, à dignidade e à autonomia reprodutiva da mulher. Sarmiento (2005), que

28 CERVINI, Raul (1995). *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT.

29 HULSMAN, Louk. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT Apud Cervini (1995), opus cit.

30 Tal proposta tem por base o texto constitucional, em particular o art. 5º e o art. 196, e os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro nas Conferências da década de 1990, especialmente a IV Conferência Mundial da Mulher. Seus argumentos estão calcados, também, nos dados que apontam as sequelas de abortos ilegais e inseguros como uma das 5 primeiras causas de mortalidade materna.

31 Ver os fundamentos jurídicos desse Projeto em SARMENTO, Daniel (2005).

participou da elaboração desse anteprojeto, assinala que as Cortes Constitucionais e o Poder Legislativo de diversos países onde o aborto é permitido, debateram a questão da legalização do aborto considerando, também, o problema da proteção jurídica da vida intrauterina. Tomando como referência tais questões, esse autor considera que “a vida do nascituro também é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas”³². Esse autor concluiu, a partir de tal perspectiva, que “sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores”, considerando que a legislação brasileira que criminaliza o aborto voluntário é francamente inconstitucional.

Adotando a ponderação de valores, o Anteprojeto das Jornadas advoga a legalização do aborto voluntário, a pedido da mulher, nos três primeiros meses de gestação, quando o feto ainda não apresenta atividade cerebral. Esse prazo tem sido adotado na maioria dos países onde o aborto foi legalizado. Em caso de gravidez resultante de violência sexual, esse prazo seria de até 20 semanas, antes de o feto apresentar viabilidade extrauterina. Sarmento (2005) assinala a razoabilidade da extensão desse prazo considerando que o Código Penal de 1940 não definiu limite temporal para o abortamento legal em tal circunstância. Assim, mesmo em caso de gravidez resultante de estupro, esse prazo fica limitado a 20 semanas a partir do qual o feto já teria, pelo avanço da ciência, viabilidade de vida extrauterina. Nas situações de risco à vida ou à saúde da gestante, ou grave anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina, a permissão legal para o aborto não estaria condicionada a nenhum prazo. O Código Penal de 1940 já incluiu o permissão para o caso de risco à vida da gestante. O anteprojeto incluiu o permissivo – risco à saúde –, considerando que não se impõe à mulher o sacrifício de colocar em grave risco sua saúde. Da mesma forma, não se pode impor à mulher a continuidade de uma gestação de feto com anomalia fetal incompatível com a vida. Tal imposição implica em colocar em risco a saúde psíquica da mulher e pode ser considerada uma forma de tortura.

O anteprojeto aceita, ainda, o direito à objeção de consciência pelos profissionais de saúde para a não realização do abortamento. Tal objeção, no entanto, não pode se estender à instituição de saúde de forma a manter o direito da mulher à interrupção voluntária da gravidez. Considerando a importância do acesso ao serviço público de saúde, constitucionalmente garantido, o anteprojeto prevê, também, a realização da interrupção voluntária da gravidez no Sistema Único de Saúde – SUS.

Em todas as situações deve-se disponibilizar às mulheres um conjunto de informações para que possa tomar a sua decisão de forma livre e consciente, incluindo informações sobre meios e métodos contraceptivos.

32 Ver SARMENTO (2005), opus cit.

Lamentavelmente, por força de forte *lobby* de setores evangélicos e católicos, e da não observância do caráter laico da República brasileira, esse anteprojeto não caminhou no Congresso Nacional. Talvez, como em outros países onde o aborto foi legalizado, caiba ao STF, se provocado, vir a manifestar-se pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário, suprindo a omissão do Poder Legislativo.

CONCLUSÕES

É importante reconhecer que, apesar de ainda criminalizado, o aborto se tornou tema da sociedade e seu debate no Brasil constituiu um campo político específico nas questões relativas à sexualidade e à reprodução. Qual a força desse campo é uma questão que demandará tempo para ser avaliada. Isso porque a dificuldade de avançar com mais rapidez nesse debate indica que ainda existe um *deficit* de cidadania no país, expresso, dentre outros fatores, na dificuldade de reconhecimento de direitos individuais e sociais em uma sociedade marcada por enormes descompassos e discriminações.

Dessa forma, pode-se dizer que existe, em grande medida, no que diz respeito à vivência da sexualidade, uma distância razoável entre as práticas, os novos valores e os valores/normas religiosas. Mesmo nos comportamentos mais polêmicos, como é o caso do aborto, mantido na ilegalidade, a baixa punibilidade pelo judiciário das denúncias investigadas pela polícia aponta para o fato deste comportamento estar muito mais no âmbito dos chamados dramas morais, que no âmbito do crime. De fato, há, nas representações, em grande medida, a compreensão de que o aborto é um recurso muitas vezes, necessário para dar continuidade a projetos individuais socialmente valorizados, para garantir a sobrevivência de filhos já nascidos; para permitir a continuidade de vínculos, mercado de trabalho, e não raro, para ocultar uma vida sexual ativa. Ou seja, mesmo que, em tese, muitos censurem a prática do aborto, suas experiências concretas de vida entram em divergência com seus valores mais tradicionais. Além disso, há o reconhecimento da legitimidade do aborto em caso de gravidez resultante de estupro e, muito provavelmente, em casos de anencefalia.

O próprio legislador de 1940, mesmo ao criminalizar severamente a prática de aborto e inseri-la no seu capítulo I, de sua parte especial, sob a rubrica de crimes contra a vida, condena a mulher que recorre a esse procedimento à pena de 01 a 03 anos de detenção, bastante diferenciada dos demais artigos desse capítulo punidos com pena bem mais alta. Considerando que a grande maioria das mulheres que recorrem ao aborto criminalizado é constituída de mulheres primárias e com bons antecedentes, tal punição não apresenta nenhuma eficácia legal, servindo tão somente para levá-las a situações inseguras de abortamento, com graves consequências para sua saúde e sua vida.

Dado importante tem sido destacado pelo grupo Católicas pelo Direito de Decidir³³ quando assinalam que a interrupção voluntária da gravidez é também um decisão ética tomada pela mulher quando reconhece a não existência de condições para a maternidade e a paternidade responsáveis. Voltamos, assim, ao sentido da palavra planejar, que implica a tomada de decisões racionais e éticas sobre as possibilidades concretas e emocionais para ter ou não ter filhos.

O surgimento de demandas descriminalizantes no campo da sexualidade, oriundas dos movimentos de mulheres, constitui, assim, um desafio a uma normatividade que tem tratado a sexualidade, em especial a sexualidade feminina, de forma repressiva e sob os parâmetros do campo religioso.

33 Ver www.catolicas.org.br