

Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros

**Tamara Amoroso Gonçalves (coord.)
Thais de Souza Lapa**

ABORTO E RELIGIÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Tamara Amoroso Gonçalves

Thaís de Souza Lapa

Realização:



Apoio:



Revisão: Alessandro Thomé
Diagramação: Salva
Projeto Gráfico: Salva
Tipologia: Gotham Hoefler
Trebuchet
Papel: Off-Set Plana 90g/m²
Impressão: Prol Editora Gráfica
Tiragem: 1.000 exemplares

Infothes Informação e Tesauro

- G624 Gonçalves, Tamara Amoroso, Coord.; Lapa, Thaís de Souza.
Aborto e religião nos tribunais brasileiros. / Coordenação de Tamara Amoroso Gonçalves. — São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.
xxxp.
- Resultados da Pesquisa “Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros”, realizada pela CCR/PROSARE/CEBRAP com o apoio da The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation*
1. Aborto. 2. Aborto no Brasil. 3. Direito à Vida. 4. Leis do Aborto. 5. Aspectos Jurídicos do Aborto. 6. Aspectos Religiosos do Aborto. 7. Aspectos Sociais do Aborto. I. Título. II. Comissão de Cidadania e Reprodução. III. PROSARE. IV. CEBRAP. V. Fundação MacArthur.

CDU 173.4
CDU 179.76

A realização deste trabalho somente foi possível em razão do apoio e confiança depositados pelo PROSARE na equipe. Além disso, foram fundamentais para o desenvolvimento deste estudo as orientações, incentivos e contribuições substanciais de: Silvia Pimentel, Flávia Piovesan, Margareth Arilha, Valéria Pandjiarjian, João Pedro Brandão e Ariovaldo Ramos, bem como de todas as integrantes da rede CLADEM.

Somos especialmente gratas à Helga Lutzoff Bevilacqua por todo o apoio durante a pesquisa, tanto na parte administrativo-financeira como em aspectos metodológicos do trabalho.

Agradecemos também a Deborah Lemos Amoroso Gonçalves, pela leitura atenta e colaborações significativas, bem como a David Ilan Garcea, pelo auxílio com o tratamento de dados estatísticos, e a Carla Bertucci Barbieri e Daniel Grispan, pela gestão de recursos.

Por fim, agradecemos de maneira especial a todos os entrevistados, que com suas opiniões e posicionamentos contribuíram sobremaneira para o conteúdo desta pesquisa.

15

1. INTRODUÇÃO

| | |
|----|---|
| 16 | 1.1. Justificativa da pesquisa |
| 19 | 1.2. Desenvolvimento da pesquisa: coleta e análise de dados |
| 19 | 1.2.1. Metodologia |
| 24 | 1.2.2. Realização da análise |
| 25 | 1.3. Aproximações teóricas sobre o aborto |
| 25 | 1.3.1. Aborto: um tema polêmico |
| 28 | 1.3.2. O aborto no Brasil |

35

2. APRESENTAÇÃO GERAL DOS DADOS

47

3. ANÁLISE TEMÁTICA E DOS DADOS A PARTIR DE SEU CONTEÚDO ARGUMENTATIVO

47

3.1. Aborto e direito à vida

| | |
|----|---|
| 48 | 3.1.1. A discussão na sociedade |
| 50 | 3.1.1.a. Direito à vida na perspectiva religiosa |
| 53 | 3.1.1.b. Direito à vida na perspectiva feminista |
| 54 | 3.1.2. Aspectos jurídicos do direito à vida |
| 58 | 3.1.3. Análise dos dados pesquisados identificados com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto |
| 63 | 3.1.4. Conclusões parciais |

64

3.2. Aborto e religião

| | |
|----|--|
| 64 | 3.2.1. Laicidade estatal |
| 70 | 3.2.2. Brasil: um Estado laico |
| 72 | 3.2.3. Panorama histórico: o aborto na perspectiva da religião católica |
| 76 | 3.2.3.a. Igreja Católica e as leis sobre aborto |
| 80 | 3.2.3.b. Igreja Católica, mulher e sexualidade |
| 84 | 3.2.4. Análise dos dados pesquisados identificados com interferência direta da religião |
| 89 | 3.2.5. Análise dos dados pesquisados identificados com participação de grupos religiosos |

| | |
|-----|--|
| 93 | 3.2.6. Conclusões parciais |
| 95 | 3.3. O papel social da mulher e o aborto na perspectiva feminista |
| 95 | 3.3.1. Aspectos sócio-históricos |
| 96 | 3.3.1.a. As primeiras formas de família |
| 98 | 3.3.1.b. O patriarcado, a monogamia e o controle da sexualidade feminina |
| 102 | 3.3.1.c. Monogamia, religião e sexualidade da mulher |
| 102 | 3.3.1.d. Defesa da autonomia sexual e reprodutiva |
| | 3.3.2. Aspectos jurídicos |
| 106 | 3.3.2.a. Referências jurídicas internacionais: direitos humanos |
| 109 | 3.3.2.b. Referências jurídicas internacionais: direitos sexuais e direitos reprodutivos |
| 110 | 3.3.2.c. Direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro |
| 122 | 3.3.3. Análise de dados encontrados com argumentação em defesa dos direitos das mulheres |
| 126 | 3.3.4. Análise de dados pesquisados identificados com participação de grupos feministas |
| 131 | 3.3.5. Conclusões preliminares |
| 139 | 4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO |
| 140 | 4.1. Anencefalia e má-formação fetal |
| 141 | 4.1.1. A anencefalia no Brasil e no mundo |
| 143 | 4.1.2. Aspectos jurídicos: anencefalia e aborto |
| 146 | 4.1.2.a. ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal e o debate público sobre o tema |
| 150 | 4.1.3. Apresentação e análise dos dados classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” |

| | |
|------------|---|
| 153 | 4.1.3.a. Tendências regionais |
| 158 | 4.1.3.b. Instrumentos jurídicos utilizados |
| 163 | 4.1.3.c. Análise temporal dos dados |
| 165 | 4.1.3.d. Resultados dos acórdãos: tribunais estaduais |
| 166 | 4.1.3.e. Resultados dos acórdãos: tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal |
| 167 | 4.1.3.f. Resultados e análise segundo conteúdo argumentativo |
| 168 | 4.1.3.g. Participação de grupos religiosos e interferência direta da religião |
| 173 | 4.1.3.h Direito à vida como absoluto |
| 177 | 4.1.3.i. Participação de grupos feministas e defesa dos direitos das mulheres |
| 180 | 4.1.3.j. Análise qualitativa: conteúdo argumentativo das decisões proferidas pelos tribunais |
| 181 | Decisões que autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina |
| 188 | Decisões que não autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina |
| 194 | Decisões com fundamentação religiosa identificada |
| 200 | Casos em que não houve decisão do mérito |
| 201 | 4.1.4. Conclusões parciais |
| 204 | 4.2. Violência e aborto: conexão fundamental para compreender-se as desigualdades de gênero |
| 204 | 4.2.1. Aspectos gerais sobre a violência contra a mulher |
| 205 | 4.2.2. Repressão legal à violência contra a mulher |
| 210 | 4.2.3. A problemática da tipificação penal: homicídio combinado com aborto |
| 216 | 4.2.4. Apresentação e análise dos dados classificados com a palavra-chave “violência” |

| | |
|------------|---|
| 222 | 4.2.4.a. Análise segundo conteúdo argumentativo |
| 224 | 4.2.5. Conclusões parciais |
| 225 | 4.3. Abortos clandestinos |
| 225 | 4.3.1. Panorama: abortos clandestinos no Brasil |
| 228 | 4.3.2. Apresentação e análise dos casos classificados com a palavra-chave “clandestino” |
| 233 | 4.3.2.a. Análises segundo conteúdo argumentativo |
| 233 | 4.3.3. Conclusões parciais |
| 234 | 4.4. Ações diretas de constitucionalidade |
| 234 | 4.4.1. A polêmica acerca dos contraceptivos de emergência |
| 237 | 4.4.2. Apresentação e análise dos casos classificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade” |
| 239 | 4.4.2.a. Análise segundo o conteúdo argumentativo |
| 241 | 4.4.2.b. Análise qualitativa: conteúdo argumentativo das decisões proferidas pelos tribunais |
| 245 | 4.4.3. Conclusões parciais |
| 246 | 4.5. Serviço médico |
| 247 | 4.5.1. Apresentação e análise dos dados classificados com a palavra-chave “serviço médico” |
| 250 | 4.5.1.a. Análises dos casos de serviço médico segundo conteúdo argumentativo |
| 252 | 4.5.2. Conclusões parciais |
| 257 | 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS |
| 269 | ENTREVISTAS |
| 319 | 7. REFERÊNCIAS |

1. INTRODUÇÃO

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa *Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros* teve como escopo o mapeamento dos casos de aborto levados aos tribunais nacionais, sejam eles estaduais (Tribunais de Justiça) ou superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). O recorte temporal escolhido para a coleta de dados foi o de casos julgados entre os anos de 2001 e 2006. A partir desse mapeamento, buscou-se identificar as principais tendências jurisprudenciais¹ sobre o tema, bem como verificar, nos casos encontrados, a influência religiosa e feminista – em conteúdos argumentativos ou por meio da participação direta de representantes desses grupos sociais.

Considerando-se este o ponto fulcral da análise, a pesquisa foi desenvolvida a partir dos seguintes *questionamentos de base*:

- Como o tema aborto alcança os diferentes tribunais brasileiros?
- Como estes tribunais enfrentam as diversas questões relativas ao aborto?

¹ A jurisprudência pode ser definida como o acúmulo de julgados de um mesmo tribunal que segue determinada orientação. Assim, uma série de acórdãos (decisões) que abordam uma mesma temática e lhe oferece solução semelhante pode ser considerado jurisprudência. De acordo com TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo, em *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*: “Em outros países, a exemplo do Brasil e da França, a expressão se destina a apontar a ‘prática dos tribunais’, quando caracterizada por certa continuidade, isto é, ‘forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais’.” Ou, ainda, segundo Roberto Rosas, 4 ‘qual um código norteador das decisões a seguir’, ‘a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina, etc’”. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1916/4/Jurisprud%C3%Aancia_Fonte_Direito.pdf. Acesso em 26.08.2008.

- Qual a participação/influência de grupos religiosos e feministas nos processos envolvendo os casos de aborto?
- Quais os fundamentos e argumentações adotados pelos magistrados ao proferirem seus votos em casos relacionados ao tema?
- É possível notar a presença de convicção religiosa nas decisões judiciais? Vale dizer, os magistrados lançam mão de preceitos religiosos no momento de decidir sobre um caso de aborto?

1.1. Justificativa da pesquisa

Em uma perspectiva histórica, particularmente no cenário de redemocratização dos países latino-americanos a partir da década de 80, verificou-se uma incisiva intervenção de grupos religiosos na tentativa de constitucionalizar a garantia do direito à vida “desde a concepção²”. Este tipo de positivação³ do direito à vida dificulta a possibilidade de futura permissão legal para a realização do aborto, visto que a regulamentação da legislação de cada ordenamento jurídico depende das diretrizes constitucionais traçadas.

No Brasil, diferentemente de outros países latino-americanos, a pressão de grupos religiosos pela constitucionalização do direito à vida “desde a concepção” não logrou êxito, sendo que a Constituição de 1988 apenas assegura a proteção ao direito à vida, não obstante seja o aborto criminalizado pela legislação penal.

Considerando-se que a Constituição protege o direito à vida — sem, no entanto, delimitar sua exata extensão ou indicar o momento preciso em que tal proteção tem início ou fim — e que o Código Penal aponta como crime a realização da interrupção da gestação na maioria

² “Note-se que a formulação de direito à vida desde a concepção ganhou visibilidade política nos anos 70, após a liberalização do aborto em alguns países industrializados. Nem a Carta das Nações Unidas nem a Declaração Universal de 1948 incluem essa formulação, afirmando que o direito à vida é uma prerrogativa de seres humanos ‘que nascem livres e iguais’, e não de seres ainda não nascidos. A fórmula foi concebida pela Igreja Católica na década de 1970, como estratégia conceitual para restringir o acesso legal ao aborto. Desde a década de 1970, a hierarquia católica fez esforços sistemáticos de lobby para adoção dessa formulação, não apenas nas Nações Unidas, como também em todos os processos de reforma constitucional que ocorreriam em países católicos, em particular na década de 1980. É importante observar que, dentre esses países, o Brasil foi, nesse aspecto, uma exceção, pois a fórmula não foi incluída em nosso texto constitucional”. CORRÉA, Sonia & ÁVILA, Maria Betânia. Direito Sexuais e Reprodutivos - Pauta Global e Percursos Brasileiros. In *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 67.

³ Positivação é o processo pelo qual uma demanda socialmente reivindicada é formalizada mediante inserção em documento legal aprovado pelo Parlamento ou em consensos internacionais, como é o caso dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

dos casos, observa-se a necessidade de interpretação acerca da extensão destes dispositivos, o que suscita discussões acaloradas e levanta pontos controvertidos no debate público. Neste cenário o Poder Judiciário tem papel proeminente na clara determinação dos limites deste direito à vida em cada caso concreto.

Importa observar que o aborto vem sendo amplamente discutido pela sociedade brasileira, e desde a propositura da Arguição de Preceito Fundamental – ADPF nº 54⁴ perante o Supremo Tribunal Federal – STF no ano de 2004, a questão ganhou especial destaque na esfera de atuação do Poder Judiciário.

Por meio da apresentação da referida ação pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, foi levado ao Judiciário o questionamento acerca da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo sem que haja necessidade de autorização judicial e sem que este procedimento implique responsabilização criminal.

O julgamento da ação está previsto para o final do ano de 2008, no entanto, até a conclusão da presente pesquisa, em outubro de 2008, tal ação encontrava-se sem um posicionamento definitivo da Suprema Corte.

O encaminhamento da questão ao STF mobilizou diversas instituições e movimentos sociais, que desde 2004 vêm organizando-se em torno do tema, buscando atuar junto ao tribunal na forma de *amicus curiae*⁵. Verifica-se novamente significativa mobilização dos grupos religiosos, que vêm atuando não apenas no Judiciário, mas também em projetos de lei que visam enrijecer a punição ao crime de aborto.

Concomitantemente, os movimentos de mulheres também têm-se organizado no sentido de manifestar suas posições perante a Suprema Corte Brasileira e o Congresso Nacional.

⁴ A proposta desta ADPF é viabilizar, sem necessidade de autorização judicial e desde que seja de interesse da mulher, a interrupção da gestação que se comprove de feto anencéfalo ou portador de outra má-formação fetal que torne inviável a vida extra-uterina.

⁵ O *amicus curiae* é forma de incidência das organizações da sociedade civil em processos de controle de constitucionalidade concentrada. As hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade (ADINs e ADECOns) são previstas constitucionalmente e não permitem a ampla participação social, haja vista que apenas alguns legitimados podem propor estas medidas perante o Supremo Tribunal Federal – rol presente no artigo 103 da Magna Carta. Ante a esta situação, a lei permite que entidades da sociedade civil manifestem-se em processos como de controle concentrado da constitucionalidade, desde que o tema debatido esteja inserido em sua área de atuação. O instrumento utilizado para tanto é o *amicus curiae*, que em tradução literal significa “amigo da corte”. Esta medida é admissível em outros casos, como em debates de ADPF. No entanto, a aceitação desta participação da sociedade civil organizada é decidida pelo juiz (ou ministro) relator do caso, sendo que este pode rejeitá-la. Há pouca regulamentação deste instrumento, mas ele é bem aceito pela Suprema Corte Brasileira.

Em maio de 2007, o papa Bento XVI visitou o Brasil e, entre os pontos abordados em seu discurso, merece destaque o pedido pela manutenção da proibição do aborto no país. Neste sentido, cobrou do presidente Lula que o posicionamento legal quanto à criminalização do aborto persistisse no país. Em resposta, Lula afirmou publicamente que sua convicção pessoal é contrária ao aborto, no entanto, defendeu que o Estado brasileiro é laico, e, portanto, a questão deve ser tratada como um assunto de saúde pública.

No ano de 2008, o ministro da saúde propôs a realização de um plebiscito para que a sociedade optasse pela legalização ou não do aborto. Isso ocasionou mais polêmica e os grupos religiosos e feministas passaram a tomar medidas mais incisivas para manifestar suas posições, incluindo realização de passeatas e colocação de *outdoors* com mensagens sobre a matéria. Esse processo de efervescência ganhou magnitude nacional com a inserção intensa do assunto na mídia, que tem mantido o debate aquecido.

A escolha pela análise da questão na esfera dos tribunais deu-se não apenas pela polêmica intrínseca à questão do aborto, mas principalmente porque no Brasil é escassa a análise do comportamento do Poder Judiciário. Dificilmente encontram-se sistematizações de dados envolvendo decisões judiciais, e poucas pesquisas têm como objeto a análise das manifestações judiciais e seus reflexos na sociedade⁶.

Neste sentido, a presente pesquisa desenvolveu-se a partir da jurisprudência, que é uma fonte propícia para este tipo de avaliação e permite a identificação das tendências e posicionamentos do Poder Judiciário sobre variados temas.

Os tribunais estaduais foram selecionados, uma vez que são, dentro da estrutura do Poder Judiciário, os responsáveis por julgar em grau

⁶ “[em referência a autorizações judiciais para interrupção da gestação em casos de anencefalia] Essas definições que vão sendo adotadas pelo Judiciário, de forma dispersa e paulatina, no médio prazo irão constituir novas bases sobre as quais será possível assentar reformas legais mais amplas e profundas. É também necessário mencionar a legislação em âmbito estadual e municipal, cujo sentido progressista é evidente. Um exemplo é a lei municipal do Rio de Janeiro que obriga as delegacias a informar às mulheres estupradas (caso tenham engravidado) o direito de optar pela interrupção da gestação e divulgar a existência dos serviços de atendimento oferecidos pelo SUS. (...) Esse balanço, embora breve e limitado, sugere que a evolução dos direitos reprodutivos (e sexuais) tem sido multifacetada e paradoxal no plano normativo. Por um lado, nos debates legislativos têm prevalecido disputas e impasses, de que são exemplos o aborto e a união civil. Por outro, desdobramentos positivos podem ser observados em outros planos. Não é excessivo afirmar que, a cada avanço, sucedem-se reações conservadoras. Muitas vezes a adoção de definições positivas no plano de normas e da jurisprudência coincidem com iniciativas de leis restritivas e conservadoras.” CORRÊA, Sonia & ÁVILA, Maria Betânia. Direitos Sexuais e Reprodutivos – Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 35-36.

de recurso as demandas propostas em primeiro grau⁷ de jurisdição. Os tribunais superiores foram escolhidos porque sediam importantes debates públicos e são, além de guardiões das leis federais e da Constituição Federal, pacificadores de entendimentos jurisprudenciais. É dizer, quando uma questão apresenta-se muito controversa nos tribunais estaduais, as manifestações dos tribunais superiores têm o condão de unificar os diversos entendimentos e indicar a melhor interpretação a ser seguida, de maneira a resguardar-se a aplicação integral da Constituição Federal e das leis ordinárias federais.

A pesquisa *Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros* buscou inovar, mapeando as decisões dos tribunais com o objetivo de identificar tendências e influências específicas em relação ao tema aborto. Objetiva ser fonte para outros estudos relativos ao assunto e também um ponto de reflexão para grupos sociais que envolvem-se na temática, propiciando o desenvolvimento do diálogo construtivo e o aprimoramento de ações estratégicas para que se protejam direitos.

1.2. Desenvolvimento da pesquisa: coleta e análise de dados

1.2.1. Metodologia

O presente trabalho desenvolveu-se a partir da formulação de questionamentos de base (questões norteadoras), que tiveram por objetivo delimitar o objeto de análise. Após esta definição, buscou-se desenvolver mecanismos que permitissem a avaliação qualitativa e quantitativa do tema diante das questões propostas.

Iniciou-se a coleta de dados nos sites dos tribunais estaduais e superiores, de onde foram selecionados todos os acórdãos contendo a palavra-chave “aborto” que foram proferidos no período compreendido entre os anos de 2001 e 2006. Todos os dados coletados foram selecionados a partir do mecanismo de busca viabilizado por cada site

⁷ A delimitação do espaço amostral do estudo, restringindo-se à análise dos posicionamentos jurisdicionais de segundo grau, foi feita para viabilizar a realização da pesquisa no Poder Judiciário de todos os estados da federação. A análise das decisões de primeiro grau é bastante difícil na medida em que seu acesso não é facilmente franqueado. Essas sentenças proferidas na primeira instância não se encontram disponíveis na Internet, e sua consulta somente pode ser feita *in loco*, por meio de verificação dos “Livros de Sentença” arquivados nos cartórios de cada vara judicial, varas que se encontram pulverizadas em diversos municípios em cada estado da federação. Assim, uma análise destas decisões somente poderia ser feita em cada localidade em que se encontra uma vara judicial. Observe-se, no entanto, que esta delimitação contribui para a coleta de um número bastante reduzido de casos, já que muitos mal chegam ao Judiciário.

de cada tribunal na Internet, de modo que a pesquisa reflete apenas o conteúdo oficial disponibilizado pelas próprias instâncias julgadoras.

A opção pela determinação de um período de análise, isto é, o re-corte temporal, foi proposital, tendo-se em vista a propositura da ADPF nº 54 perante o STF no ano de 2004. Essa ação, que teve como objeto a autorização para a interrupção da gestação nos casos de anencefalia e má-formação fetal, sem necessidade de pronunciamento judicial anterior, foi um marco, por ter reavivado na sociedade civil um amplo debate sobre o aborto. A mobilização de diversos setores da sociedade a partir da apresentação da ADPF, bem como a polêmica gerada por diferentes opiniões sobre o tema, acabou por criar no Judiciário do país uma expectativa acerca de novos rumos a serem traçados diante da criminalização do aborto.

Tendo-se em vista a relevância do ano de 2004 para o tema, a pesquisa buscou monitorar o comportamento dos tribunais nos dois anos anteriores e subseqüentes aos da propositura da ADPF, com o objetivo de avaliar os principais efeitos e tendências gerados a partir de então.

A coleta de dados resultou na identificação de um total de 781 casos, sendo que 39 deles foram coletados dos tribunais superiores (14 casos no STF e 25 casos no STJ), e os demais, nos tribunais estaduais. Foram excluídos do cômputo desse montante, e consequentemente da análise da pesquisa, todos os casos em que a palavra-chave “aborto” era apenas mencionada e não contemplava qualquer juízo sobre o tema.

Vale salientar que o espaço amostral analisado na pesquisa reflete um universo bastante restrito sobre a questão do aborto, uma vez que nem todos os casos que tratam do assunto alcançam a segunda instância do Judiciário. Some-se a isso o fato de, mesmo nos casos analisados, muitas vezes não ter sido possível o acesso ao inteiro teor dos acórdãos, o que prejudicou, em parte, a análise em profundidade das informações coletadas⁸.

Todos os casos foram catalogados em um banco de dados conforme campos específicos que tinham por objetivo proporcionar uma análise

⁸ Observe-se que, não obstante o empenho da equipe, não foi possível acessar dados de alguns tribunais. Os tribunais de justiça dos estados do Piauí e do Amazonas não disponibilizavam seus acórdãos *on line*. Em alguns tribunais, não estava disponível o inteiro teor da totalidade dos casos, como em Goiás. Em outros tribunais, como nos do Amapá e do Acre, não havia casos disponíveis dentro do espaço temporal delimitado para a pesquisa. No mais, também não foi possível ter acesso a determinados casos que se encontravam protegidos por segredo de justiça.

qualitativa e quantitativa das decisões. Dessa forma, a pesquisa contemplou a análise tanto de dados objetivos (tribunal, data da sentença, ementa, autor e réu, tipo de ação e número do processo, participação de grupos religiosos, participação de grupos feministas) quanto de dados subjetivos (agrupamento em palavras-chave, identificação de argumentação religiosa, identificação de argumentação em defesa dos direitos das mulheres).

Importante ressaltar que a construção do banco de dados deu-se durante todo o período da pesquisa, à medida que foram surgindo novas demandas para análises mais específicas, ou ainda nas hipóteses em que os campos deveriam ser reduzidos ou ampliados com o objetivo de que os questionamentos levantados fossem respondidos.

Para a análise qualitativa, formulada a partir da coleta de dados subjetivos, estabeleceu-se a determinação de palavras-chave, a fim de classificar-se o conteúdo de cada acórdão analisado. Com isso, tem-se as seguintes categorias:

- **Acidente:** casos em que acidentes (notadamente envolvendo veículos) resultaram em abortamento.
- **Anencefalia:** casos em que se solicita autorização para interrupção da gravidez quando verificada a anencefalia fetal.
- **Calúnia:** casos em que pessoas acusadas de “aborteiros(as)”, ou termos similares, insurgiram-se contra a falsa atribuição da prática do crime de aborto e buscaram reparação.
- **Clandestino:** casos de aborto consentido pela gestante e praticado de forma clandestina (em clínicas, ou por parteiras, com a utilização de métodos abortivos: sondas, agulhas, etc.).
- **Clandestino medicamento:** casos de aborto provocado pela gestante por meio de ingestão do medicamento Cytotec ou similar.
- **Espontâneo:** casos em que o abortamento ocorreu de modo espontâneo.
- **Imputação:** casos em que a tipificação do crime ocorreu como aborto, mas cuja conduta não condizia com esse tipo penal (por exemplo: casos de infanticídio que foram tipificados como aborto).

- **Inconstitucionalidade:** casos em que eram propostas ações declaratórias de inconstitucionalidade para contestar legislações municipais referentes à distribuição de medicamentos contraceptivos de emergência pelos serviços públicos de saúde. Nestes casos discutia-se se estes produtos seriam abortivos.
- **Indenização:** casos em que ocorre abortamento em decorrência de um dano causado à gestante e esta busca indenização em razão desse acontecimento.
- **Legal:** casos que envolvem a hipótese de aborto legal prevista no artigo 128 do Código Penal (aborto autorizado em caso de estupro e em caso de risco de vida para a mãe).
- **Má-formação:** casos em que se solicita autorização para interrupção da gravidez quando constatadas anomalias genéticas que inviabilizam a vida extra-uterina (excetuando-se aqui os referentes à má-formação denominada anencefalia).
- **Outros:** casos genéricos e sem muitas especificações em que é identificado o crime de aborto. Nesses, no entanto, nenhum dos aspectos abordados na decisão foi relevante, tendo em vista a análise visada pela pesquisa.
- **Prisão:** casos que envolvem a pena de reclusão para o crime de aborto.
- **Processual:** casos que envolvem questões processuais incidentais sem análise do mérito (questões de autoria e materialidade, competência, progressão de regime penal).
- **Referência:** casos em que o aborto é tido como parâmetro ou referência para a concessão de um pedido, que pode variar desde a guarda dos filhos até a autorização para realização de laqueadura.
- **Serviço médico:** casos que envolvem falhas na prestação de serviço médico-hospitalar e acabam por ocasionar abortamento, levando a gestante, em muitos casos, a solicitar indenização.
- **Violência:** casos que envolvem agressões físicas (lesão corporal, homicídio e estupro) que resultam no abortamento, que é considerado, para fins de tipificação penal, um ato realizado sem o consentimento da gestante.

Ainda dentro da análise qualitativa, também foram criados campos para verificar-se a existência de interferência de argumentações e/ou grupos religiosos e grupos feministas, de acordo com os seguintes critérios:

- **Participação de grupos religiosos:** identificação de grupos religiosos enquanto parte no processo.
- **Interferência direta da religião:** citação de trechos de textos de qualquer doutrina religiosa, ou referência a qualquer conteúdo de doutrina religiosa como fundamento para a argumentação dos acórdãos.
- **Direito à vida como absoluto:** identificação do argumento da defesa do direito à vida, em especial à vida do feto, como superior a qualquer outro direito.
- **Participação de grupos feministas:** identificação de organizações feministas como uma das partes dos processos.
- **Argumentação em defesa dos direitos da mulher:** identificação de argumentações em defesa dos direitos reprodutivos da mulher, defesa de sua saúde física e mental e reivindicação de que o direito acompanhe os avanços sociais e tecnológicos que hoje possibilitam detectar a anencefalia ou má-formação do feto durante a gestação (o que não era possível quando as excludentes de ilicitude do aborto foram estabelecidas).

Especificamente em relação aos casos de anencefalia e má-formação, também foram identificados e classificados os resultados dos acórdãos segundo os seguintes critérios:

- **Autorizado:** casos em que a autorização para a realização da interrupção da gestação é concedida.
- **Não autorizado:** casos em que a autorização para a realização da interrupção da gestação é negada.
- **Fixação de competência:** casos em que se discute se o mérito de julgar um pedido de autorização da interrupção da gestação é de competência cível ou criminal.
- **Perda de objeto:** casos nos quais, durante o processo, ocorre perda do objeto (em decorrência da morte do feto em razão de seu nascimento ou da verificação de gestação muito avançada que impossibilita a realização do procedimento).

Por fim, para os casos classificados como violência foi realizada classificação a partir de suas tipificações penais conforme as seguintes categorias:

- **Aborto consentido:** abortos considerados consentidos, contudo realizados mediante grave ameaça à mulher (informação apreendida da análise do inteiro teor do acórdão).
- **Aborto não consentido:** abortos realizados contra a vontade da mulher mediante grave ameaça.
- **Homicídio:** crimes cuja tipificação nos acórdãos apenas apresentava a referência ao artigo 121 do Código Penal, mas nos quais ocorreu algum tipo de aborto, sem que houvesse tipificação penal para este.
- **Homicídio conjugado com outros crimes e aborto:** casos nos quais havia tipificação, além do homicídio, de outro crime de violência, como seqüestro e cárcere privado, lesão corporal qualificada por aborto e roubo.
- **Homicídio e aborto não consentido:** casos em que há conjugação da tipificação específica destes dois crimes, ou seja, artigo 121 e artigo 125.
- **Lesão corporal qualificada por aborto:** agressão física cujo resultado é o aborto.
- **Outros:** casos sem tipificação de artigos do Código Penal, casos sem nenhum tipo de tipificação e outros em que figurava pouca expressividade no conteúdo do acórdão.
- **Roubo e aborto não consentido:** casos nos quais mulher grávida foi roubada e disto decorreu o aborto.
- **Violência sexual contra criança ou adolescente e aborto:** casos de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, conforme art. 224 (contra crianças e adolescentes).
- **Violência sexual e aborto:** casos de estupro ou atentado violento ao pudor contra mulheres adultas.

1.2.2. Realização da análise

Finalizadas a coleta de informações e a construção do banco de dados, foram construídos gráficos a partir da conjugação dos campos

pré-determinados, possibilitando a análise estatística do tema. Assim, por exemplo, para a verificação da influência da religião em cada tribunal, foram conjugados os campos “tribunal” e “interferência direta da religião”, a fim de verificar-se em quais tribunais era mais significativa a presença de decisões contendo trechos ou conteúdo de doutrina religiosa.

Ainda, vinculando-se os campos “palavra-chave” e “interferência direta da religião” foi possível visualizar em qual destas temáticas a influência da religião se mostrava mais presente.

A análise dos dados obtidos na pesquisa e transformados em gráficos foi realizada e complementada com a leitura de bibliografia relacionada ao tema.

1.3. Aproximações teóricas sobre o aborto

1.3.1. Aborto: um tema polêmico

De acordo com a técnica jurídica, o abortamento⁹ é a conduta de interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. Aborto seria, portanto, o próprio feto expelido pelo útero materno. Na linguagem corrente e no próprio Código Penal, não se faz essa diferenciação. Assim, utilizaremos neste trabalho as palavras aborto e abortamento como sinônimos para designar a conduta de destruição e expulsão do feto do útero materno.

Na seara jurídica, pode-se dizer que a polêmica que circunda o tema refere-se ao conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e à autonomia e liberdade de escolha da mulher. Importa esclarecer que, seja por influências religiosas ou pressões morais sociais, a prática do aborto ainda é condenada em muitos países, particularmente nos periféricos.

Seguindo o modelo jurídico adotado por outros países, o Brasil res-

⁹ “De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o abortamento deve ser considerado como a interrupção voluntária ou não da gravidez até a vigésima semana ou com um conceito pesando menos que 500 gramas (nos casos em que a idade gestacional é desconhecida). A palavra aborto origina-se do latim *aboriri* e significa ‘separação do sítio adequado’ (Salomão, 1994). Esse termo refere-se mais precisamente ao produto da concepção eliminado da cavidade uterina ou abortado, enquanto o termo abortamento, mais aceito pelos médicos, diz respeito ao processo que ameaça a gravidez e pode culminar ou não com a perda gestacional.” ROCHA, Maria Isabel Baltar & NETO, Jorge Andalaf. A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 258.

tringe a prática do aborto por meio de sua legislação. A institucionalização do aborto enquanto crime é uma opção legislativa que provoca debates intensos à medida que envolve valores morais, sociais, políticos e religiosos. Com isso, é comum a formação de grupos que se mobilizam acerca destes valores e colocam em conflito, como já apontado, dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à autonomia da mulher.

Para diversos países do mundo, em especial aqueles que possuem influência predominantemente católica¹⁰, a temática do aborto é muito controvérsia e divide a sociedade. Há a polarização de pontos de vista feministas e religiosos, que desportam de forma mais intensa nos debates públicos sobre o assunto, particularmente quando algum projeto de lei legalizando o aborto encontra-se em tramitação no Parlamento.

Pelo mapa reproduzido a seguir¹¹ tem-se uma noção da situação atual da legislação sobre aborto no mundo:



10 “A legislação restritiva ao aborto nos países da região – sobretudo na América Central e América do Sul – está relacionada à grande influência da Igreja Católica na vida política e social desses países. As organizações feministas vêm encontrando muitos obstáculos no enfrentamento da questão do aborto e da proposta de sua descriminalização.” ROCHA, Maria Isabel Baltar da, NETO, Jorge Andalaf. A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 267.

11 Mapa digitalizado a partir de encarte do filme *O aborto dos outros*, de Carla Gallo (2008).

Como pode-se verificar, significativa parcela da população mundial – especialmente de países da América Latina, África e Ásia, onde encontra-se uma forte presença da religiosidade – vive com severas restrições legais à prática do aborto.

Notadamente em razão da intensa pressão de grupos feministas, uma grande quantidade de países europeus já revisou sua legislação penal sobre o tema, tendo legalizado a prática do aborto¹². Em alguns Estados, desde a década de 50 a realização do aborto passou a ser possível desde que a pedido da mulher e até determinada semana de gestação. Atualmente, muitos países que ainda proíbem a prática vêm revendo sua legislação punitiva ao aborto, notadamente por pressões da sociedade civil organizada e, em especial, de movimentos feministas, que reivindicam a legalização do aborto como um direito da mulher, como forma de evitar-se a realização de abortos clandestinos que colocam em risco sua vida e saúde.

A título de exemplo, podemos citar dois países que recentemente enfrentaram intensa discussão acerca da legalização da interrupção da gravidez: México e Portugal. O México é, hoje em dia, o segundo maior país católico do mundo, perdendo apenas para o Brasil. Consta que cerca de 90% dos mexicanos são católicos. Em abril de 2007, o Parlamento da Cidade do México aprovou, por 46 votos favoráveis e dezenove contrários, a legalização do aborto. Durante a sessão em que foi debatida a nova lei, foi necessário reforço policial, visto que representantes tanto da Igreja como do movimento de mulheres aglutinaram-se em frente à Assembléia para protestar. Na ocasião, o papa Bento XVI manifestou-se no sentido de excomungar políticos que se posicionassem pró-aborto¹³.

Em Portugal, no ano de 2007, quando perguntados sobre o tema, os portugueses responderam com 59,25% dos votos que são a favor de sua legalização. Hoje, o Parlamento Português está discutindo como reformar o Código Penal, tendo em vista os seguintes parâmetros: o aborto não será penalizado; a decisão de sua prática nas dez primeiras semanas de gestação caberá somente à mãe; e o aborto deverá ser

¹² O primeiro país europeu a legalizar o aborto, com restrições, foi a Suécia, em 1938, seguida pela Finlândia (1950), as repúblicas bálticas – Estônia, Lituânia e Letônia – (1955), Reino Unido (1967), Dinamarca (1973), França (1975), Itália (1978) e Holanda (1980). Nos Estados Unidos a legalização ocorreu em 1973.

¹³ Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL26652-5602,00.html?newsletter> e http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_ES&infoid=2571&sid=102. Acesso em 16.08.2008.

feito em um estabelecimento legal¹⁴.

Nos dois casos têm-se exemplos de países com forte tradição católica que, em razão da atuação de movimentos de mulheres e de esclarecimentos à população, decidiram pela não criminalização do aborto, entendendo ser esta uma questão de saúde pública, e não de moral religiosa.

No Brasil, a visão do aborto enquanto um problema de saúde pública ainda encontra-se em discussão, embora alguns setores venham defendendo este posicionamento utilizando-se de experiências vivenciadas por países que legalizaram a sua prática. Em agosto de 2007 o ministro da saúde José Gomes Temporão reavivou o debate público acerca do tema ao declarar que:

Portugal demorou doze anos entre um plebiscito e outro (para adotar a nova legislação). A Europa inteira, com exceção da Irlanda, já tem legislação específica sobre essa questão. É uma tendência mundial. (...) Se nós todos concordarmos que é problema de saúde pública, o governo pode adotar medidas de planejamento (familiar), e é evidente que isso vai reduzir o número de gravidez indesejada.¹⁵

1.3.2. O aborto no Brasil

O Código Penal brasileiro proíbe a realização do aborto, excepcionando a interrupção da gravidez apenas nos casos em que a gestante corra risco de vida (aborto necessário) ou tenha sido vítima de estupro (aborto humanitário). A regra, contudo, é a punição do aborto, sendo determinadas na legislação brasileira as seguintes circunstâncias como típicas¹⁶: o aborto realizado pela própria gestante ou por ela consentido (artigo 124 do Código Penal), o aborto realizado por terceiro a pedido da gestante (artigo 126 do Código Penal) e o aborto realizado

¹⁴ Disponível em: <http://www.estadao.com.br/editorias/2007/04/11/ger-1.93.7.20070411.4.1.xml> e <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1453205-5602,00.html>. Acesso em 16.08.2008.

¹⁵ “Ministro da Saúde diz que aborto é ‘tendência mundial’”. Disponível em: http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac37567,0.htm. Acesso em 16.08.2008.

¹⁶ Pode-se dizer que fato típico é todo comportamento a que o direito entende como grave e merecedor de uma punição mais drástica, ou seja, uma pena. Todo comportamento típico será crime, salvo se houver alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, sendo exemplos a legítima defesa, o erro de proibição e mesmo os permissivos legais referentes ao aborto. De acordo com Flávio Augusto Monteiro de Barros: “Crime é ação ou omissão típica e ilícita. (...) Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime. Ilicitude ou antijuridicidade é a contrariedade existente entre a conduta típica e o ordenamento jurídico, em virtude de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente protegidos”. BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Direito Penal – Parte Geral v.1*. São Paulo: Saraiva, 2003. 3ª edição, p. 115.

por terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125 do Código Penal).¹⁷

Apesar da proibição legal, estima-se que no Brasil são realizados dois abortos por minuto, geralmente em condições precárias, devido à sua clandestinidade. É o aborto a quarta causa de morte materna no Brasil, atingindo principalmente as mulheres de baixa renda¹⁸.

Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, vinte milhões de abortos sem assistência médica adequada são realizados todos os anos no mundo, principalmente em países periféricos. Como consequência, pelo menos 68 mil mulheres acabam morrendo, e outras milhares sofrem traumas psicológicos e problemas de saúde que vão afetá-las pelo resto de suas vidas.

Adicionalmente, de acordo com a organização não governamental IPAS Brasil, que trabalha pela garantia da saúde das mulheres, tem-se que:

Aplicando-se para os dados brasileiros do ano 2000 a metodologia proposta pelo Instituto Alan Guttmacher para a estimativa do número de abortos clandestinos, o resultado indicaria um total de abortos clandestinos que poderia variar de 750 mil a 1 milhão e 400 mil, considerando-se apenas os dados de internação do Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁹

Neste contexto nota-se que a polêmica envolvendo o aborto não se restringe apenas ao plano valorativo, mas estende-se também como uma questão de saúde pública. Em todo o mundo, a proibição do aborto contribui para o crescimento de sua clandestinidade. O aborto seguro, realizado muitas vezes na ausência de condições técnicas e de higiene adequadas, pode ocasionar infertilidade²⁰, morte da gestante

17 “Auto-aborto ou consentimento (art. 124). Noção: O art. 124 do CP contém duas figuras: a. aborto provocado pela própria gestante, também chamado auto-aborto (1ª parte); b. consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o aborto (2ª parte). Na segunda figura (consentimento) o crime é duplo. A gestante que consente em que outrem lhe pratique o aborto incide no art. 124. Todavia, quem pratica os atos materiais do aborto incorre nas penas do art. 126 (aborto com consentimento da gestante ou consensual). (...) Aborto provocado sem consentimento (art. 125). Formas: Comporta duas formas: a. não-concordância real (violência, grave ameaça ou fraude); b. não-concordância presumida (menor de 14 anos, alienada ou débil mental)”. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto & DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo. Editora Renovar: 2002. p. 269.

18 A respeito ver *Folha de São Paulo*, 10 de dezembro de 2004.

19 Disponível em: http://www.ipas.org.br/direitos_humanos.html. Acesso em 16.08.2008.

20 “O aborto provocado pode ser denominado auto-aborto ou heteroaberto. No caso de auto-aborto, a mulher utiliza medicamentos abortificantes e/ou introduz na vagina substâncias ou objetos com essa finalidade. No heteroaberto, outra pessoa manipula o colo uterino visando provocar dilatação, sangramento e eliminação fetal. Desses práticas advêm complicações – hemorragias, infecções, lesões do colo uterino

e outras graves consequências físicas e psicológicas.

Ante tal problemática, observa-se que o Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) é responsável por atender às diversas demandas relativas à questão social que o aborto suscita, seja discutindo propostas de ampliação ou restrição da legislação penal, oferecendo os serviços de aborto legal nos casos previstos em lei ou manifestando-se jurisdicionalmente em situações concretas.

e perfurações da matriz –, expondo a gestante ao abortamento inseguro, que pode culminar com a perda da função reprodutiva e até com a morte. Em situações de abortamento induzido por médico, seu procedimento é fazer dilatação mecânica da cérvix uterina, seguida de curetagem ou de aspiração uterina, ou indução medicamentosa com produtos que promovem a contração uterina, como ocitocinas e prostaglandinas.” ROCHA, Maria Isabel Baltar & NETO, Jorge Andalaf. A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.) Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 260.

2. APRESENTAÇÃO GERAL DOS DADOS

2. APRESENTAÇÃO GERAL DOS DADOS

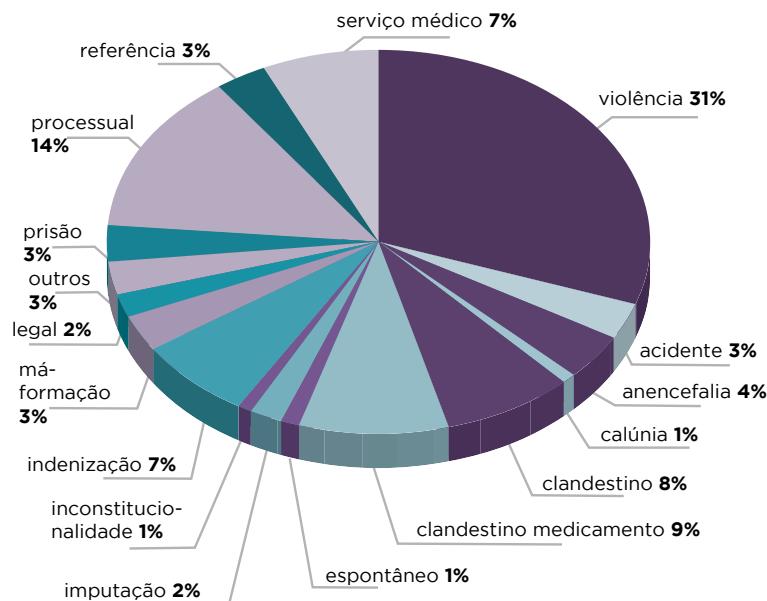
Pôde-se constatar que o tema aborto chega aos tribunais brasileiros por meio de uma grande variedade de questões correlatas ao foco desta pesquisa. Tal diversidade aponta para uma pluralidade de demandas relativas à temática, para as quais o Poder Judiciário é chamado a se posicionar.

Para que fosse possível compreender como o tema aborto efetivamente chega aos tribunais, as diversas temáticas trazidas à baila nos acórdãos foram, conforme já explicitado, divididas em palavras-chave. A representação gráfica da distribuição das temáticas discutidas nos tribunais apresenta-se de acordo com a imagem reproduzida a seguir.

Conforme observa-se, o percentual mais expressivo, correspondente a 31% do total analisado, refere-se a casos classificados como “violência”, envolvendo uma situação de agressão física contra a mulher gestante que resultou no abortamento.

O segundo percentual em destaque é o de abortos clandestinos, somando 17% do total – se juntados os casos classificados como “clandestino” (8%) e “clandestino medicamento” (9%). O terceiro percentual em destaque é o de casos classificados com o termo “processual”, com 14%. Verificou-se que em muitos destes a discussão de mérito realizada abordava pedidos de redução de pena, progressão de regime prisional, entre outros. Casos de más-formações fetais somaram 7% do total – se considerados conjuntamente os percentuais de “anencefalia” (4%) e os de má-formação (3%). Por fim, nota-se que, igualmente, totalizaram 7%

Gráfico. 1
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
 Percentual de
 casos clas-
 sificados por
 palavra-chave



Nos tribunais estaduais verifica-se a mesma predominância de casos de violência, também com representatividade de 31% dentre o total de acórdãos julgados. Nota-se que o padrão apresentado se repete quando considerado o espaço amostral dos tribunais estaduais em conjunto com os tribunais superiores, bem como quando os dados estaduais são mostrados isoladamente. Talvez isso se justifique porque os tribunais estaduais concentram uma maioria significativa de casos (em números absolutos), o que contribui para definir e influenciar as percentagens.

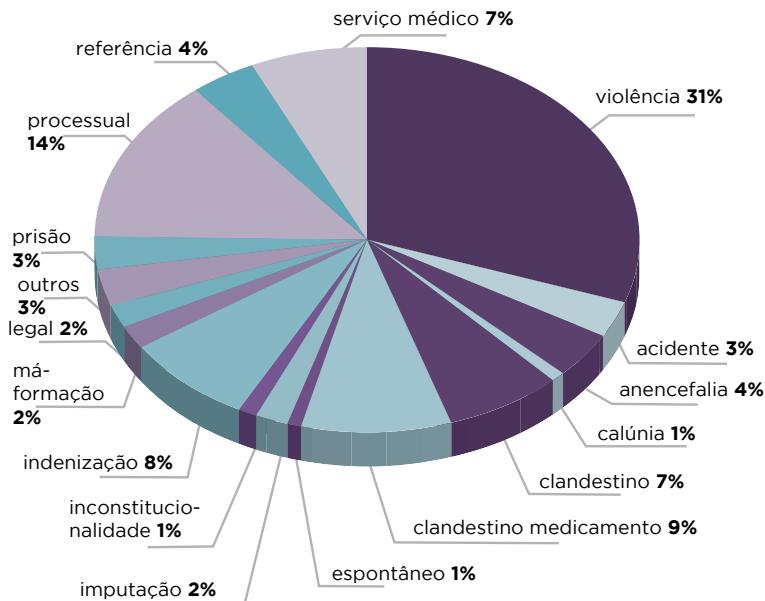


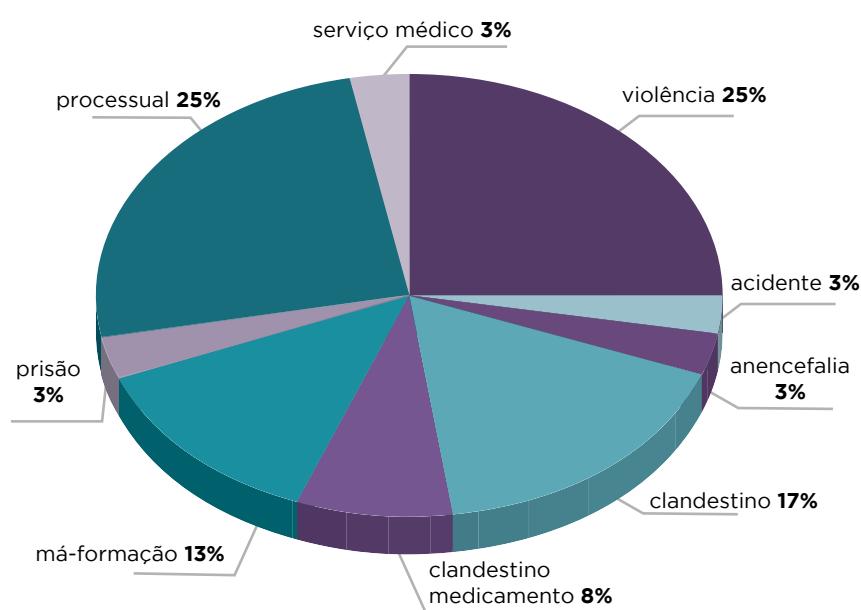
Gráfico. 2
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Total de casos nos distribuídos por palavra-chave

Já com relação aos dados dos tribunais superiores, nota-se que os tipos de casos que chegam a estas instâncias apresentam menor variação temática. Observa-se também que os casos de violência assumem proporção não tão destacada, como se verificou nos tribunais estaduais.

Nesta instância, os casos classificados com as palavras-chave “violência” e “processual” correspondem a 25% cada, indicando diminuição em relação aos casos de violência e aumento dos casos com temas processuais, quando comparados com os dados dos tribunais estaduais ou dos tribunais estaduais e superiores em conjunto. Identificou-se 17% de casos de abortos clandestinos 13% de más-formações fetais, 8% de abortos clandestinos utilizando medicamentos e 3% para casos classificados como acidente, anencefalia, prisão e serviço médico. É interessante notar como casos de más-formações fetais, em geral, parecem aceder com maior intensidade às cortes superiores, pois representam um percentual relevante de casos. Os acórdãos que versam sobre anencefalia e má-formação, em conjunto, somam 16% do total de casos que alcançam esta instância de julgamento.

Observa-se que o STJ e o STF apresentam número bastante reduzido de casos, o que confirma sua vocação para tratar de temas mais complexos, como, no caso do STF, de situações que envolvam controle de constitucionalidade, notadamente pela via direta. Assim, essas cortes, por atuarem na pacificação de entendimentos, devem ser chamadas a

Gráfico. 3
TRIBUNAIS SUPERIORES
Total de casos distribuídos por palavra-chave



Ao distribuírem-se os acórdãos encontrados ao longo da pesquisa por tribunal, nota-se que o estado de São Paulo e o de Minas Gerais concentram uma maioria significativa de casos.

Há diversas possíveis razões para explicar este fenômeno. A primeira refere-se, inicialmente, à acessibilidade às decisões dos tribunais. Muitos deles, em especial nas regiões Norte e Nordeste, não disponibilizavam os acórdãos – ou inteiro teor – em seus websites. Assim, ante tal problema técnico, era de se esperar que houvesse menos casos catalogados advindos dessas regiões.

Em um segundo panorama, é possível pensar que os estados da região Sudeste concentram maior população, é dizer, têm elevada densidade demográfica, o que pode levar a uma ocorrência maior de casos e conseqüentemente a mais decisões nos tribunais.

Uma terceira explicação seria a de que os dois estados possuem os maiores índices de litigância¹ para o tema aborto, fazendo com que se

¹ A idéia de litigância origina-se do conceito de litigar, que sua vez provém da idéia de lide. Segundo clássicos conceitos da doutrina do direito processual civil, a lide se caracteriza por uma pretensão resistida que, exatamente em razão desta resistência, é levada a juízo a fim de que o Estado proporcione uma resposta jurisdicional, pacificando o conflito. Litigar, portanto, é o ato de propor uma lide perante o judiciário, sendo que litigância pode ser considerada a ação de propor, de maneira sistemática, demandas ao judiciário. A litigância é fruto

concentrem mais casos na região Sudeste, o que também aponta para o entendimento do gráfico 5 abaixo.

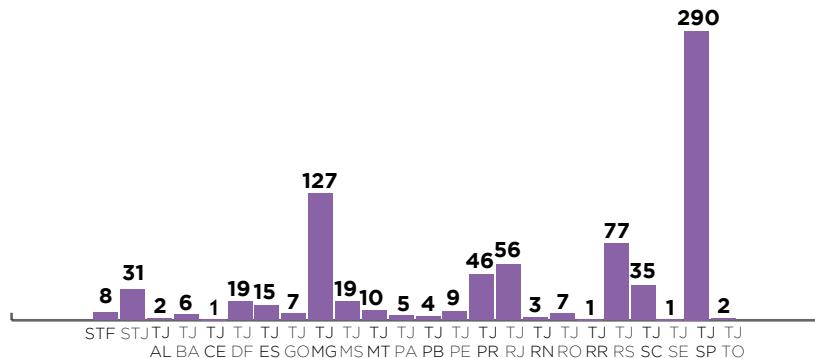


Gráfico. 4
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos coletados distribuídos por tribunal

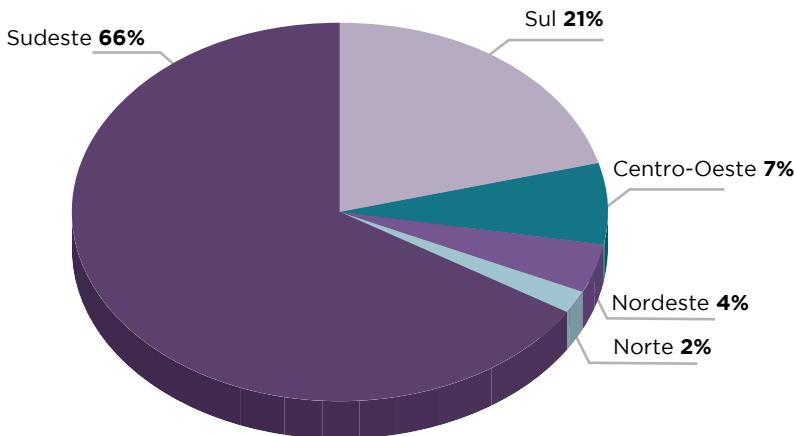


Gráfico. 5
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos distribuídos por região

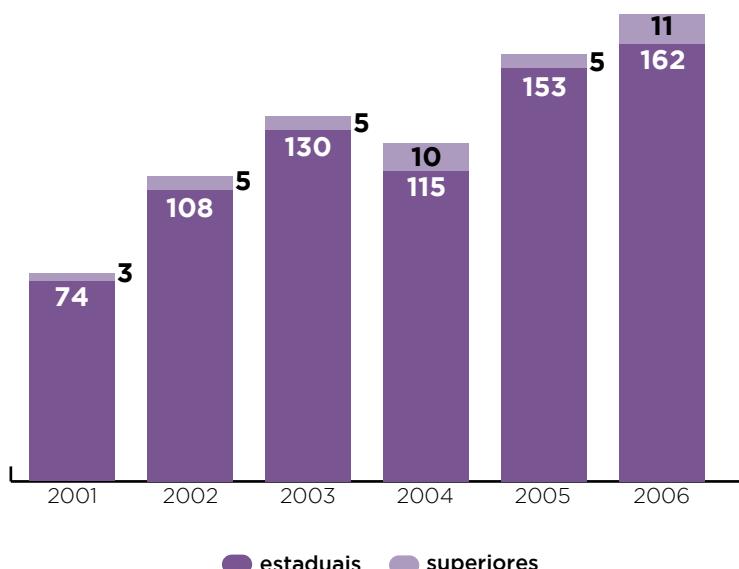
Ao analisarmos o julgamento de casos nos tribunais estaduais e superiores, nota-se uma tendência crescente de potencialização de demandas referentes a abortos no período de 2001 a 2006.

Enquanto em 2001 era julgado um total de 74 casos nos tribunais estaduais e apenas três nos superiores, no ano de 2006 estes números subiram para 162 e onze, respectivamente. Estes dados apontam para uma maior discussão dos temas nos tribunais, o que pode estar relacionado à questão do debate público da anencefalia e à politicização do tema na sociedade.

Pode-se dizer que o aborto está hoje “na pauta do dia”, seja em razão do debate público sobre anencefalia, seja em razão dos mo-

do conhecimento dos direitos e dos meios para assegurá-los, razão pela qual muitas vezes este tipo de atuação encontra intensa relação com os índices de desenvolvimento humano – IDH.

vimentos conservadores para o recrudescimento e agravamento das legislações penais sobre aborto. Apenas como demonstrativo da relação entre este debate público e um ativismo judicial sobre a matéria pode-se citar o recente caso de Mato Grosso em que cerca de 10 mil mulheres foram indiciadas pela prática de aborto, em razão da identificação e repressão a uma clínica clandestina nesta região².



No período analisado nesta pesquisa, observou-se que os principais instrumentos legais que levam a discussão do aborto aos tribunais são: o Recurso em Sentido Estrito (RESE³), com 189 casos; a apelação criminal⁴ como recurso utilizado em 188 dos casos; a apelação cível⁵ em

² Ver capítulo “Abortos clandestinos”.

³ O Recurso em Sentido Estrito (RESE) tem previsão no artigo 581 do Código de Processo Penal. Neste dispositivo encontram-se presentes as situações em que é cabível a utilização deste recurso para contestar manifestação judicial. Difere-se dos demais pois não é analisado pela segunda instância judiciária. Trata-se de hipótese em que a determinação do juiz, que não se refira ao mérito da causa (ou seja, decisão meramente interlocutória, que não se debruça sobre as temáticas de fundo envolvidas no processo, mas apenas toma decisões como incluir ou excluir jurado da lista geral de jurados no julgamento pelo Tribunal do Júri), pode ser revista e alterada pelo próprio juiz, mediante provocação da parte. Segundo Julio Fabbrini Mirabete: “no recurso em sentido estrito procede-se ao reexame da decisão do juiz, nas matérias especificadas em lei, permitindo-se-lhe novo pronunciamento antes do julgamento pela instância superior. Cabe ele tanto nas sentenças, em sentido estrito, como em despachos, podendo seu prolator obstar seu julgamento pelo tribunal com a retratação da decisão impugnada.” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: Referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1438.

⁴ A apelação criminal é o recurso utilizado para se contestar e tentar reverter, em sede criminal, uma sentença proferida em primeiro grau que extingua o processo penal, condenando ou absolvendo o réu conforme previsto no artigo 593 do Código de Processo Penal. Por meio desse recurso, leva-se o caso para análise do tribunal, que pode reverter ou manter a sentença. Pode ser proposta tanto pelo Ministério Público como pela defesa. Segundo Guilherme de Souza Nucci: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 828.

⁵ A apelação cível é o recurso existente, em sede cível, para se reverter decisões de mérito proferidas na primeira instância. Possui previsão

138 dos casos; e o *habeas corpus*⁶, em apenas 125 dos casos. Causa surpresa notar que a temática do aborto surge tão intensamente discutida perante os tribunais por meio de apelações cíveis, haja vista tratar-se de matéria eminentemente penal, em razão de sua previsão como crime no Código Penal.

No entanto, pelos dados coletados, verificou-se: a existência de ações cíveis notadamente para solicitar autorização para interrupção de gestação em caso de má-formação que torne inviável a vida extra-uterina; casos em que exige-se uma indenização em razão da ocorrência de um abortamento (por exemplo, quando constatada deficiência na prestação de serviço médico, casos de acidentes); ou ainda, situações em que o recurso ao aborto, utilizado pela mulher, é tido como argumento a contar sobre sua qualidade enquanto mãe. Em alguns casos, nesse contexto, reivindica-se a não concessão da guarda dos filhos à mulher alegando-se que ela teria tentado o aborto da criança.

Foram encontrados, também, em menor quantidade, casos cujo tipo de ação utilizada para levar-se o tema aos tribunais era o mandado de segurança⁷ (25) e a revisão criminal⁸ (23). Observe-se que entre os casos identificados no gráfico a seguir como “outros”, encontram-se as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN⁹) propostas com o ob-

nos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil.

⁶ O *habeas corpus* é ação constitucional que tem como objetivo impedir restrições ilegais à liberdade de locomoção ou reverter privações de liberdade já determinada ou executada por agentes públicos. Tem previsão no artigo 5, inciso LXVIII da Constituição Federal. Seu regramento processual encontra-se disposto nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal.

⁷ O mandado de segurança é ação constitucional destinada a reverter ordens ilegais proferidas por agentes públicos no exercício de sua função. Tem previsão no artigo 5, inciso LXX da Constituição Federal e em lei específica. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm Acesso em 28 ago. 2008).

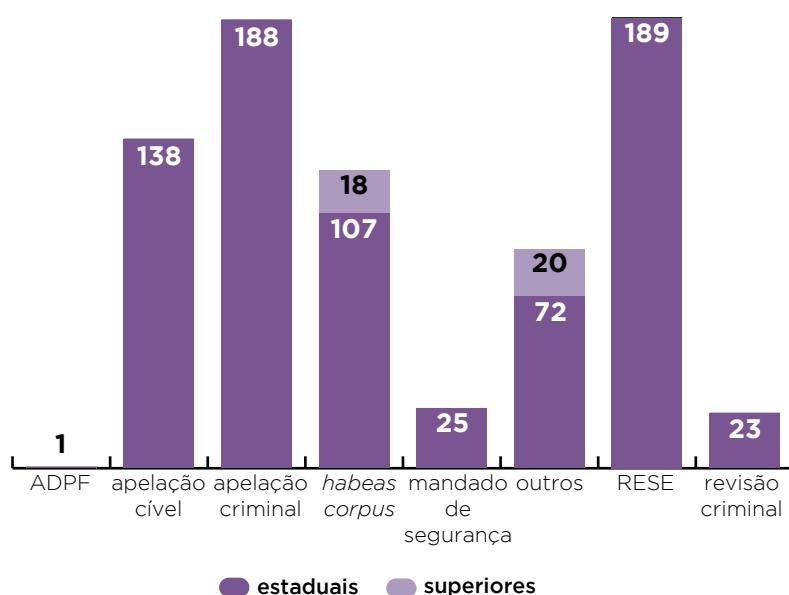
⁸ A revisão criminal tem previsão legal nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal. Tem por objetivo a revisão da sentença para alterar a classificação da infração, a absolvição do réu, a modificação da pena ou a anulação do processo, nos termos do artigo 626 do mesmo diploma legal. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete: “A intangibilidade da coisa julgada, no processo penal, deve ceder ante os imperativos da Justiça, dando-se prevalência à verdade real, e não à verdade formal. Permite-se, portanto, pela revisão criminal, que o condenado possa pedir a qualquer tempo aos tribunais, nos casos expressos em lei, que reexamine o processo já findo, afim de ser absolvido ou beneficiado de alguma outra forma. Quanto à natureza jurídica da revisão, é ela discutida. Alguns a entendem seja um recurso, outros um remédio jurídico processual, recurso excepcional, recurso misto ou, a nosso ver, no melhor entendimento, uma ação penal de conhecimento e de caráter constitutivo. Diante do exposto no art. 621, que somente se refere a sentenças condenatórias, é inadmissível a revisão *pro societate*. A admissão do processo é limitada às hipóteses previstas no art. 621, que tem rol taxativo.” MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: Referências Doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1607

⁹ A ação direta de inconstitucionalidade é modalidade de instrumento jurídico que se insere na sistemática do controle concentrado de constitucionalidade. Por meio dela, é possível contestar lei ou ato normativo em desconformidade com a Constituição, buscando-se eliminar esta norma do sistema e resguardar a supremacia da Constituição. Tem previsão no artigo 102, inciso I, alínea “a” e 103 da Magna Carta e regramento na lei 9868/99. As leis ou atos normativos estaduais ou federais podem ser contestadas perante o Supremo Tribunal Federal, que as analisará tendo em vista a Constituição Federal. Já as leis ou atos normativos municipais deverão ser contestadas perante os tribunais estaduais tendo-se em vista sua adequação em relação à Constituição Estadual. Assim, no que se refere aos tribunais estaduais, a sua competência

jetivo de se contestar a distribuição de medicamentos contraceptivos de emergência na rede pública de saúde. Em razão de terem sido encontrados apenas 5 casos como estes, justifica-se a sua inclusão dentre os institutos jurídicos classificados como “outros”.

Note-se que em sede de tribunais superiores, são julgadas as ações de natureza estritamente constitucional, como o habeas corpus e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF¹⁰). Embora o habeas corpus possa ser julgado em qualquer instância jurisdicional, muitas vezes é instrumento jurídico utilizado para que se chegue aos tribunais superiores quando as instâncias recursais regulares já foram esgotadas.

Gráfico. 7
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos distribuídos por tipo de ação ou recurso



para julgamento para a ADIN dependerá sempre das Cartas Estaduais.

10 A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é mecanismo jurídico de natureza constitucional que tem por objetivo buscar a solução para a violação a um direito fundamental, que está ocorrendo em razão da ausência de norma jurídica que viabilize seu exercício. Encontra assento constitucional no artigo 102, § 1º da Magna Carta. Acerca do procedimento e demais informações sobre este instrumento jurídico encontram-se presentes na Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm Acesso em 12.08.2008.

**3. ANÁLISE
TEMÁTICA E DOS
DADOS A PARTIR
DE SEU CONTEÚDO
ARGUMENTATIVO**

3. ANÁLISE TEMÁTICA E DOS DADOS A PARTIR DE SEU CONTEÚDO ARGUMENTATIVO

A seguir, serão desenvolvidas análises das principais linhas argumentativas identificadas nos acórdãos, a partir do objetivo inicialmente estabelecido na pesquisa, qual seja, a verificação da influência religiosa e feminista em conteúdos das decisões ou mediante a participação direta de representantes destes grupos sociais nos casos.

Estas formas de influência foram dispostas em três capítulos. O primeiro abordará as polêmicas acerca da questão do direito à vida, tratado como absoluto recorrentemente em recusas de autorização judicial para a interrupção da gestação quando verificada a anencefalia, mas também em outras situações. O segundo tratará do tema aborto sob a perspectiva religiosa, notadamente católica, pois foi esta a religião cujas interferências argumentativas estiveram predominantemente presentes. E o terceiro versará sobre o tema aborto na perspectiva das mulheres, ou seja, abordando aspectos sócio-históricos sobre sua sexualidade e reprodução e como estes fatores foram (ou estão sendo) incorporados enquanto direitos humanos.

3.1. Aborto e direito à vida

No presente capítulo abordam-se alguns aspectos da ampla discussão sobre o aborto e o valor da vida do feto, tanto no âmbito social e valorativo-moral quanto no jurídico. Assim, discute-se a questão sobre

o feto ser ou não pessoa desde a concepção, o momento a partir do qual possui direitos a serem defendidos e quais outros direitos estão envolvidos quando uma mulher opta pela interrupção da gestação.

Arrolam-se conteúdos argumentativos sobre o direito à vida do feto por parte dos dois principais grupos sociais que se envolvem ativamente no tema aborto, quais sejam, a religião e o movimento feminista.

Desenvolvem-se também apresentação e análise dos dados pesquisados referentes à presença de conteúdos argumentativos em defesa do direito à vida como absoluto nos acórdãos, bem como conclusões parciais sobre o tema.

3.1.1. A discussão na sociedade

O debate sobre o aborto é popularmente apresentado como um debate em torno de uma questão moral e metafísica. Por parte dos grupos antiaborto, afirma-se que um embrião recém fertilizado já é uma criatura humana com direitos e interesses próprios, uma pessoa, uma criança não nascida. Por parte dos que sustentam que a decisão sobre um aborto cabe à mulher, alega-se que o embrião é pessoa em potencial, ainda não titular de todos os direitos de uma pessoa já nascida.

As discussões sobre o tema aborto pressupõem que as divergências baseiam-se entre saber se o feto é pessoa com direito à vida desde a concepção, torna-se uma pessoa em algum momento da gravidez ou somente ao nascer, ou ainda se, sendo o feto já pessoa, seu direito à vida deve ser sopesado em relação a algum direito da gestante.

Segundo Ronald Dworkin¹, esta forma de encarar o debate é fatalmente enganosa. Posições conservadoras nem sempre são correspondentes com o pressuposto do feto possuir direitos desde a concepção, nem posições liberais são sempre correspondentes a afirmar que tais direitos do feto inexistem. Os argumentos, portanto, não podem ser polarizados tão rigidamente.

Diversas pessoas, apesar de considerarem que o aborto não é nunca ou quase nunca moralmente permissível, pensam que a lei deveria deixar as mulheres livres para tomar suas decisões. Algumas delas baseiam-se no princípio de que o Estado e a Igreja devem ser separados, outras fundamentam sua tolerância na idéia de que o aborto

¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

compete ao âmbito íntimo da pessoa, sobre o qual o governo não pode ditar uma moral. Grande parte dos extremamente conservadores em relação ao aborto acredita que o governo deve proibi-lo, mas mesmo estes, em algumas situações, abrem exceções, como por exemplo em casos nos quais a gestação coloca a mãe em risco de vida ou quando a gestação é resultado de um estupro. Portanto, o direito à vida não se apresenta de forma tão absoluta entre as opiniões conservadoras.

Da mesma maneira, na maioria das vezes as posições dos que são mais liberais em relação ao aborto não decorrem simplesmente da negação de que o feto seja uma pessoa com direito à vida, mas presupõem que há outro valor importante em jogo. Em geral, rejeita-se a posição de que o aborto não é moralmente problemático, já que a eliminação de uma vida que já começou a existir envolve grande custo moral, portanto, ele não é defendido por razões frívolas ou triviais.

Reivindica-se o aborto moralmente não apenas para salvar a vida da mãe ou em casos de estupro como também quando diagnosticadas anomalias fetais graves que tornem a vida do feto inviável. É tida também como justificação adequada para o aborto a preocupação com consequências graves para a mulher e família trazidas com o nascimento, como dificuldades sócio-econômicas para criar o filho, entre outras. Além disso, considera-se que o Estado não deve intervir na decisão da mulher sobre o aborto – pode obrigá-la a avaliar a situação e conversar sobre isso com outras pessoas, mas não impor-lhe convicções morais de terceiros.

Estas argumentações, entendidas como linhas gerais dos posicionamentos mais liberais, são incompatíveis com o pressuposto de que o feto é uma pessoa com direitos e interesses próprios, com valor absoluto. Entretanto, mesmo os adeptos desta linha de pensamento consideram o aborto moralmente inaceitável em algumas situações, caso contrário, não suscitaria problemas morais e seria considerado uma intervenção cirúrgica como qualquer outra.

A conclusão a que Dworkin chega é que:

A verdade é que a opinião liberal, como a conservadora, pressupõe que a vida humana tem algum valor intrínseco, de modo que é um erro, em princípio, pôr fim a uma vida mesmo quando não estão em jogo os interesses de ninguém.²

² DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47.

Assim, o eixo central para discutir as divergentes posições sobre o aborto seria entender que todas elas atribuem à vida humana algum valor intrínseco.

Estas posições morais, contudo, não são produzidas por indivíduos isolados. As respostas oferecidas pelos indivíduos às grandes questões morais e jurídicas refletem seus compromissos, lealdades ou associações dentro das aproximações que possuem a grandes instituições, movimentos ou outros meios de formação de opinião. Os indivíduos entendem-se não apenas como indivíduos, mas como

católicos, batistas, judeus, defensores dos valores familiares, feministas, ateus, socialistas, críticos sociais, anarquistas ou adeptos de alguma outra concepção ortodoxa ou radical sobre a justiça e a sociedade.³

Os dois mais importantes grupos que participam desta controvérsia são as religiões tradicionais e o movimento feminista, ambos brevemente tratados nesta pesquisa.

3.1.1.a. Direito à vida na perspectiva religiosa

Como se discorre com mais detalhes no capítulo "Aborto e Religião", a Igreja Católica mudou alguns posicionamentos ao longo de sua história sobre o momento em que o feto receberia a alma ("animação"). Defendeu por séculos, baseada em teorias de Aristóteles⁴, que a alma chegava ao corpo do feto aproximadamente quarenta dias após a fecundação.

A mudança desta postura e afirmação de que a animação ocorre no momento da concepção, no século XIX, significou forte argumento para a Igreja combater mais rigidamente o aborto, passando este a ser motivo de excomunhão. É a partir deste momento que o argumento do direito à vida do feto como absoluto, em qualquer fase da gestação, ganha força. Paralelamente, no mesmo período histórico, a idéia de que Igreja e Estado deveriam separar-se converte-se em critério do processo de transformação, no que se refere ao exercício do poder estatal, de muitos países europeus.

A partir do momento em que Estado e Igreja separam-se, cada qual

³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 48.

⁴ Um dos mais expressivos filósofos gregos, viveu no século IV a.C.

com funções diferenciadas e formas de controle social próprias, torna-se incabível que as leis civis sejam regidas por parâmetros religiosos. Ou seja, nesta nova configuração, a defesa de justificações seculares no direito penal não mais admitiria a condenação ao aborto em razão deste ser *um pecado que insulta e frustra o poder criador de Deus*.

A idéia de que o feto é pessoa desde a concepção (feto com alma desde a fecundação) reforçou o combate ao aborto pela Igreja, “conferiu grande força à sua argumentação política”, pois ao defender que o aborto é o assassinato de uma criança não nascida, “a doutrina católica agora admitia um argumento secular”⁵. Em outras palavras, assim como pode argumentar que

os direitos das crianças, das minorias ou dos pobres não podem ser negligenciados, assim também se pode argumentar que os direitos das crianças não nascidas não podem ser sacrificados. Deus não precisa ser mencionado no argumento.⁶

A título de exemplo de como a fundamentação religiosa atualmente admite argumento secular, segue trecho de documento da Campanha da Fraternidade 2008, sob o lema “Fraternidade e defesa da vida”:

Uma nova vida humana, a partir da Biologia e da Genética, começa no exato momento da fecundação, que é a penetração do espermatóide no óvulo. Quando os dois gametas se unem, acontece o milagre da vida: forma-se uma identidade genética única, diferente da simples soma das características dos pais, portadora em si mesma de uma programação própria de desenvolvimento. Suas características constitucionais já estão definidas: cor da pele e dos olhos, estatura, tipo sanguíneo, temperamento, etc. Nem sua mãe poderá mudar o seu “ser-pessoa”. Necessita apenas de oxigênio, de alimento e de proteção para continuar o seu caminho como qualquer outro ser vivo precisa. Embora esteja na mãe, não é a mãe.⁷

Percebe-se, no trecho, a reivindicação de descobertas científicas, e não mais da incorporação da alma no feto, para dizer-se que há vida desde o momento da concepção. Identifica-se também, como demons-

⁵ DWORKIN, Ronald. *Dominio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 63.

⁶ Idem, Ibidem, p. 63.

⁷ Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. *Campanha da Fraternidade 2008: versão definitiva*. Disponível em: http://www.cnbb.org.br/ns/modules/mastop_publish/files/files_48cfb5b072d7f.pdf. Acesso em 10.10.2008. p. 23-24.

trado anteriormente, o tratamento do feto como pessoa, inclusive com o temperamento determinado biologicamente.

Outro exemplo de avocação de argumentos seculares pela Igreja Católica com o objetivo de apresentar suas fundamentações religiosas é o trecho de documento do Comitê Episcopal da Espanha para a defesa da vida:

Os poderes públicos devem interferir positivamente na defesa da dignidade da vida e da dignidade do homem em todos os períodos da sua existência, independentemente das circunstâncias de cada um, ainda que este princípio, patrimônio comum de todos os ordenamentos com o surgir do cristianismo, seja posto hoje em questão por alguns. O aborto provocado não é somente um assunto íntimo dos pais, mas afecta directamente a solidariedade natural da espécie humana, e todo o ser humano deve sentir-se interpelado perante a realização de qualquer aborto.⁸

Ainda no mesmo texto, o referido comitê posiciona-se sobre o dever do Estado de colocar seu poder legislativo e repressivo a serviço de uma determinada moral, concretamente da moral católica. A resposta oferecida é a que se segue:

Não. Mas há um mínimo consenso que se articula à volta da defesa da dignidade humana – na qual se inclui o direito à vida e também do ser que já foi concebido mas que ainda não nasceu –, que é absolutamente irrenunciável, pois, de contrário, nem a sociedade nem o Estado teriam razão para existir. Este mínimo não é patrimônio exclusivo da Igreja Católica, mas de toda a humanidade. (...) Opor-se hoje ao aborto provocado, como em outras épocas à escravatura, não é fanatismo nem tem a ver exclusivamente com as convicções religiosas, católicas ou não, mas é uma obrigação indeclinável para todos os que crêem no direito à vida e na dignidade do ser humano.⁹

⁸ Conferência Episcopal Espanhola – Comitê Episcopal para a Defesa da Vida. O Aborto: 100 perguntas e respostas sobre a defesa da vida humana e a atitude dos católicos. In: Vários autores. *A posição da Igreja perante o aborto. Textos do episcopado português, do episcopado espanhol e do Arcebispo de Nova York, Cardeal John O' Connor*. São Paulo: Edições São Paulo, 1993, p. 48.

⁹ Idem, Ibidem, p. 53 - 54.

3.1.1.b. Direito à vida na perspectiva feminista

Reconhecendo as diferenças de convicções presentes dentro do movimento feminista, no qual nem sempre há um consenso em relação ao aborto, Ronald Dworkin sugere que pode-se afirmar, de maneira geral, que

os argumentos e estudos feministas têm por base não apenas a negação de que o feto é uma pessoa, ou a afirmação de que o aborto é permitível ainda que o feto o seja, mas que se baseia igualmente em preocupações positivas que reconhecem o valor intrínseco da vida humana.¹⁰

A questão, então, não seria que o movimento feminista desconsidera o direito à vida do feto, mas o avalia como um dos fatores relevantes nas discussões sobre o aborto, não o tratando, portanto, como um valor absoluto. De maneira geral, leva em conta, em seus vários aspectos, as situações concretas de vida da mulher – suas condições de saúde física e psicológica, sócio-econômica, se a gravidez era desejada, entre outras possibilidades.

Um exemplo do que seria a gravidez na perspectiva da mulher, e não tratando o feto como entidade moral e geneticamente distinta de si, seria o posicionamento da professora Catharine MacKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

Em minha opinião, e segundo a experiência de muitas mulheres grávidas, o feto é uma forma de vida humana. Está vivo. (...) Mais que uma parte do corpo, mas menos que uma pessoa, o lugar onde está é, em grande parte, aquilo que é. Do ponto de vista da gestante, é ao mesmo tempo eu e não-eu. “É” gestante no sentido de que está nela e é dela, e é dela mais do que de qualquer pessoa. “Não é” ela no sentido de que ela não é somente o que se encontra ali.¹¹

Percebe-se que a vida do feto, para a mulher, é reconhecida como dotada de valor. O feto é identificado como seu filho – e não como um ser totalmente distinto, alocado em seu ventre, bem como também não é considerado mera parte de seu corpo.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Dominio da Vida: aborto, eutanasia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 70.

¹¹ MACKINNON, Catharine. *Reflections on Sex Equality Under Law*. P. 1316. In: DWORKIN, Ronald. *Dominio da Vida: aborto, eutanasia e liberdades individuais*. Martins Fontes, p. 76.

Outra demonstração de argumentação feminista, agora tratando dos conflitos entre o direito à vida do feto e o direito à dignidade da vida das mulheres, é o que se segue:

La prohibición del aborto castiga doblemente a las mujeres que no tienen acceso a recursos económicos, institucionales y afectivos. Son ellas las que los realizan en condiciones de clandestinidad e inseguridad para sus vidas. Las mujeres pagamos un precio muy alto por el disciplinamiento coercitivo de la sexualidad que se expresa en débiles políticas sobre métodos anticonceptivos, en sanciones morales a nuestra conducta y en la muerte por intervenciones hechas en condiciones de riesgo.

(...)

Muchos sostienen que el aborto pone en conflicto los intereses del feto y los de la mujer. Esta afirmación equivale a equiparar los derechos de un ser humano con los de un posible ser humano. Como sostiene Mary Anne Warren, ‘Como organismo vivo aunque no sensible, el feto del primer trimestre no es todavía un ser con interés en seguir vivo. Al igual que óvulo sin fecundar, puede tener el potencial de convertirse en un ser interesado en seguir vivo, y no que ya tenga tal interés...en la práctica es imposible conceder derechos morales iguales a los fetos sin negar los mismos derechos a las mujeres’. Este dilema se mueve equiparando los derechos, la sensibilidad, el raciocinio de ser ya formado frente a la potencialidad de un posible otro. Las mujeres que quedan embarazadas son ya personas a diferencia de los fetos.¹²

3.1.2. Aspectos jurídicos do direito à vida

O direito à vida é garantido como direito humano fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sem ele, os demais não poderiam existir ou careceriam de sentido, portanto, é primordial e essencial para a existência de todos os outros. Contudo sua proteção não é absoluta (porque nenhum direito pode ser absoluto), mas antes é objeto de gradações no ordenamento jurídico brasileiro.

¹² Red de Salud de Las Mujeres Latino Americanas Y Del Caribe – RSLAC. 9. Campaña 28 de Septiembre. Por la Despenalización del Aborto en América Latina y el Caribe. Cuadernos Salud, p.14.

A Constituição Federal assegura amplamente o direito à vida¹³ enquanto um direito fundamental, não fazendo menção expressa à extensão desta garantia. As demais disposições constitucionais e as normas infraconstitucionais¹⁴ é que vão dar os contornos, limites e alcance da proteção jurídica à vida.

O Código Civil, em seu artigo 2º, estabelece que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, na seara cível, considera-se que os direitos de personalidade passam a existir e a ser protegidos a partir do nascimento com vida. Assim, antes do nascimento com vida o que existe é apenas uma expectativa de direito, que é protegida pela legislação. Protege-se a vida como expectativa futura, caso ela venha a vingar.

Na esfera penal, os atentados à vida humana são duramente reprimidos, com a tipificação do homicídio, do infanticídio e do aborto. No entanto, é importante que se note, a pena aplicável para cada um destes crimes é variável, sofrendo visível graduação de acordo com a relevância do bem jurídico a ser tutelado. A pena aplicável ao crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) é de seis a doze anos de reclusão em caso de homicídio simples¹⁵, podendo chegar de doze a trinta anos em caso de homicídio qualificado¹⁶.

Já o infanticídio (artigo 123 do Código Penal¹⁷) poderá receber penalidade que varie entre dois e seis anos de detenção, enquanto que

13 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

14 Normas infraconstitucionais são todas as normas jurídicas que se encontram hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, adotando-se a idéia piramidal de Direito trazida por Hans Kelsen. A Constituição ocuparia o topo dessa pirâmide, iluminando e informando todo o ordenamento que abaixo dela está localizado. Tem-se então inseridas na pirâmide todas as espécies legislativas, tais quais leis ordinárias, complementares, os regulamentos, etc.

15 Código Penal: Homicídio simples

Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

16 Código Penal: Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo futil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

17 Código Penal: Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos.

para o aborto (artigos 124 a 127 do Código Penal), a pena poderá ser de um a dez anos de reclusão, a depender da situação concreta. Observa-se que a proteção jurídica que é oferecida ao feto é, em verdade, menos intensa que aquela que se atribui à mulher, que já é um ser humano autônomo. A pena para quem extingue a vida do feto pode corresponder à metade da pena aplicável em caso de homicídio de um ser humano já formado.

Percebe-se, portanto, que a legislação infraconstitucional apresenta uma verdadeira graduação da extensão e da intensidade com que protege o direito à vida, reconhecido como fundamental, mas não como absoluto.

A idéia da proteção ao direito à vida como absoluto confunde-se bastante com posicionamentos religiosos, os quais defendem que a legislação deve ser interpretada de maneira a proteger a vida a partir do momento em que há o encontro entre os gametas masculino e feminino.

No direito brasileiro existe apenas uma norma jurídica que prevê expressamente a proteção do direito à vida desde a concepção, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional adotado e aberto à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (OEA¹⁸), em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, sendo, portanto, válido em todo o território nacional. Este documento integra o ordenamento jurídico brasileiro com força de lei e, de acordo com algumas teorias, como a defendida pela jurista Flávia Piovesan, assume status materialmente constitucional por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁹. Este documento prevê, em seu artigo 4º, 1²⁰, esta proteção ampliada à vida.

¹⁸ Para consultar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, acesse: http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm. Acesso em 04.08.2008.

¹⁹ Há ferrenhas discussões acerca do status jurídico que recebem os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. Há quem defende que estes documentos integram o nosso sistema jurídico enquanto mera lei ordinária. Em contrapartida, outros defendem que assumem o caráter de texto constitucional, e há inclusive quem defenda que os tratados teriam hierarquia supraconstitucional, estando, portanto, acima da própria Constituição. Mais informações sobre o tema podem ser encontradas na obra: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. Verificar especificamente o capítulo IV, item ‘d’ (a partir da página 80).

²⁰ “Pacto de São José da Costa Rica (1969), ratificado pelo Brasil em 1992. Art. 4º - Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Para acessar a íntegra do documento:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 13.08.2008.

Como ficaria então a situação brasileira ante a ratificação deste tratado? Antes de mais nada, é importante observar que o referido documento prevê a “proteção da vida desde a concepção, em geral”. Ao adicionar-se a cláusula “em geral” abre-se a possibilidade de que haja exceções à proteção da vida desde a concepção. É dizer, deve-se buscar garantir este direito, mas é preciso também considerar que haverá hipóteses em que esta proteção deverá ser flexibilizada.

Defendendo a tese de que mesmo o conteúdo do artigo 4º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser relativizado, manifesta-se Daniel Sarmento:

Com efeito, a tese que ora se sustenta também parte da premissa de que a proteção da vida se inicia no momento da concepção. Apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderações de interesse envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante. Aliás, o emprego da expressão “em geral”, no texto do artigo em discussão, revela com nitidez que as partes celebrantes do tratado não quiseram conferir à vida intra-uterina uma proteção absoluta.

Neste particular, o uso da cláusula “em geral” evidencia que a proteção à vida intra-uterina deve ser concebida como um princípio e não como uma regra. Em outras palavras, e empregando a conhecida fórmula de Robert Alexy, a proteção ao nascituro constitui um “mandado de otimização” em favor de um interesse constitucionalmente relevante – a vida embrionária – sujeito, contudo, a ponderações com outros princípios constitucionais, e que pode ceder diante deles em determinadas circunstâncias.

E este entendimento se reforça diante da interpretação sistemática da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. É que a Convenção consagra em seu bojo uma série de outros direitos, titularizados também pelas gestantes, que podem entrar em colisão com a proteção da vida embrionária: é o caso do direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral (art. 5º, 1), do direito à liberdade e segurança pessoais (art. 7º, 1), do direito de proteção à vida privada (art. 11, 2), dentre outros. Assim, a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, na lesão a estes

direitos, razão pela qual torna-se essencial sua relativização.²¹

A proteção à vida, como dito, não é um direito absoluto, tanto que a nossa Magna Carta prevê a possibilidade de aplicação da pena de morte (em casos de guerra declarada) e há excludentes de ilicitude até mesmo para o cometimento de certas condutas que normalmente seriam consideradas típicas e, portanto, passíveis de punição. Exemplo claro é o direito à legítima defesa, em que ao agir para salvar a própria vida, o indivíduo não responderá penalmente pelo crime que cometer, ainda que seja um homicídio.

Mesmo no âmbito do aborto, há duas excludentes de ilicitude, especificamente determinadas no artigo 128 do Código Penal, conforme já informado: o aborto necessário e o aborto humanitário.

3.1.3. Análise dos dados pesquisados identificados com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto

Os casos identificados com a categoria “argumentação em defesa do direito à vida como absoluto” totalizaram 25, o que corresponde a 3% do total de casos coletados nos tribunais superiores e estaduais. Percebe-se que este percentual é superior ao de interferência direta da religião, que equivale a 2% dos casos analisados.

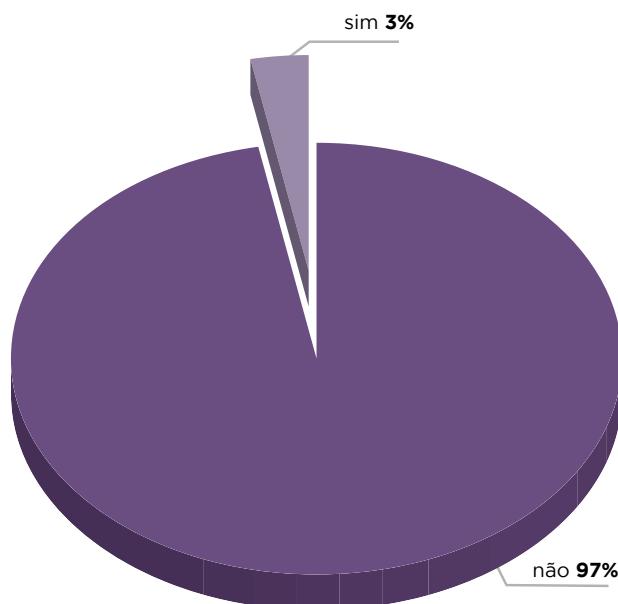


Gráfico. 8
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
Percentual de
casos com ar-
gumentação
em defesa do
direito à vida
como abso-
luto

²¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Lumen Juris Ed.: 2007, p. 34 - 35.

Nos tribunais estaduais, a defesa do direito à vida como absoluto foi invocada pelos desembargadores em 3% dos casos.

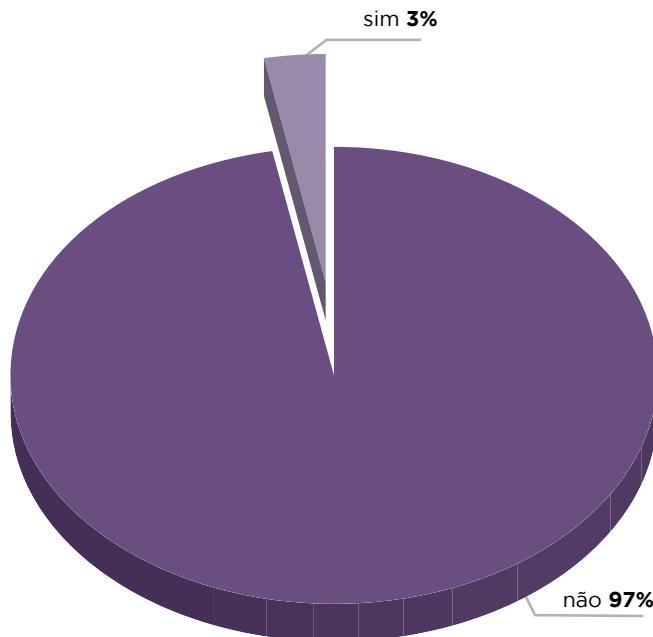


Gráfico. 9
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto

Já entre os tribunais superiores, a incidência da argumentação do direito à vida como absoluto foi maior, correspondendo a 13%.

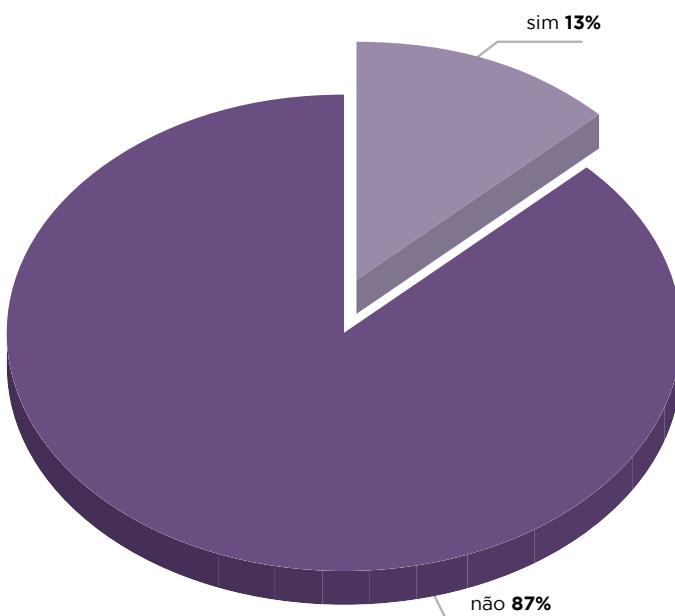


Gráfico. 10
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto

A argumentação em defesa do direito à vida do feto nos discursos dos magistrados não continha necessariamente fundamentação reli-

giosa explícita. Constatou-se que nove dos 25 casos com argumentação pró-vida continham também interferência direta da religião, o que corresponde a um percentual de 36%.

Comparando-se os dados de modo inverso, tem-se que dos doze casos com interferência da religião, nove também continham argumentação em defesa do direito à vida como absoluto, ou seja, 75% das argumentações religiosas dos casos analisados sobre o aborto fundam-se no direito à vida como absoluto.

Dentre os 3% de casos que continham argumentação em defesa do direito à vida como absoluto, identificou-se que 68% deles tratavam de situações em que mulheres gestavam fetos portadores de anencefalia ou outras más-formações fetais que tornariam a vida extra-uterina inviável. Ou seja, quando havia a possibilidade de autorizar-se uma interrupção da gestação, este tipo de argumento foi fortemente evocado.

Outro percentual destacado foi de 16% de casos de inconstitucionalidade de lei, que tratavam da discussão sobre o fornecimento de medicamentos contraceptivos de emergência, considerados por alguns, inclusive pessoas religiosas, como “microabortivos”. O restante das palavras-chave – “serviço médico”, “violência”, “processual” e “indenização” – representou, cada uma, 4% dos casos com argumentação em defesa do direito à vida.

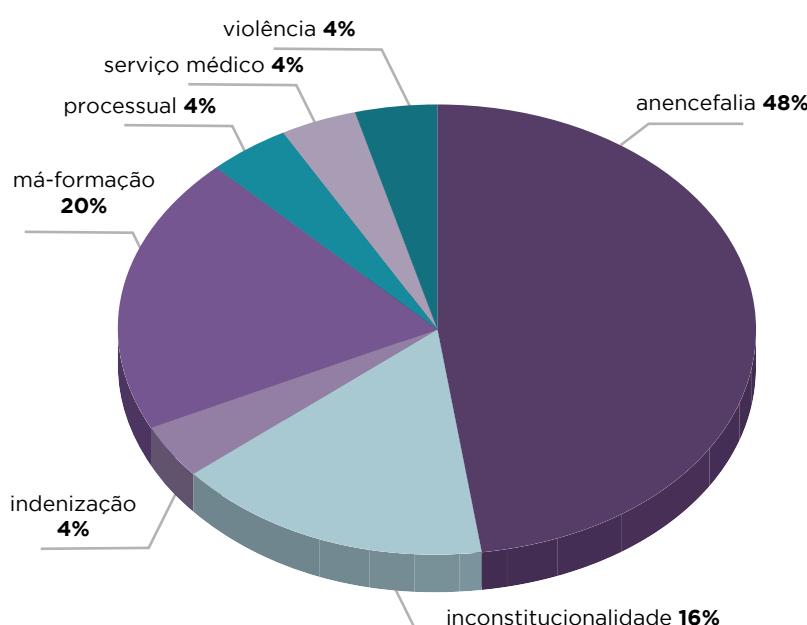


Gráfico. 11
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto distribuídos por palavras-chave

Aos serem separadas entre os tribunais estaduais, as argumentações em defesa do direito à vida como absoluto encontram-se assim dispostas: anencefalia, 49%; má-formação, 22%; inconstitucionalidade, 17%; indenização, 4%; processual, 4%; e serviço médico, 4%.

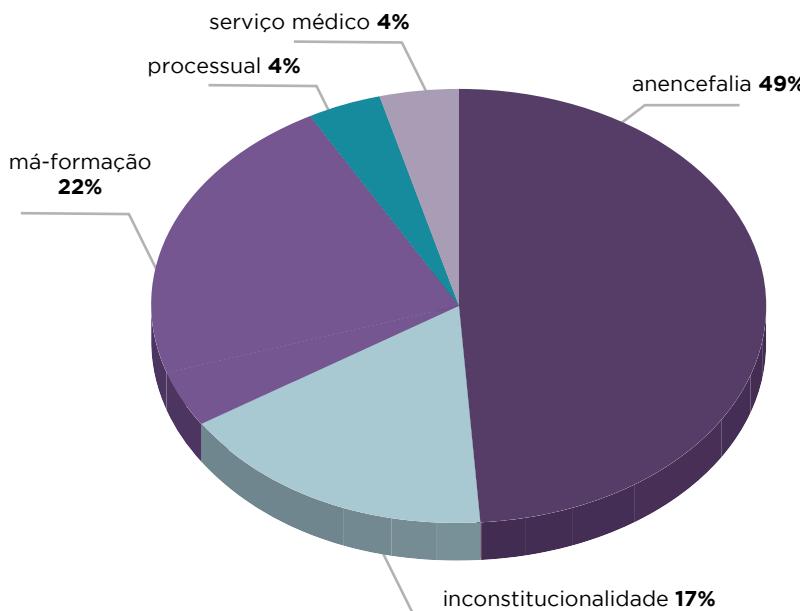


Gráfico. 12
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto distribuídos por palavra-chave

Já nos tribunais superiores há menos variação de temas, conforme demonstra a distribuição: 50% anencefalia e 50% violência.

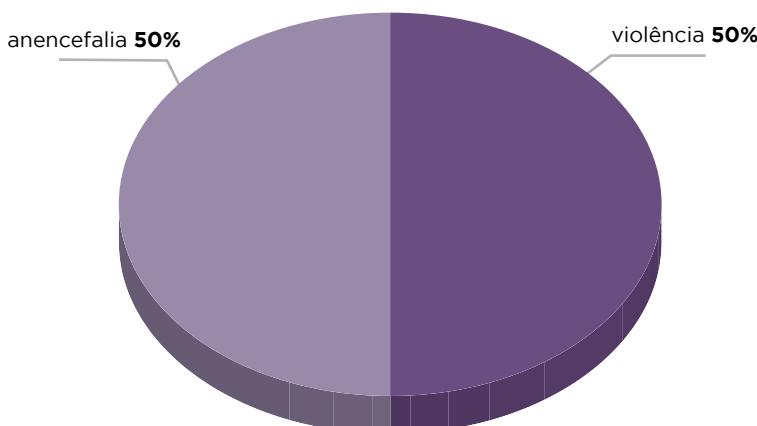
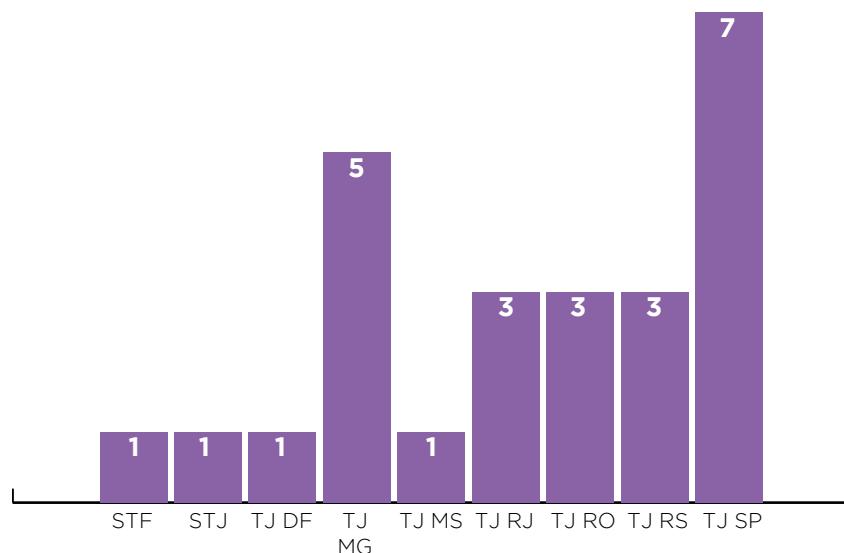


Gráfico. 13
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto distribuídos por palavra-chave

Percebe-se, na distribuição dos casos por tribunais, que a maioria dos casos com este tipo de argumentação concentra-se nos TJs de São Paulo e Minas Gerais. Quase a totalidade dos casos foi encontrada na região centro-sul, excetuando-se os três casos do TJ de Rondônia.

Há ainda poucos casos com tal conteúdo nos tribunais superiores, tendo sido encontrado apenas um no STF e um no STJ.

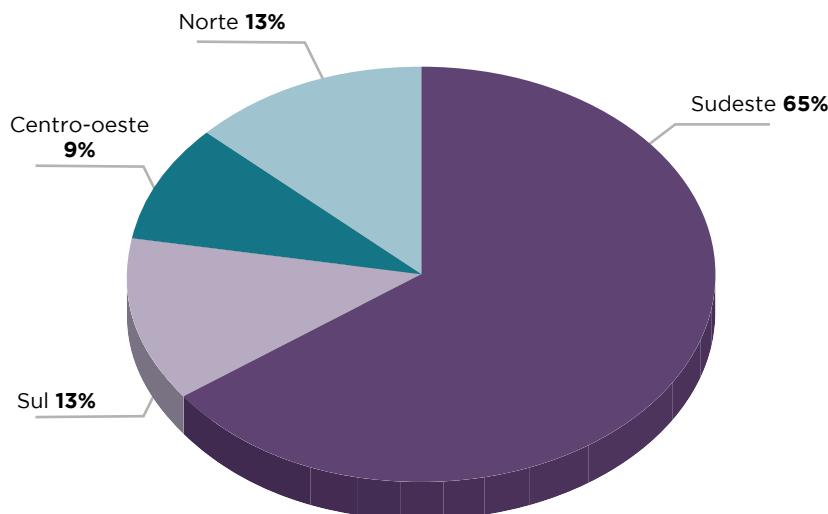
Gráfico. 14
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto distribuídos por tribunal



A desigual ocorrência de casos com invocação do direito à vida como absoluto nos tribunais, conforme acima demonstrado, indica também uma desigualdade na distribuição por regiões. Em percentuais, os casos distribuem-se regionalmente da seguinte maneira: 13% no Sul e no Norte, 9% no Centro-Oeste e 65% no Sudeste.

Levantou-se como hipótese para a não representatividade do Nordeste o fato de que muitos tribunais desta região não disponibilizavam seus acórdãos nos sites, e quando isto ocorria, encontravam-se muito poucos casos.

Gráfico. 15
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto distribuídos por região



Percebe-se no gráfico abaixo uma distribuição irregular desse tipo de manifestação argumentativa ao longo dos anos, especialmente com acentuada queda no ano de 2004 e posterior ascensão. Pode-se dizer que pelos dados coletados, o elevado número de casos no ano de 2006 justifica-se pelo desenvolvimento de uma intensa polêmica perante os diversos órgãos do Poder Judiciário em relação à distribuição de contraceptivos de emergência.

A discussão gira em torno de dois principais argumentos: enquanto alguns reivindicam sua concessão pelo Poder Público como cumprimento de um direito fundamental da população ao acesso a formas de planejamento familiar, outros alegavam sua ilegalidade por tratar-se de medicamento microabortivo, que impediria a nidadação do óvulo no útero.

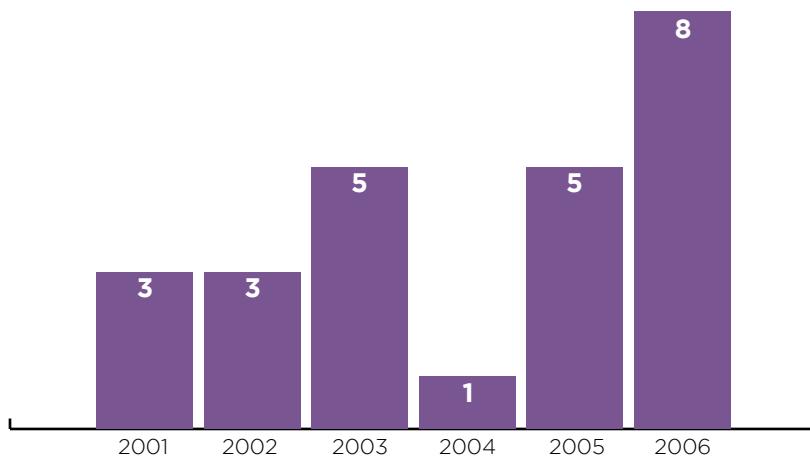


Gráfico. 16
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com argumen-tação em defesa do direito à vida como absolu-to distribuídos por ano de julgamento

3.1.4. Conclusões parciais

A defesa do direito à vida desde a concepção como fundamentação argumentativa contra o aborto promove grande mobilização social, pois tem apelo significativo na sociedade. Também encontra, até certo ponto, respaldo na legislação. A diferença entre o argumento religioso e o jurídico é que o primeiro defende a vida desde a fecundação como um valor absoluto, enquanto o segundo garante a proteção à vida desde a concepção, mas admitindo exceções. A argumentação feminista sobre o direito à vida parece convergir com as previsões em lei sobre o tema: a vida do feto é um bem que deve ser preservado, mas, em certas situações, outros bens podem ser levados em consideração no sentido de abrir-se exceções.

Tendo-se em vista a concepção atual de Estado laico, a incorporação, pelos magistrados, da defesa do direito à vida desde a concepção como absoluto é fator que merece atenção, na medida em que esta é a tese levantada pela Igreja Católica como justificativa para a proibição do aborto. Assim, nota-se uma confluência entre os argumentos religiosos e os manifestados pelos magistrados.

3.2. Aborto e religião

Neste capítulo desenvolve-se, em linhas gerais, a problemática da interferência religiosa no poder estatal, pontuando o papel que a Igreja já cumpriu na sociedade em outros períodos da história e a inserção social que esta instituição tem. Aborda-se, também, qual o lugar que deveria ter em relação ao Estado nos tempos atuais, considerando-se uma perspectiva jurídica. Indica-se também o posicionamento que a Igreja Católica teve, historicamente, em relação ao aborto, tanto no período em que estava atrelada ao poder estatal quanto no momento em que ocorre sua separação em relação a este.

Apresentam-se e analisam-se os dados pesquisados em relação à presença de interferência direta da religião na argumentação dos acórdãos, bem como a participação de grupos ou membros de grupos religiosos como uma das partes nos processos. Esta separação fez-se necessária, pois verificou-se que em algumas situações havia participação direta de grupos religiosos como partes no processo (integrando um dos pólos da ação), e, em outras situações, observou-se que o próprio magistrado lançava mão de referências a doutrinas religiosas como fundamento para suas decisões. Além disso, é importante observar que nem sempre que um grupo religioso integrava algum dos pólos da ação constatava-se argumentação religiosa no voto proferido pelo magistrado.

3.2.1. Laicidade estatal

Durante longo período da história, o poder político e o religioso estiveram vinculados. Notadamente na Idade Média esta situação acentuou-se quando a Igreja Católica consolidou-se enquanto importante eixo do poder estatal, exercendo poder político junto aos reis – inclusive legitimando seu poder.

Segundo Engels e Kautsky:

Na Idade Média, a concepção de mundo era essencialmente teológica. A unidade interna européia, de fato inexistente, foi estabelecida pelo cristianismo diante do inimigo exterior comum representado pelo saraceno²². Essa unidade do mundo europeu ocidental, formada por um amálgama de povos em desenvolvimento, foi coordenada pelo catolicismo. A coordenação teológica não era apenas ideal; consistia, efetivamente, não só no Papa, seu centro monárquico, mas sobretudo na Igreja, organizada feudal e hierarquicamente, proprietária de aproximadamente um terço das terras, em todos os países detinha poderosa força no quadro feudal.

Com suas propriedades fundiárias feudais, a igreja se constituía no verdadeiro vínculo entre os vários países; sua organização feudal conferia consagração religiosa à ordem secular. Além disso, sendo o clero a única classe culta, era natural que o dogma da Igreja fosse a medida e a base de todo o pensamento. Jurisprudência, ciência da natureza e filosofia, tudo se resumia em saber se o conteúdo estava ou não de acordo com as doutrinas da Igreja.²³

Esta doutrina oficial e até então incontestável — sob pena de julgamento nos tribunais da Inquisição — começa a ser questionada devendo ao aparecimento de outros grupos sociais com interesses distintos àquela estrutura econômica e de poder feudal e, portanto, de todo o seu aparato, inclusive moral e teológico, que o justificava:

Entretanto, no seio da feudalidade desenvolvia-se o poder da burguesia. Uma classe nova se contrapunha aos grandes proprietários de terras. Enquanto o modo de produção feudal se baseava, essencialmente, no autoconsumo de produtos elaborados no interior de uma esfera restrita — em parte pelo produtor, em parte pelo arrecadador de tributos —, os burgueses eram sobretudo e com exclusividade produtores de mercadorias e comerciantes. A concepção católica do mundo, característica do feudalismo, já não podia satisfazer a esta nova classe e às respectivas condições de produção e troca. Não obstante, esta permaneceu ainda por muito tempo enredada no laço da onipotente teologia.²⁴

22 Nos limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.

23 ENGELS, Friedrich, KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ensaio, 1995, p. 23 - 25.

24 Idem, Ibidem, p. 23 - 25.

Como Engels e Kautsky afirmam, as mudanças das condições econômicas tornaram necessária uma nova forma de organização estatal, com a qual não se adaptava a antiga fundamentação teológica como parâmetro para todas as relações. As trocas comerciais desenvolvidas pela burguesia passaram a embasar todas as relações sociais. Ou seja, o que importa nesta nova e incipiente sociedade é fazer circular produtos, independentemente de quem os adquira ou venda.

Nesta nova configuração, as particularidades dos indivíduos passam a importar menos nas transações comerciais. Na sociedade capitalista que agora se forma, é fundamental que haja igualdade formal entre as partes negociantes, de maneira que se inicia neste período histórico a busca por um estatuto jurídico de igualdade, que possa ser universalizado.

Neste sentido, servem de marco fundamental para este novo período da história a Revolução Inglesa (processo do qual fazem parte a Revolução Puritana, em 1640, e a Revolução Gloriosa, em 1688) e a Revolução Francesa²⁵, em 1789.

A bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no séc. XVII, e menos de cinqüenta anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar clássica para a burguesia, a concepção jurídica de mundo. Tratava-se da secularização²⁶ da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a Igreja, pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado.²⁷

Ocorre, a partir da Idade Moderna, a separação entre leis da Igreja Católica e leis do Estado, sendo que a este é vedado beneficiar ou fundamentar suas decisões em preceitos de uma religião específica.

²⁵ Movimento que rompeu definitivamente com a estrutura de monarquias absolutistas (cujo poder do rei se justificava como vontade divina). Serviu como marco em âmbito mundial na construção de novas formas de se exercer o poder estatal.

²⁶ “Falar presentemente de secularização do mundo equivale a dizer que estão desaparecendo os modelos míticos segundo os quais ele era interpretado. Já não se encara o mundo como criação de Deus mas como algo que está à mão e à vista de todo o mundo para ser estudado e manipulado, para que cada um o entenda à sua maneira. (...) Em princípio, secularização não é um ‘anti’, nem um ‘ainda que’, nem um ‘tanto faz’. O termo é muito equívoco, muito rico em matizes, não se caracterizando pela oposição, nem pelo desprezo, nem sequer pela ignorância deliberada. Mas, de qualquer modo, sublinha a ausência daquele vínculo que, como quer que se entendesse, ligava o mais profundo da pessoa com o sagrado, o divino, Deus ou deuses.” Biblioteca Salvat de Grandes Temas. *As religiões no mundo atual*. Rio de Janeiro. Salvat Editora, 1979, p. 23 - 24.

²⁷ ENGELS, Friedrich, KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ensaio, 1995. p. 23 - 25.

Esta separação de poderes possibilitou a proteção à liberdade religiosa, permitindo que todos professassem sua fé sem perseguições de quaisquer espécies, e também que o Estado atuasse sem pautar-se por nenhuma religião específica. Se o fizesse, estaria privilegiando uma religião em detrimento das demais e impondo-a aos cidadãos que não a praticassem. Este modelo é conhecido como Estado laico e é o fundamento de todas as modernas democracias ocidentais.

O ponto de partida para esta concepção moderna de Estado foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Com ela, estabeleceu-se que um Estado deveria possuir uma Constituição escrita que contemplasse a separação tripartite de poderes e contivesse uma carta de direitos a partir da qual todos são considerados iguais perante a lei. Esta igualdade é afirmada justamente em razão do reconhecimento de que na realidade concreta os indivíduos são diferentes, tanto no âmbito econômico e social como no religioso. Esta equiparação legal foi o permissivo para que direitos fossem garantidos, como o próprio direito à liberdade religiosa. A partir deste momento, inicia-se um forte movimento constitucionalista, cujo objetivo era assegurar regras para o exercício do poder estatal, garantindo sua separação em relação ao poder religioso.

De acordo com Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, tem-se:

Estado leigo, que quer significar o contrário de Estado confessional, isto é, daquele Estado que assume, como sua, uma determinada religião e privilegia seus fiéis em relação aos crentes de outras religiões e aos não crentes. E a esta noção de Estado leigo que fazem referência as correntes políticas que defendem a autonomia das instituições públicas e da sociedade civil de toda diretriz emanada do magistério eclesiástico e de toda interferência exercida por organizações confessionais: o regime de separação jurídica entre o Estado e a Igreja; a garantia da liberdade dos cidadãos perante ambos os poderes.

A teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas.(...)

Na medida em que garante a todas as confissões, liberdade de religião e de culto, sem implantar em relação às mesmas nem estruturas de privilégios nem estruturas de controle, o Estado leigo não apenas sal-

vanguarda a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso, mas, ao mesmo tempo, defende a autonomia das Igrejas em suas relações com o poder temporal, que não tem o direito de impor aos cidadãos profissão alguma de ortodoxia confessional. A reivindicação da laicidade do Estado não interessa, apenas, às correntes laicistas, mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram no Estado leigo as garantias para o exercício da liberdade religiosa.²⁸

Observe-se que a garantia da laicidade é justamente o que permite a convivência pacífica entre diversos grupos religiosos²⁹, ainda que um deles seja majoritário em relação aos demais. Exatamente pelo fato de o poder estatal encontrar-se dissociado de um poder religioso é que se cria um ambiente favorável para o exercício de quaisquer religiões.³⁰

Mas ao deixar de sustentar-se em valores morais de uma religião específica, em que parâmetros este Estado laico basear-se-ia? Transformar-se-ia em um Estado amoral, ausente de valores de qualquer tipo? A antropóloga Debora Diniz aponta que não. Pelo contrário, segundo a autora, este Estado fundamentar-se-ia em uma “razão pública”:

El hecho de que una creencia moral sea racional, es decir, fundamentada, defendida y justificada por un grupo de personas y válida para una determinada comunidad moral, no significa que sea razonable para la esfera pública en un Estado plural y laico. Por diversas razones, no toda creencia racional es considerada razonable para la razón pública y, en cuestión de aborto, gran parte de los valores que sostienen la in-

²⁸ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1983, p. 670 - 673.

²⁹ “Por tanto, si no es el derecho a constituir un Estado, el derecho a la autodeterminación externa no es sino el derecho a la “autonomía”, en el sentido jurídico comúnmente asociado a esta expresión: como autonomía local en el máximo número de funciones públicas, integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser “privados de los propios medios de subsistencia” Es claro que este tipo de autonomía externa tiene como presupuesto la autodeterminación interna y, por tanto, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad. Son los derechos de libertad los que aseguran, junto a la igual afirmación y valoración de las diferentes identidades, su reciproca tolerancia y pacífica convivencia. Y es la tutela de tales derechos la principal garantía de la paz, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás, y en la exclusión de la libertad salvaje de más fuerte”. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: *Questiones Constitucionales*, n° 15, Julio - Diciembre, 2006, p. 122 - 123.

³⁰ Neste sentido, Karl Marx, discutindo especificamente a situação alemã de seu tempo, tira conclusões que contribuem ao tema nos tempos atuais: A emancipação política do judeu, do cristão — do homem religioso em geral — é a emancipação do Estado em relação ao judaísmo, ao cristianismo e à religião em geral. O Estado emancipa-se da religião à sua maneira, segundo o modo que corresponde à sua própria natureza, libertando-se da religião de Estado; quer dizer, ao não reconhecer como Estado nenhuma religião e ao afirmar-se pura e simplesmente como Estado. (...) o Estado pode ter-se emancipado da religião, embora a imensa maioria continue a ser religiosa. E a imensa maioria não deixa de ser religiosa pelo fato de o ser na intimidade. MARX, Karl. A Questão Judaica. In: *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Edições 70, 1975, p. 42 - 43.

*moralidad del aborto no respetan el principio de la laicidad del Estado o del pluralismo moral razonable. El resultado de este acuerdo de argumentación moral es la seguridad política de que un juez, a pesar de participar de una determinada comunidad moral en su vida privada, cuando actúa como representante de la razón pública, no fundamenta sus juicios en sus creencias particulares.*³¹

A razão pública corresponderia, portanto, à impossibilidade de impor-se via Estado uma determinada religião. Vale dizer, os grupos religiosos podem manifestar-se e reivindicar a garantia de seus valores morais, mas as pessoas representativas de tais grupos não podem, enquanto agentes estatais, propugnar pela prevalência dos valores de sua religião, sob pena de estarem impondo-na para os demais cidadãos, que não necessariamente partilham destes mesmos valores. Seria esta a razão pública, os valores sociais convergentes entre os diversos grupos sociais em toda a sua pluralidade e diversidade de entendimentos sobre a vida e demais aspectos. Sobre o tema, segue a autora:

*La razón pública es la única forma legítima de expresión argumentativa de aquellos que representan la estructura básica de una sociedad, sean ellos funcionarios públicos, parlamentarios, fiscales o jueces. (...) Varios son los fundamentos argumentativos de la razón pública a ser seguidos por un juez de la Corte Suprema al juzgar un caso. La razonabilidad de los argumentos y el compromiso con el consenso sobrepuerto son algunos de ellos. Un argumento es razonable cuando puede ser expresado en términos públicos, lo que en el caso de la Corte Suprema puede ser medido por el cumplimiento de los principios y normas constitucionales. El consenso sobrepuerto representa un conjunto de acuerdos firmados por diferentes comunidades morales de un Estado democrático y que, en el caso específico del aborto en una democracia laica, se expresaría en la garantía de la neutralidad confesional de los argumentos. Eso significa que un juez de la Corte Suprema no puede, bajo ninguna hipótesis, ocupar el mismo papel político que un parlamentario al proponer un proyecto de ley sobre aborto en el país: la razón pública y el compromiso con la laicidad son guías para el raciocinio moral y jurídico de un juez, mientras que no siempre lo son para un parlamentario.*³²

³¹ DINIZ, Débora & VÉLEZ, Ana Cristina G. *Aborto y Razón Pública: el desafío de la anencefalia en Brasil*. Série Anis 40. Brasília: Letras Livres, 1-9, julho, 2005. Disponível em: [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40\(dinizvelez\)aborts.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40(dinizvelez)aborts.pdf). p. 3. Acesso em 11.11.2007.

³² Idem, Ibidem, p. 3. Acesso em 11.11.2007

Para além da determinação dos limites ao poder civil, o movimento constitucionalista propugnou que um dos pontos centrais de toda Constituição seria o das garantias de direitos fundamentais, cujas teorias também foram sendo aprimoradas com o passar dos anos. A partir delas, conceberam-se dois paradigmas básicos: o do Estado liberal, que prima pela não interferência do Poder Público na vida particular dos indivíduos, e o do Estado social, em que a atuação do Poder Público encontra-se mais presente e incisiva na vida dos cidadãos. Estas duas percepções acerca do papel do Estado permaneceram como visões apartadas e foram objeto de intensos debates na seara da ciência política durante muitos anos, sendo que somente após a Segunda Guerra Mundial puderam ser compatibilizadas, em termos jurídicos, por meio do processo de internacionalização dos direitos humanos.

Assim, é importante que se afirme, nos tempos atuais, essa conquista da laicidade, dosando-se a esfera de interferência estatal na vida privada, restringindo-a a ações de promoção de direitos e assegurando-se a não violação desses direitos por meio de uma atuação estatal que faça uso da razão pública para o seu agir.

3.2.2. Brasil: um Estado laico

Por determinação constitucional prevista no artigo 19, inciso I³³ da Magna Carta, o Brasil é um Estado laico. Não obstante o laicismo estatal constitua garantia fundamental³⁴, como sustentáculo do direito ao livre exercício da religião, é digno de nota que, no Brasil, representantes da moral religiosa católica, bem como de algumas outras religiões, exercem intensa influência política no Estado.

É importante que se esclareça, desde logo, que embora o Brasil seja uma democracia constitucional em que todos os diversos grupos sociais têm direito a manifestar-se no espaço público, inclusive mediante seus parlamentares eleitos³⁵, a atuação do Estado não deve pautar-se pelos valores morais de nenhuma religião³⁶. Os representantes esta-

³³ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

³⁴ Direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

³⁵ Ver capítulo “Igreja e leis sobre aborto”.

³⁶ “[Neste contexto,] deveria o Direito curvar-se diante da religião, impondo coercitivamente, inclusive aos não crentes, as posições de determinada confissão religiosa, ainda que majoritária? O fato de o catolicismo predominar no Brasil constituiria justificativa legítima para

tais, notadamente os juízes, não devem fundamentar suas decisões judiciais em seus valores morais íntimos ou convicções religiosas. De acordo com Débora Diniz:

Los compromisos políticos e institucionales de un parlamentario o de un juez imprimen marcas en sus discursos jurídicos y éticos: políticamente es aceptable que un parlamentario represente una determinada comunidad moral y, por eso, una de sus misiones puede ser garantizar que los valores de su comunidad estén representados en el debate legislativo. En el escenario político brasileño, es posible, por ejemplo, imaginarse a un parlamentario cristiano en defensa de un proyecto de ley sobre el derecho incondicional a la vida del feto, o sea, un arduo proponente del principio moral de la sacralidad de la vida del feto. No se considera ilegítimo, por ejemplo, que este mismo parlamentario fundamente un proyecto de ley en términos religiosos, basado en premisas y dogmas específicos de su comunidad moral. La esfera legislativa brasileña, es este escenario de contraposición de diferentes comunidades morales y de construcción del consenso sobrepuerto por parlamentarios poco dispuestos al diálogo democrático y muy comprometidos con sus comunidades morales de origen. Por eso, la razón pública no es un compromiso argumentativo tan claro como debe serlo para los jueces de la Corte Suprema.³⁷

Não obstante as garantias de laicidade, esta pesquisa pôde encontrar diversos acordãos em que o fundamento da decisão do magistrado continha referências diretas e explícitas a doutrinas religiosas.

o Estado adotar medidas legislativas que simplesmente endossassem as concepções morais católicas? A resposta a estas perguntas só pode ser negativa.

A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. Este princípio não indica nenhuma má-vontade do constituinte em relação ao fenômeno religioso, mas antes exprime ‘a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos’.

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independe de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Lumen Juris Editora, 2007, p. 25 - 26.

37 DINIZ, Débora, VÉLEZ & Ana Cristina G. *Aborto y Razón Pública: el desafío de la anencefalia en brasil*. Série Anis 40. Brasília: Letras Livres, 1-9, julho, 2005. Disponível em: [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40\(dinizvelez\)abortion.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40(dinizvelez)abortion.pdf). p. 3. Acesso em 11.11.2007.

Considerando-se que a maior parte destas referências remete expressamente à religião católica, reputou-se importante aprofundar este estudo com informações específicas acerca da compreensão e da dogmática católica ante o tema aborto, panorama que será apresentado a seguir.

3.2.3. Panorama histórico: o aborto na perspectiva da religião católica

Inicialmente, é importante observar que quando discute-se o tema aborto pensado pela Igreja Católica, reputa-se que sua posição atual sobre o assunto é “sem história”, tendo esta instituição sempre condenado o aborto em razão da defesa da vida do feto. Muitos acreditam que a proibição ao aborto pela Igreja sempre apresentou-se nestes termos. Conforme indica Maria José Rosado Nunes, este é um grande engano:

É comum pensar que a condenação do aborto é parte de uma história contínua e imutável dentro da igreja. Sua posição contrária à autonomia de decisão quanto ao aborto aparece como decorrendo de um princípio colocado como absoluto: a defesa incondicional da vida. Tal princípio faria parte de um *continuum* coerente que não admite qualquer exceção ou transigência. A própria instituição busca manter esta idéia de continuidade absoluta de seu discurso sobre as práticas abortivas, reiterando a referência a uma tradição que parece nunca haver sido quebrada. Essa homogeneidade do discurso eclesiástico encobre, porém, uma história cheia de controvérsias.³⁸

Na tentativa de elucidar estes pontos, serão apresentados a seguir alguns aspectos desta trajetória cheia de controvérsias, demonstrando-se como a religião católica historicamente adotou diferentes posições em relação à questão de como o aborto deveria ser tratado socialmente. Pode-se mesmo dizer que suas posições em relação ao tema nunca foram uniformes nem unâimes.

Segundo Rose Marie Muraro, não existe na Bíblia nenhuma menção explícita condenando o aborto. Pelo contrário, a única passagem que se refere diretamente ao termo “aborto”, localizada no Antigo Testa-

³⁸ NUNES, Maria José Rosado. Aborto, Maternidade e a Dignidade da Vida das Mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilne & XAVIER, Dulce (orgs.). *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas Pelo Direito de Decidir, 2006. p. 23.

mento – *Êxodo, 21-22,24* – aponta em outra direção:

*Si dos hombres pelejan y ocurre que vayan a herir a una mujer embarazada y ésta aborta sin ningún daño, estos tendrán que pagar una multa impuesta por el marido de la mujer y que será paga en presencia de jueces. Pero si la mujer es dañada, se pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, y pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.*³⁹

Como se percebe neste trecho, a morte do feto não é apresentada com valor primordial, sendo a punição para sua morte o pagamento de uma multa. Por outro lado, se a mulher fosse ferida ou morta, o dano a seu corpo desencadeava um processo de vingança e castigo. Não obstante tal passagem bíblica, a Igreja Católica historicamente sempre reprimiu, ainda que de diferentes formas, a prática do aborto.

Durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição religiosa ao aborto não se referia centralmente à vida do feto que seria extinta, mas ao adultério que o aborto revelaria. A preocupação central da Igreja e do Estado era a manutenção do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade. Importante esclarecer que esta defesa abarca valores não somente morais, mas também econômicos, como por exemplo a preocupação se os herdeiros das propriedades seriam legítimos.⁴⁰

A afirmação do casamento monogâmico como única união legítima era mais importante como fundamento social do que a proteção da vida, conforme pode-se notar:

O primeiro Concílio do Ocidente, realizado no século IV, antes mesmo da oficialização do cristianismo por Constantino – O concílio de Elvira – estabeleceu penas religiosas severíssimas para as transgressões à fidelidade conjugal. As penas impostas pela Igreja e pelo Estado eram mais duras para os casos de adultério do que para os de homicídio.⁴¹

Assim, à época entendia-se que o aborto seria uma forma de ocultar-se a vergonha pelos filhos frutos de uma relação proibida, porque

39 MURARO, Rose Marie. *El Aborto y la Fe Religiosa en América Latina*. In: Vários Autores. *Mujeres e Iglesia: sexualidad y aborto en America Latina*. Washington, DC: Distribuciones Fontamara, S.A, México. Catholics for a free choice - USA, 1989, p. 83 - 84.

40 Ver capítulo “O papel social da mulher e o aborto na perspectiva feminista”.

41 ROSADO, Maria José. *Aborto, Maternidade e a Dignidade da Vida das Mulheres*. In: *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006, p. 24.

praticada fora do casamento. O aborto era apenas uma “falta grave”, e não um pecado propriamente dito, pois servia à ocultação de um verdadeiro pecado, qual seja, a fornicação.

Atualmente, porém, a maioria da hierarquia eclesiástica considera o aborto como pecado digno de excomunhão em qualquer situação e em qualquer momento que se realize. O que justificaria esta mudança de posicionamento?

Analisando-se a história desta doutrina, observa-se que esta passou a ser uma postura oficial da Igreja Católica apenas depois 1869, com a proibição advinda da *Apostólica Sedis de Pio IX*. Com fundamento nesse documento, determinou-se a maior base de argumentação para a condenação ao aborto por parte da religião católica nos tempos atuais: o apelo ao direito à vida como superior a todos os outros direitos, inclusive aos da gestante.

A partir desse momento, afirma-se, enquanto doutrina oficial, que o feto é um indivíduo constituído, um ser humano desde a concepção, cuja vida é tão importante quanto a de um adulto e, portanto, deve ser preservada em todas as situações, conforme explicita-se:

Qualquer que seja o julgamento da ciência médica, a Igreja adere de forma inexorável ao princípio básico de que em nenhuma circunstância se pode permitir o assalto direto à vida de uma criança inocente no ventre da mãe. Cf. o pronunciamento do Papa Pio XII a 29 de outubro de 1951.⁴²

Esta idéia de considerar o zigoto como indivíduo ou pessoa, relativamente recente na Igreja Católica – cerca de dois séculos, dentre os seus dois milênios de história –, é conhecida como doutrina da *hominalização* imediata ou animação imediata. De acordo com este posicionamento, existe um processo segundo o qual a alma humana adentra o corpo assim que o espermatozóide fecunda o óvulo. Este argumento foi sendo aprimorado à medida que a ciência se desenvolveu e descobriu que o zigoto é uma formação a partir de material genético da mãe e do pai e constitui-se como um novo material genético. Com isso, a Igreja apropria-se desse discurso para reforçar seu posicionamento, defendendo que o zigoto já é um indivíduo, sobre o qual a

42 RANKE-HEINEMANN, Uta; tradução de Paulo Fróes. *Eunucos pelo Reino de Deus: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica*. Rio de Janeiro. Rosa dos Tempos, 1996, p. 320.

responsabilidade e autoridade não são exclusivas da mãe, mas de toda a sociedade.

Contudo, até o início do século XIX, a idéia mais aceita pelo catolicismo era a de que até o quadragésimo dia de fecundação não se podia chamar o zigoto de indivíduo, pois ele ainda não teria recebido sua alma, o que seria chamado de *hominização retardada*. Dentro dessa argumentação, fundamentada em Aristóteles, dizia-se que o corpo precisa estar preparado e minimamente constituído para receber a alma.

Embora entre religiosos adeptos da doutrina católica a condenação absoluta ao aborto seja posição majoritária nos tempos atuais, no seio das discussões teológicas, ambas posturas coexistem até hoje: a idéia de que o aborto é condenável em qualquer fase da gestação e a de que o aborto é permissível nas primeiras etapas da gravidez (em geral até o quadragésimo dia).

Importante ressaltar que no século XIX, ao mesmo tempo em que a Igreja Católica marcava posição mais dura no combate ao aborto, considerando-o motivo de excomunhão, diversos países da Europa promoviam mudanças radicais nas suas constituições, aderindo à separação entre Estado e Igreja, o que nos leva a concluir que:

(...) la doctrina oficial de la Iglesia Católica sobre el aborto varía según las épocas. Esta tiende a ser más estricta en tiempo donde la Iglesia se está defendiendo de enemigos externos, y más abierta en aquellos donde presenta mayor posibilidad de ejercer el poder. Del mismo modo, este fenómeno se manifestó en la Iglesia Protestante, que al principio era muy estricta, pero que recientemente se ha mostrado más flexible y abierta.⁴³

Enfatiza-se também que até o início do século XIX não existia legislação restritiva ao aborto. Conclui-se, portanto, pelo menos em âmbito dedutivo, que as determinações doutrinárias da Igreja tiveram influência na construção da legislação punitiva ao aborto.

⁴³ MURARO, Rose Marie. El Aborto y la Fe Religiosa en América Latina. In: Vários Autores. *Mujeres e Iglesia: sexualidad y aborto en América Latina*. Washington, DC: Distribuciones Fontamara, S.A, México. Catholics for a free choice - USA, 1989, p. 90.

3.2.3.a. Igreja Católica e as leis sobre aborto

Como visto, no século XIX difundia-se pela Europa a separação de poderes entre Estado e Igreja, bem como constituía-se pela primeira vez uma legislação, proveniente do Estado, restritiva ao aborto. Assim, nota-se que a separação de poderes não teria sido garantia de que os valores morais religiosos não estivessem presentes na formação do arcabouço legislativo dos Estados.

Da mesma maneira, posteriormente, ao compor-se a legislação restritiva sobre aborto no Brasil, não se pode garantir que houve total isenção em relação a estes valores religiosos. Sobre as hipóteses para que se possilite a prática de aborto sem penalidade nos casos de gravidez decorrente de estupro ou risco de vida para a mãe, previstas desde 1940 no Código Penal brasileiro, Maria Berenice Dias esclarece:

A previsão de forma específica decorre do fato de a interrupção da gravidez depender de outra pessoa. Uma das hipóteses é a do estado de necessidade de participação de outra pessoa. Outra hipótese é a de que tais previsões parecem defender a honra da mulher, quando na verdade a conotação é da idéia de família, de não permitir a introdução de um filho bastardo no lar. A lei presume que o filho da mulher seja de seu marido, seja legítimo. Se uma mulher, estuprada, tivesse um filho fora do casamento, ele não seria reconhecido. Há sempre a conotação da preservação da família. Em nenhum momento pensaram no sentimento da mulher. Essa é a realidade. Não havia o sentimento voltado e atento à questão da dignidade da mulher. Era uma questão de moral familiar.⁴⁴

A fundamentação da constituição destas leis tem como pano de fundo a manutenção de determinado tipo de família, correspondente a uma moral específica, o que poderia, a depender da interpretação, caracterizar a influência, ao menos indireta, da religião.

Outra questão é das idéias difundidas nos tempos atuais de que a Igreja Católica seria tolerante ao aborto em casos de risco de vida para a mãe, uma das condições para que exista aborto legal no Brasil. Contudo, segundo a teóloga Uta Ranke-Heinemann, estabeleceu-se em declaração dos bispos alemães feita em 1976 que, nestes casos, a Igreja apenas respeitaria a decisão médica:

44 DIAS, Maria Berenice. Entrevista. In: *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. p. 107 - 108.

“Hoje muitas pessoas acham que nos casos de perigo de morte para a mãe a Igreja permite o aborto, mas isso é falso. Pelo contrário, a Igreja apenas concordou em respeitar as decisões médicas, quando há risco de vida para mãe e a criança.”⁴⁵

Esta situação significa que, em caso de risco de vida de ambas (mãe e criança), a Igreja isenta-se de julgamento valorativo se o médico optar pela vida da mãe ou da criança, ou seja, não defende que é a vida da mãe a ser poupada, mas sim que cabe ao médico escolher e que ela, a Igreja, respeita esta escolha. Vale dizer, não há de maneira alguma defesa ou preocupação deliberada com a vida da mulher, mas uma isenção por parte da Igreja, que tende, contudo, a privilegiar a proteção da vida do feto.

Atualmente, inclusive, nota-se que a Igreja Católica vem posicionando-se publicamente, no Brasil e em outros países, como radicalmente contra a prática do aborto em qualquer situação, incluindo casos em que a mulher foi vítima de violência sexual ou em que corre risco de vida em decorrência da gestação, as duas únicas excludentes de punibilidade determinadas pela legislação brasileira. E a motivação apresentada para esta condenação é a de que a vida humana (do feto, no caso) tem valor absoluto. Isto é demonstrado em documento da Campanha da Fraternidade 2008 promovida pela Igreja Católica por meio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil:

No Brasil, o aborto é proibido, constando no artigo 128 do Código Penal que ele não é punido em duas situações: (a) quando realizado para salvar a vida da mãe: O termo [salvar a vida da mãe] encontra-se “entre aspas” por ser, como vimos no parágrafo anterior, aplicado incorretamente. Atualmente, com os recursos da medicina, esta situação é uma grande exceção, porque é possível procurar salvar a criança e a mãe, mesmo em casos de partos bastante prematuros; (b) em gestação decorrente de estupro: seria pela compreensão para com a situação emocional sentida pela mãe por ter sofrido um trauma terrível. O estupro é um crime hediondo, infelizmente poucas vezes denunciado, e punido ainda menos vezes, mas o aborto não é solução nem nestes casos. Constitui mais uma violência sobre a mãe, além de que um crime não apaga a lembrança de outro crime. A família e a sociedade dificilmente

⁴⁵ RANKE-HEINEMANN, Uta; tradução de Paulo Fróes. *Eunucos pelo Reino de Deus: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996.

aceitam uma criança assim gerada e, dessa maneira, colaboram para que a mãe se sinta também rejeitada. O aborto passa a ser indicado com a justificativa de que a criança irá ser sempre uma lembrança da violência sofrida. Não é o que se verifica na grande maioria das mães que levam a sua gravidez até o fim: quando ultrapassam a rejeição inicial, passam a amar seus filhos e os filhos se sentem particularmente gratos a suas mães. A imensa maioria dos casos de gestação indesejada não é constituída pelas gestações decorrentes do crime do estupro, porém estas comovem a opinião pública e são usadas como argumento para que se peça autorização legal para o aborto de forma geral.⁴⁶

Tal posicionamento tem-se refletido, inclusive, em propostas legis-

PL 478/2007 (Luiz Bassuma - PT/BA)

propõe a proibição do aborto inclusive em caso de estupro, como é hoje permitido. Prevê que a pena fixada para quem “causar culposamente a morte do nascituro” vai de um a três anos de detenção e é aumentada em 1/3 no caso do médico que fizer a cirurgia. A proposta aumenta, ainda, de dez para quinze anos de reclusão a pena para o médico que provocar aborto sem o consentimento da mãe, e de quatro para dez anos, caso aja com consentimento dela.

PL 489/2007 (Odair Cunha - PT/MG)

defende a proibição do aborto inclusive em caso de estupro, como é hoje permitido. A pena fixada para quem “causar culposamente a morte do nascituro” vai de um a três anos de detenção e é aumentada em 1/3 no caso do médico que fizer a cirurgia. O projeto também prevê pena de detenção de um a três anos para quem realizar pesquisa com células-tronco e, nas alterações que sugere ao Código Penal, aumenta para quinze anos a pena máxima para quem provocar aborto sem o consentimento da gestante.

⁴⁶ Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. *Campanha da Fraternidade 2008: versão definitiva*. Disponível em: http://www.cnbb.org.br/ns/modules/mastop_publish/files/files_48cfb5b072d7f.pdf. Acesso em 10.10.2008, p. 24 - 25.

PL 4703/1998 (*Francisco Sil-va - PP/RJ*), **PL 4917/2001** (*Givaldo Carimbão - PSB/AL*), **PL 7443/2006** (*Eduardo Cunha - PMDB/RJ*) e **PL 3207/2008** (*Miguel Martini - PHS/MG*)

propõem transformar o aborto em crime hediondo.

PL 1459/2003 (*Ser-
verino Cavalcanti - PP/PE*) e **PL
7235/2002** (*Severi-
no Cavalcanti - PP/
PE*)

*propõem a revogação do artigo 128, tornan-
do ilegais os abortos nos casos de risco de
vida da mãe e estupro, hoje permitidos.*

PL 5364/2005 (*Luiz Bassuma - PT/BA*)

*deseja criminalizar o aborto cuja gravidez
foi resultante de estupro.*

PL 5166/2005 (*Hi-
dekazu Takayama - PMDB/PR*)

*visa tipificar como crime a antecipação te-
rapêutica de parto de feto anencefálico ou
inviável.*

PL 2423/1989 (*Ja-
mil Haddad - PSB/
RJ*) e **PL 1035/1991**
(*Vivaldo Barbosa -
PDT/RJ*)

*visam tipificar o aborto como crime de tor-
tura.*

PL 1763/2007 (Jus-mari Oliveira - PR/BA)

dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro. Ficou conhecido como “bolsa estupro” dentro do movimento feminista. Foi retirado do plenário.

lativas de alteração das normas atualmente previstas no Código Penal. Seguem abaixo alguns exemplos:

Alguns projetos, embora também contra o aborto, possuem propostas que visam combatê-lo de forma indireta. É o caso do PLS 405/2005 (Serys Slhessarenko - PT/MT), que propõe alteração da Lei nº 9.434/97, a qual dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, para permitir o transplante de órgãos de doadores anencéfalos. Também figura como exemplo o PLS 07/2007 (Senador Francisco Dornelles - PP/RJ), que propõe alteração da Lei nº 9.250/95 para incluir o nascituro no rol de dependentes que possibilitam dedução na base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Física.

3.2.3.b. Igreja Católica, mulher e sexualidade

Nas análises relativas ao posicionamento religioso estudadas nesta pesquisa, percebe-se pouca ou nenhuma ênfase à condição da mulher grávida quando o assunto era aborto.

Por isso, considera-se importante desenvolver um breve panorama de como a Igreja Católica vê a mulher e a sexualidade, pois são assuntos intrinsecamente ligados ao aborto. Afinal, quando se debate o tema, não se deve discutir apenas o destino do feto, mas também o da mulher que o gesta, que teve relações sexuais para tal.

Partindo do princípio de que o pensamento é construído sócio-históricamente, poder-se-ia afirmar que idéias defendidas pela Igreja Católica são produto de seu tempo e, portanto, devem ser analisadas como tal. Entretanto, enquanto doutrina, as verdades na Igreja Católica não são consideradas produto histórico, mas fruto de verdade revelada⁴⁷, portanto, incontestável para os que seguem esta fé. A única possibilidade de revisão de tais preceitos é a partir de contestações dos pró-

⁴⁷ Verdades expressas nas Sagradas Escrituras (Bíblia) e interpretadas segundo a autoridade da Igreja.

prios integrantes da alta hierarquia católica.

Neste sentido, apresentaremos algumas das formulações da doutrina de Tomás de Aquino⁴⁸ sobre a mulher e a sexualidade, devido a este pensador ter realizado uma sistematização dos pontos de vista da alta escolástica⁴⁹. Teve como influências em seu trabalho Alberto Magno⁵⁰, as fundamentações comuns aos pensadores da escolástica, como Aristóteles, além de outros pensadores, como Agostinho⁵¹. Tomás de Aquino influenciou consideravelmente seu tempo, e, o mais importante, esta influência estende-se até nossos dias. É possível dizer que alguns aspectos de sua teoria são tratados como perenes pela doutrina católica. E no que se refere à moralidade sexual, na perspectiva católica, Tomás de Aquino é reconhecido, ao lado de Agostinho, como autoridade.

Pode-se afirmar que os teólogos escolásticos consideravam a mulher como um ser inferior, um “homem malformado ou deficiente”⁵² e absolutamente sem capacidade ou possibilidade de reger a própria vida.

A divisão social do trabalho entre homens e mulheres, na qual cabiam a elas trabalhos domésticos e o cuidado dos filhos, enquanto aos homens cabiam as demais atividades externas, mais relevantes economicamente, e a vida pública, foi tratada como uma relação de atividade-passividade. O trabalho do homem seria ativo, e o da mulher, passivo – interpretação religiosa da situação concreta na qual o trabalho masculino começa a tomar preponderância em relação ao feminino⁵³. Esta concepção foi apropriada por Alberto para afirmar que os homens têm mais valor que as mulheres e que, em uma interpretação de Agostinho, “o ativo é mais valioso que o passivo”.

⁴⁸ Filósofo e teólogo italiano do século XIII, um dos representantes do auge da escolástica.

⁴⁹ Produção filosófico-teológica desenvolvida entre os séculos X e XVI que consistia em religar os dogmas cristãos e a Revelação à filosofia tradicional, notadamente nos fundamentos desenvolvidos por Aristóteles.

⁵⁰ Um dos representantes do auge da escolástica.

⁵¹ Filósofo do século IV d.C. Convertido ao cristianismo, tornou-se bispo e exerceu papel preponderante na Igreja do Ocidente. Foi santificado e é conhecido como Santo Agostinho.

⁵² Tendo por fundo o “antigo desprezo agostiniano pelas mulheres, no século XIII, os teólogos escolásticos, sobretudo Alberto e Tomás, reforçados por Aristóteles, deram sua contribuição. Aristóteles abriu os olhos dos monges para a razão mais profunda da inferioridade da mulher: a mulher devia sua existência a um deslize no processo de nascimento. Era, noutras palavras, um ‘homem mal gerado ou deficiente’”. RANKE-HEINEMANN, Uta; tradução de Paulo Fróes. *Eunucos pelo Reino de Deus: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996, p. 199.

⁵³ Ver capítulo “O papel social da mulher e o aborto na perspectiva feminista”.

Além disso, Aristóteles já reivindicava esta relação atividade-passividade no âmbito da procriação, considerando que o homem “gera”, enquanto a mulher “concebe” (recebe) o filho. Mesmo com a descoberta da existência do óvulo, em 1827, este tipo de argumento não deixou de ser difundido, especialmente por ter tido bastante reforço de Tomás de Aquino.

Aristóteles, Alberto e Tomás de Aquino compartilhariam, de acordo com Uta Ranke-Heinemann, a seguinte posição:

Segundo o princípio fundamental de que “todo elemento ativo cria algo semelhante a si mesmo”, só os homens deveriam nascer na realidade em decorrência da cópula. A energia do sêmen tem por objetivo produzir algo igualmente perfeito, ou seja, outro homem. Mas devido a circunstâncias desfavoráveis, as mulheres, ou seja, os homens imperfeitos, ganham existência. Aristóteles chama as mulheres de arrenopeperomenon, um homem mutilado ou imperfeito (*Sobre a geração dos animais*, 2, 3).⁵⁴

As mulheres seriam, portanto, um homem imperfeito, mas mesmo assim teriam também uma função social determinada por Deus:

Para Tomás de Aquino, as mulheres não correspondem à “primeira intenção da natureza”, a qual visa a perfeição (homens), mas a uma segunda “intenção da natureza”, (a coisas tais como) “decaimento, deformidade e fraqueza da velhice”. (*Summa Theologica I*, 99 a. 2 ad 2, Suppl. q. 52 a. 1 ad 2). Assim a mulher é um substituto que adquire existência quando a intenção primeira da natureza, a criação do homem, fracassa. Ela é um homem com retardo do desenvolvimento. Entretanto, mesmo esse fracasso feminino faz parte do plano de Deus (...), já que “a mulher é destinada à procriação” (*Ibid.*, I q. 92 a. 1). Mas, no ponto de vista monástico de Tomás, aí se esgota a utilidade da mulher.⁵⁵

Para todas as outras atividades que não a procriação, um homem seria de maior serventia para outro homem, por exemplo na vida intelectual, pois o contato com a mulher degradaria o espírito elevado do homem. A mulher também não estaria apta a educar os filhos nem a

⁵⁴ RANKE-HEINEMANN, Uta; tradução de Paulo Fróes. *Eunucos pelo Reino de Deus: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996, p. 201.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p. 202.

reger sua própria vida, em ambos os casos necessitando da tutela de uma “razão mais perfeita”, no caso a do homem. Estas necessidades justificariam a indissolubilidade do casamento⁵⁶.

Tomás apoia-se em Aristóteles não só no rebaixamento das mulheres como também na questão da hostilidade ao sexo e ao prazer. Aristóteles alertava que o prazer sexual interfere no pensamento (*Ética a Nicômaco*, 7, 12), o que reforça o pessimismo sexual de Tomás de Aquino, que teve como precursor Agostinho. Tomás de Aquino chega, inclusive, a afirmar que o prazer sexual bloqueia por completo o uso da razão. Neste sentido, a castidade é colocada como meio de evitar a “lesão da razão” que ocorre na vida sexual, trazendo a seus adeptos mais graça divina — 100%, enquanto pessoas casadas possuiriam apenas 30% desta graça.

Relacionando a sexualidade à transmissão do pecado original, Tomás de Aquino cria a doutrina dos bens compensadores, que recomporiam esta “perda” causada pelo prazer sexual. O principal bem recompensador seriam os filhos: desculpariam o matrimônio e o tornariam louvável. E o sexo só seria moral se correspondesse a uma ordem correta, favorecendo a procriação — incluindo regras sobre posições sexuais permitidas e várias outras, além de, é claro, o sexo-procriação só poder acontecer dentro do casamento. Fugindo a esta ordem, o sexo seria antinatural, e portanto, pecado grave. Aquino acreditava que o homem deveria seguir os atos louváveis dos animais no âmbito da sexualidade, mas de forma mais perfeita, como fazer sexo apenas para a procriação (assim os teólogos viam o mundo animal) ou não usar meios contraceptivos.

Percebe-se que não há, dentro desta doutrina, possibilidade de escolha para a mulher, tanto no aspecto da sua sexualidade quanto de sua reprodução. Sua função enquanto mulher é procriar, mas como o prazer sexual é pecado, mesmo dentro do casamento, a forma de compensá-lo é tendo filhos, tarefa que se impõe às mulheres, por sua capacidade biológica de poder gerar a vida.

Esta visão de que o sexo deveria ser realizado apenas para a procriação é flexibilizada pela Igreja a partir do século XX:

A posição de perversão tradicional foi rejeitada oficialmente durante o Concílio Vaticano II, que se reuniu entre 1962 e 1965, quando se acei-

⁵⁶ Sobre indissolubilidade do casamento, ver capítulo “O papel social da mulher e o aborto na perspectiva feminista”.

tou que a sexualidade tinha dois propósitos igualmente importantes: a procriação e a união entre os esposos. Entendia-se que este último propósito incluía o prazer do sexo com objetivos não procriativos.⁵⁷

A partir de então, a Igreja admite que o sexo possa ser feito como meio de manter a fidelidade e fortalecer a união do casal, com intuito de prevenir o adultério e o divórcio, garantindo-se a manutenção da instituição familiar nos moldes tradicionalmente definidos.

3.2.4. Análise dos dados pesquisados identificados com interferência direta da religião

Considerando todos os acórdãos encontrados, seja nos tribunais estaduais ou superiores, foi identificado um total de doze casos com interferência direta da religião, o que corresponde a 2% do espaço amostral total pesquisado, como nota-se a seguir.

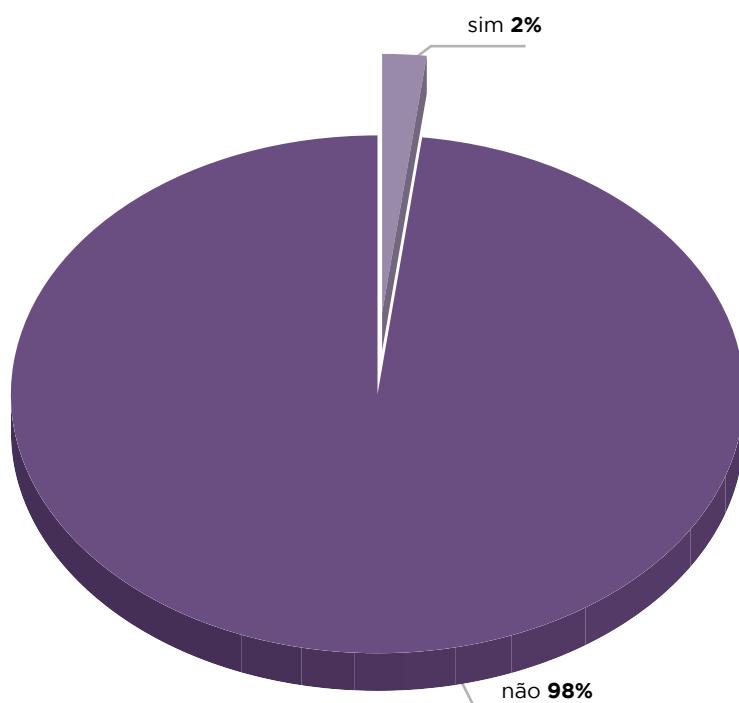


Gráfico. 17
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
Percentual de
casos com
interferê-
cia direta da
religião

Analisando os dados separadamente, entre tribunais estaduais foram encontrados onze acórdãos que continham fundamentação com trechos de doutrina religiosa ou referência expressa a conteúdo religioso, o que corresponde a 1% do espaço amostral total.

⁵⁷ FAÚNDES, Aníbal & BARZELATTO, José. *O Drama do Aborto: em busca de um consenso*. Campinas: Komedi, 2004, p. 133.

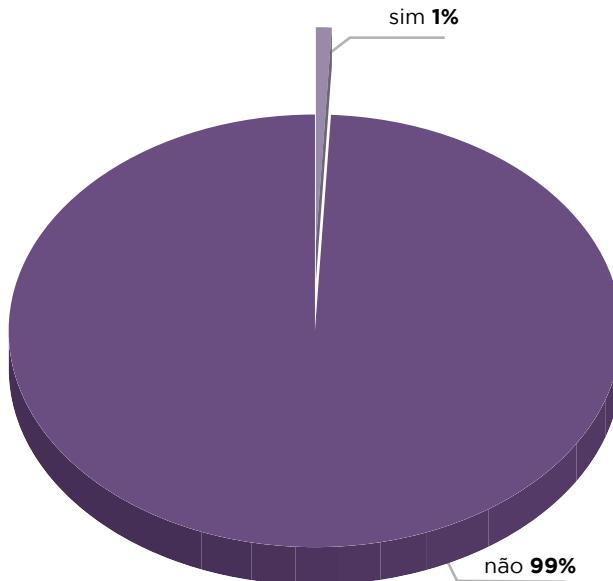


Gráfico. 18
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos com
interferê-
cia direta da
religião

No caso dos tribunais superiores (STF e STJ), tendo em vista os 39 casos analisados, apenas um acórdão apresentou interferência direta da religião, representando um percentual de 3% do total de casos, conforme demonstrado no gráfico abaixo.

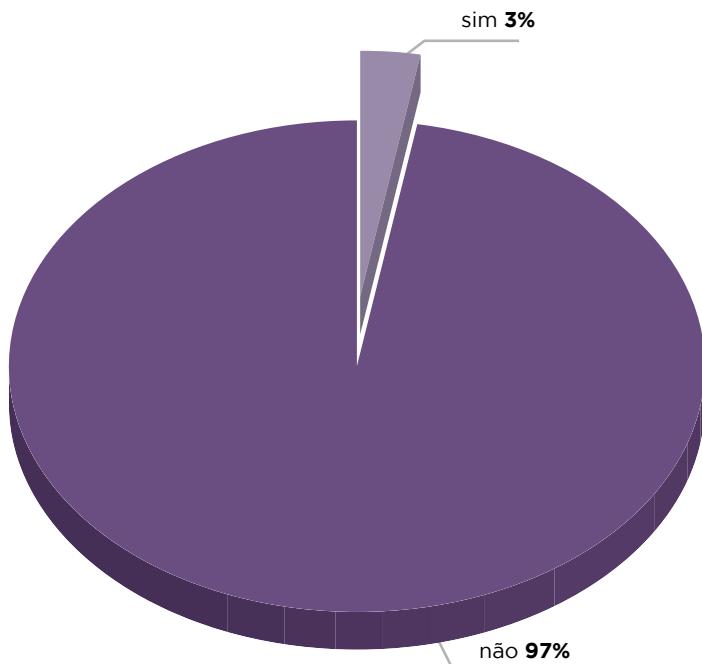


Gráfico. 19
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Percentual de
casos com
interferê-
cia direta da
religião

Verificou-se, portanto, que comparativamente os tribunais estaduais possuem maior representatividade em número de acórdãos cuja fundamentação baseou-se em citação de doutrina religiosa ou houve referência expressa à religião como fonte argumentativa.

Os 2% de casos mapeados nos tribunais estaduais e superiores contendo interferência direta da religião foram posteriormente distribuídos por palavra-chave, permitindo que se tenha uma noção das temáticas nas quais mais se observam tais fundamentações.

Constatou-se diante dessa análise que o subtema (ou palavra-chave) anencefalia possui maior receptividade da influência religiosa nos tribunais estaduais e superiores, representando 42% dos casos analisados. As demais palavras-chave que apresentaram relação com a influência direta da religião foram “má-formação” e “violência”, com 17% cada, e “clandestino medicamento”, “processual” e “referência”, com 8% dos casos cada.

A presença de um número mais expressivo de casos envolvendo o subtema anencefalia com interferência religiosa não se mostra sem razão. A inexistência de um posicionamento consolidado na jurisprudência sobre o tema, somado às articulações de movimentos religiosos que utilizam a questão da anencefalia para fundamentar a prevalência do direito à vida como absoluto, faz com que essas decisões fiquem mais vulneráveis às interferências religiosas do que outros subtemas em que o aborto é tratado com maior critério jurídico.

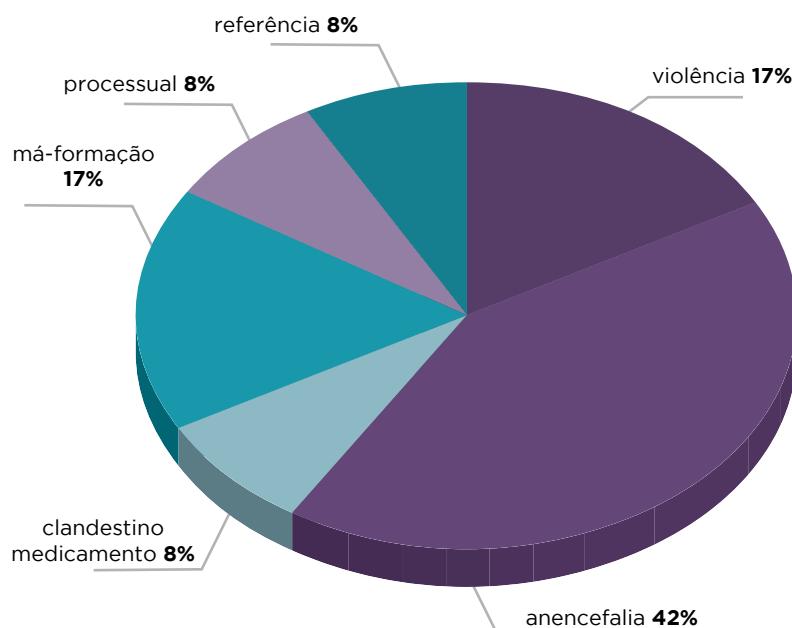


Gráfico. 20
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos com
interferê-
ncia direta da
religião dis-
tribuídos por
palavra-chave

Nos tribunais estaduais a maior incidência de argumentações alusivas a religiões manifesta-se também nos casos que tratam da anencefalia (46%). A seguir, contando com uma incidência de 18%, observamos

os casos de outras más-formações fetais, ou seja, no total, casos relativos a más-formações fetais em geral somaram 64%. Casos classificados como “processual”, “referência”, “clandestino-medicamento” e “violência” representaram, cada um, 9% dos casos de interferência direta da religião.

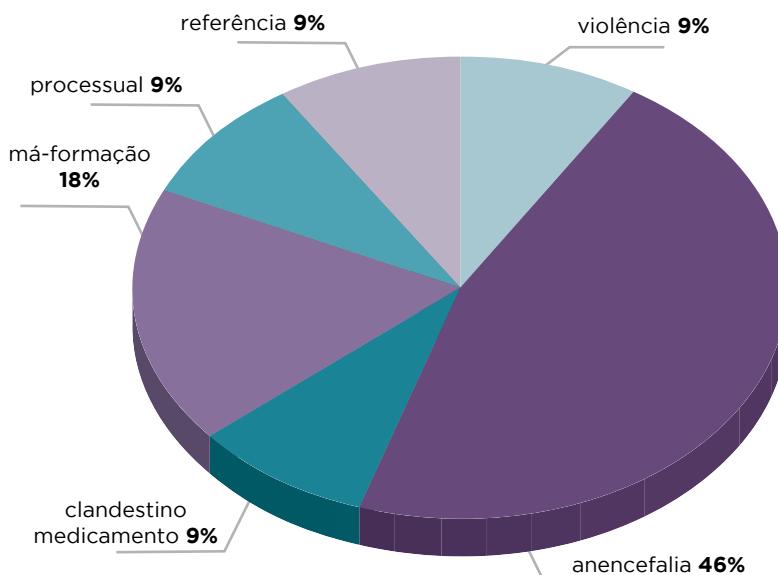


Gráfico. 21
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos nos tribunais estaduais com interferência direta da religião distribuídos por palavra-chave

No que se refere à distribuição por tribunais dos casos com interferência direta da religião nos acórdãos proferidos, verificou-se maior incidência nos estados de Minas Gerais e São Paulo. No entanto, notou-se a presença de decisões contendo argumentação com influência religiosa também nos estados do Rio de Janeiro e Distrito Federal.

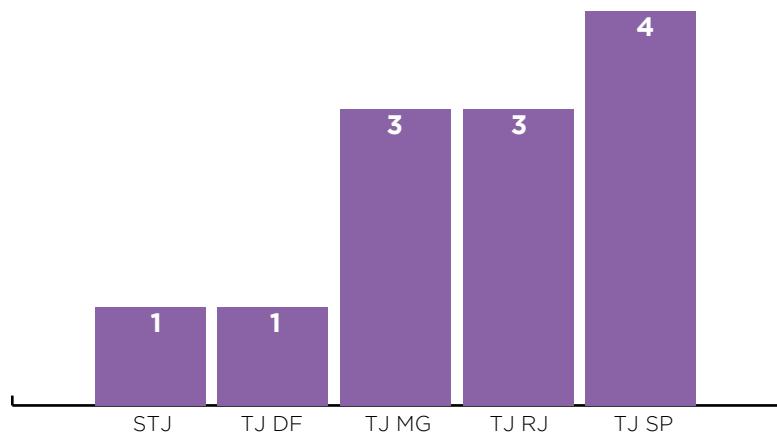
Embora tenha-se apresentado um maior número de acórdãos nos estados de Minas Gerais e São Paulo, não se pode concluir de maneira isolada que em tais localidades exista uma maior tendência do judiciário a absorver qualquer espécie de influência religiosa. Isso porque, conforme verifica-se no gráfico abaixo, os dois estados possuem os maiores índices de litigância para o tema aborto e concentram o maior números de casos envolvendo a questão (287 casos encontrados no estado de São Paulo e 124 no estado de Minas Gerais).

Portanto, o expressivo índice nesses dois estados pode apontar tanto para uma tendência em absorver a interferência religiosa por fatores culturais e morais como também pode-se dar em razão do alto índice de litigância relacionado ao tema quando comparado aos demais estados brasileiros.

Gráfico. 22

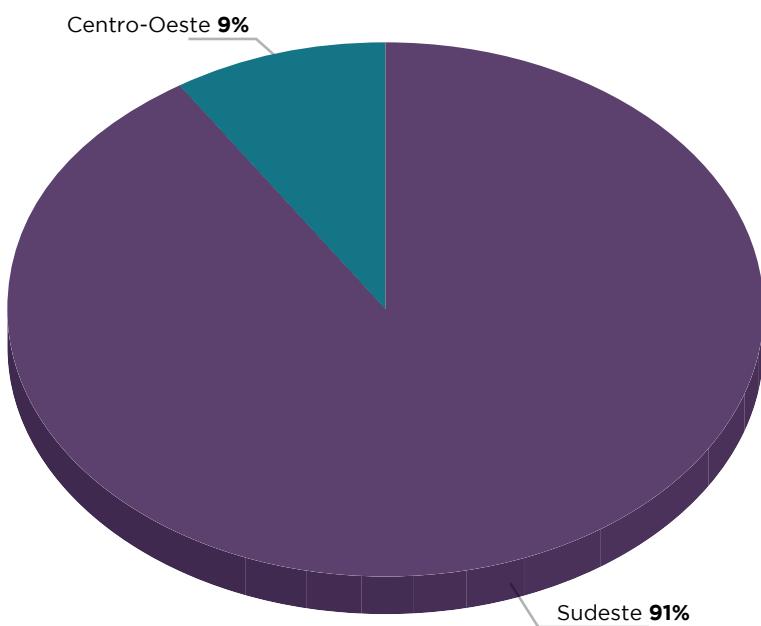
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**

Total de
casos com
interferência
direta da
religião
distribuídos
por tribunal



A região Sudeste do país, como decorrência do quadro apontado anteriormente, apresentou o maior percentual de casos envolvendo a interferência direta da religião – 91%. A região Centro-Oeste foi representada em 9%. Não foram identificados casos com interferência argumentativa baseada em preceitos religiosos nas regiões Norte, Nordeste e Sul.

Gráfico. 23
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS**
Percentual de
casos com
interferê-
ncia direta da
religião dis-
tribuídos por
região



Observa-se no gráfico a seguir que, na distribuição realizada pelos anos de julgamento dos casos, identificou-se maior presença de argumentação religiosa nos anos anteriores e subseqüentes ao da proposição da ADPF, isto é, 2003 e 2005. Ao mesmo tempo, nenhum caso com este tipo de argumentação foi julgado em 2004. Há duas hipóteses

para tal fato: a primeira é que a maior parte dos casos com interferência religiosa refere-se a pedidos de interrupção da gravidez devido aos fetos serem acometidos de anencefalia ou outras más-formações fetais que tornem inviável a vida extra-uterina – 59%; a segunda é que em parte do ano de 2004 vigorou liminar que permitiu às mulheres grávidas de fetos inviáveis para a vida a possibilidade de realização de interrupções de gestação sem necessidade de autorização judicial. Assim, em 2004 houve menos pedidos de interrupções de gestação, que não precisaram passar pelo judiciário e, portanto, não figuraram como palco das interferências argumentativas religiosas.

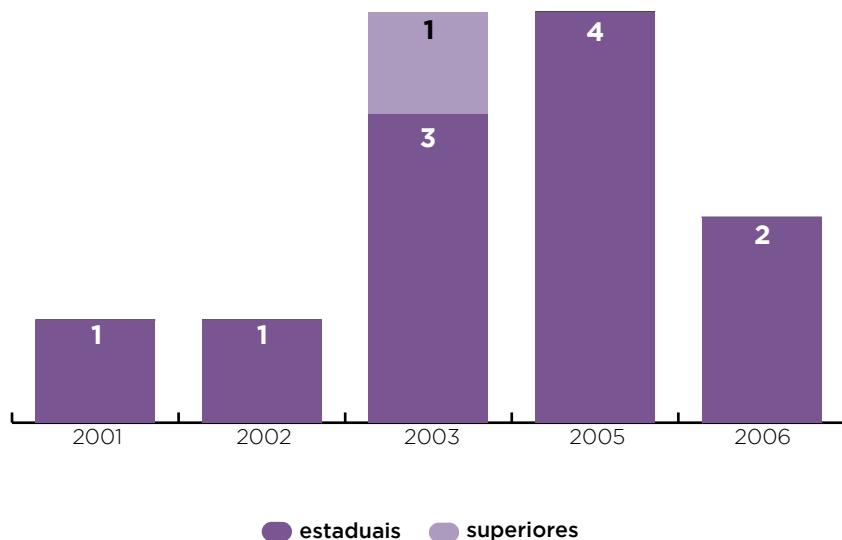
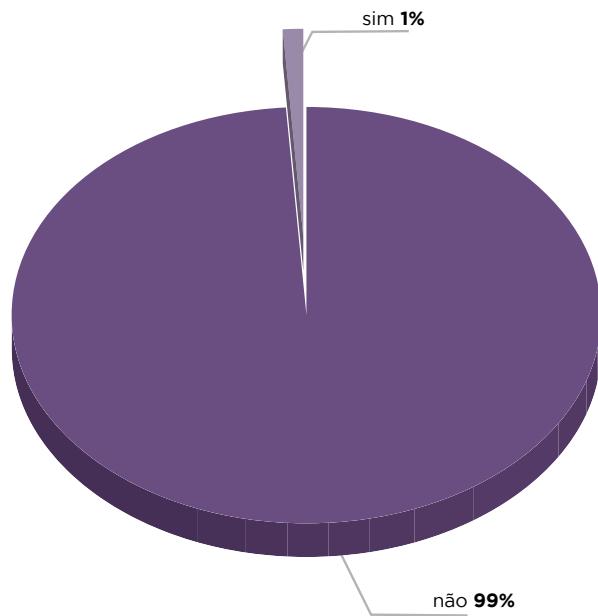


Gráfico. 24
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com interferência direta da religião distribuídos por ano de julgamento

3.2.5. Análise dos dados pesquisados identificados com participação de grupos religiosos

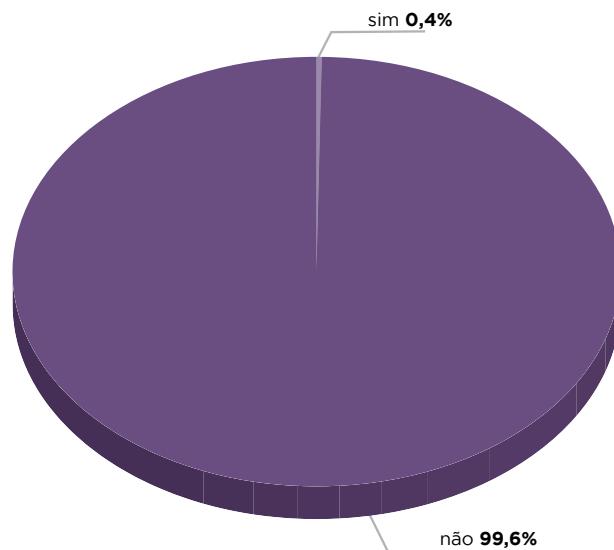
Identificou-se um total de quatro casos com participação de grupos religiosos, o que corresponde a 1% do total de casos coletados, conforme gráfico a seguir.

Gráfico. 25
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos religiosos



Analisando-se o percentual de casos identificados com participação de grupos religiosos nos tribunais estaduais verifica-se que esta compõe um percentual bastante reduzido, estando presente em apenas 0,40% dos casos.

Gráfico. 26
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos religiosos



Nos tribunais superiores, existe apenas um caso identificado com participação de grupos religiosos, representando 3% do total de casos coletados nestes tribunais.

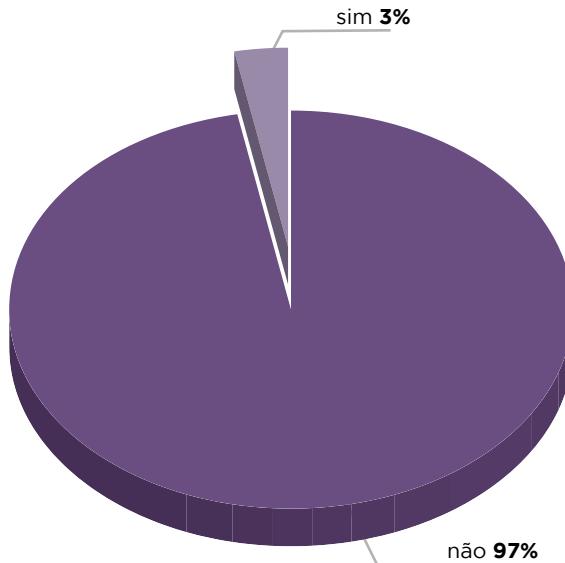


Gráfico. 27
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos religiosos

Ao serem distribuídos por palavras-chave, cada caso referia-se a uma temática, diferente do que ocorreu entre os dados identificados com manifestação direta de argumentação religiosa, nos quais houve predomínio de um tema em relação aos demais.

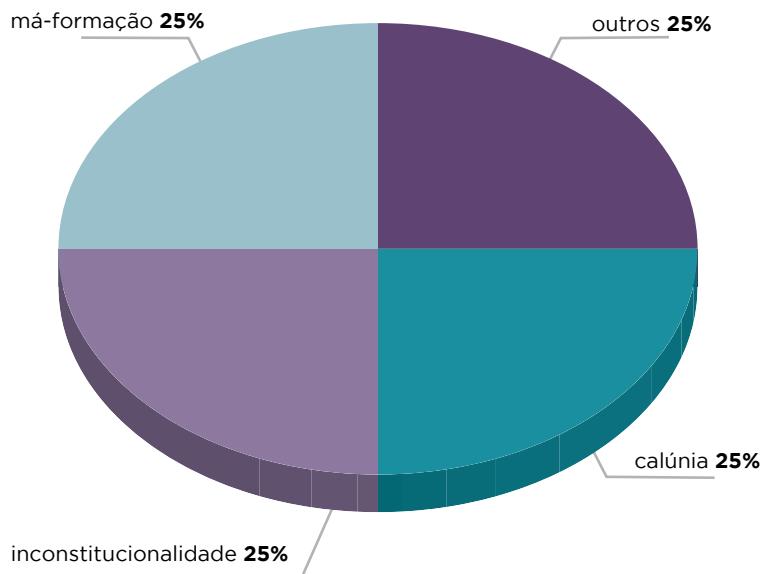
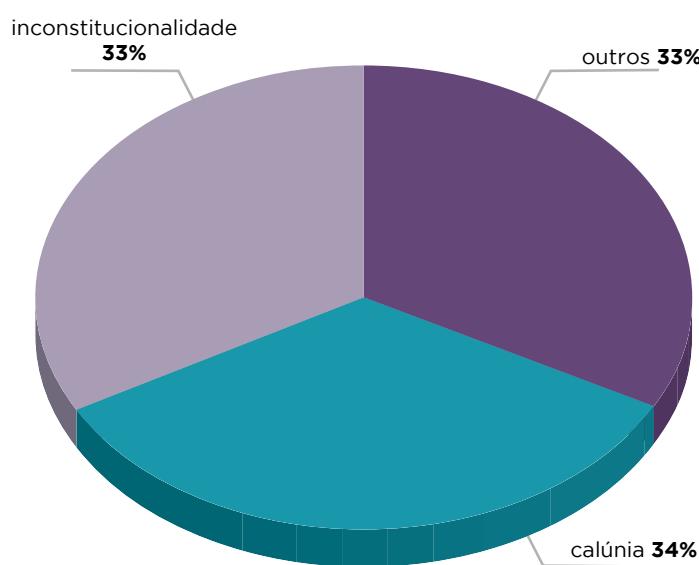


Gráfico. 28
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos religiosos distribuídos por palavra-chave

Nos tribunais estaduais, os temas nos quais houve participação de grupos ou representantes de grupos religiosos foram os classificados como “inconstitucionalidade”, no qual um pastor desejava proibir a distribuição de contraceptivos de emergência; “calúnia”, no qual uma ONG religiosa era acusada de caluniar uma antropóloga como “abortista”, e “outros”, como representativo de um caso sem muitas especifi-

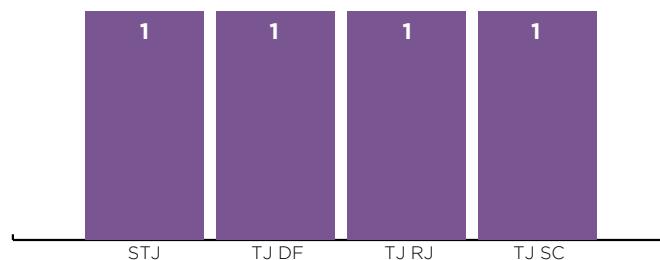
Gráfico. 29
TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Percentual de casos com participação de grupos religiosos distribuídos por palavra-chave



Nos tribunais superiores verificou-se, como demonstrado, apenas um caso com interferência de grupos religiosos, relacionado a um pedido de interrupção de gestação devido ao feto ser acometido por má-formação fetal grave. Um padre impetrou um habeas corpus em favor do feto após a autorização do aborto já ter sido concedida judicialmente, e a gestante recorreu ao STF.

Diversamente do que ocorre com os acórdãos com interferência direta da religião, aqueles que apresentam grupos religiosos como parte da ação distribuem-se apenas entre os tribunais estaduais do Distrito Federal, Rio de Janeiro e Santa Catarina, além do STJ.

Gráfico. 30
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
 Total de casos com participação de grupos religiosos distribuídos por tribunal



Assim, tem-se a identificação destes grupos como integrantes dos processos relativos ao tema aborto apenas nas regiões Centro-Oeste, Sul e Sudeste, sendo que tal participação dá-se de maneira equânime

entre todas estas regiões, conforme demonstrado a seguir.

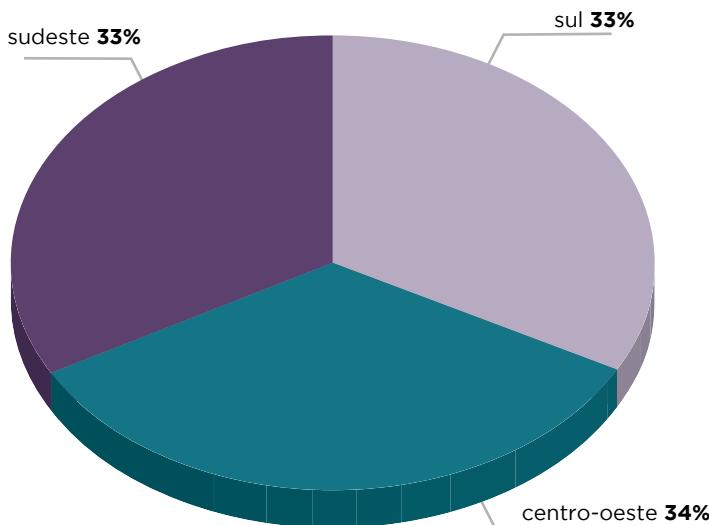


Gráfico. 31
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com participação de grupos religiosos distribuídos por região

Por fim, percebe-se na distribuição destes casos por seu ano de julgamento que as participações de grupos religiosos, embora poucas, estão presentes de forma freqüente a partir de 2004. Antes desta data houve apenas um caso com participação destes setores da sociedade, em 2002, o que não ocorreu nem em 2001 e nem em 2003.

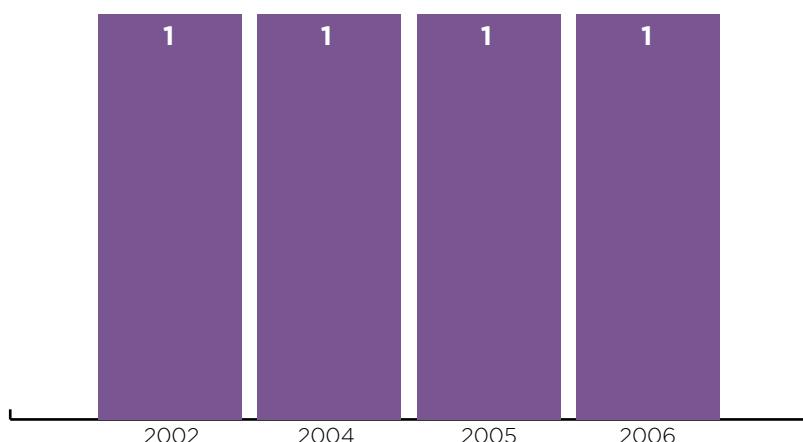


Gráfico. 32
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com participação de grupos religiosos distribuídos por ano de julgamento

3.2.6. Conclusões parciais

Apesar de a Igreja Católica sempre ter considerado o aborto como ato pecaminoso, suas argumentações transformaram-se ao longo da história. Ou seja, nem sempre o atual argumento da defesa do direito à vida como absoluto foi a razão apresentada para condenação do

aborto por tal instituição, bem como nem sempre a sua prática foi condenada com tanta severidade, digna de excomunhão, como nos tempos atuais. Em outros momentos, era considerado mais grave um crime de adultério, do qual um aborto serviria apenas de prova, pois representaria a tentativa de ocultar um filho gerado fora do casamento e, portanto, a fornicação.

Assim, a argumentação em defesa do direito à vida como absoluto e a condenação do aborto em qualquer situação aparecem enquanto doutrina somente no século XIX, quando, ao mesmo tempo, muitos países convertiam-se em constitucionalmente laicos por meio da separação entre Estado e Igreja. Ainda nesse momento, constituíam-se, concomitantemente legislações restritivas ao aborto. Deduz-se então que, paradoxalmente, as determinações doutrinárias da Igreja podem ter tido influência na construção da legislação restritiva ao aborto, em um contexto de afirmação da laicidade estatal.

A pesquisa pôde identificar que em alguns dos casos analisados (doze acórdãos, representando 2% do total) houve interferência da esfera religiosa no espaço de atuação estatal, com o que se feriu o princípio de laicidade previsto na Constituição Federal. Tal mostrou-se por meio de argumentação com fundamento em doutrinas religiosas em decisões de magistrados em casos concretos sobre aborto. Foram encontradas como substrato para as decisões, verdades notadamente aceitas no contexto das doutrinas cristãs, católica ou evangélica. Embora houvesse respaldo jurídico em tais julgados, nota-se que a religião do magistrado interferiu indevidamente na vida privada de uma pessoa que estava sujeita à sua jurisdição. É dizer, a doutrina religiosa de um magistrado foi imposta a alguém que não necessariamente partilha de tal religião.

Como já apontado, o que permanece até os dias de hoje na doutrina católica, em linhas gerais, é a manutenção da visão por parte da alta hierarquia da Igreja de que a mulher tem como destino ser mãe, sendo este seu papel natural e divino, o que também embasa forte argumento contra o aborto. Esta concepção, coligada à defesa do direito à vida do feto, motiva a participação de grupos religiosos ou seus representantes perante o Poder Judiciário e também no parlamento. Nestas atuações, contudo, prepondera a defesa incondicional à vida do feto, em detrimento de outras argumentações, talvez por ser a que mais se aproxima de um argumento secular e que, portanto, pode ser

melhor aceita socialmente.

Assim, ainda que tenham sido poucos os casos com interferência direta da religião ou com participação de grupos religiosos, esta situação merece preocupação. Apontam para uma confusão entre Estado e religião e, quando conjugados com os dados referentes à “defesa do direito à vida do feto como absoluto”, podem significar substanciais restrições à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, reafirmando um lugar social que lhes é destinado preponderantemente por doutrinas de cunho religioso.

3.3. O papel social da mulher e o aborto na perspectiva feminista

Será apresentado a seguir um panorama em linhas gerais de como a mulher foi vista socialmente ao longo da história, apontando-se algumas das razões para a recente mudança de tratamento que este sujeito social tem sofrido. Também serão expostas as polêmicas relacionadas a papéis pré-estabelecidos para as mulheres nos planos da sexualidade e reprodução *versus* a reivindicação de autonomia de escolha da mulher sobre estes assuntos.

Demonstrar-se-á o processo de construção dos direitos humanos das mulheres, apontando-se quais são estes direitos e as justificativas para sua reivindicação.

3.3.1. Aspectos sócio-históricos

Neste capítulo aborda-se a questão de que a relevância social da mulher teria mudado conforme as formas de organização societária transformaram-se. Tratar-se-á deste tema no intuito de apontar que em certos momentos da história a mulher teria sido considerada com apreço e respeito social, e que o decréscimo deste prestígio, ao contrário do que usualmente se apresenta, não teria ocorrido meramente por razões morais, mas também econômicas.

Para isso, desenvolver-se-á a seguir, a partir da obra *As Origens da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de Friedrich Engels, estudo baseado nas formas de família desenvolvidas ao longo da história, contextualizando-se a situação da mulher sem, contudo, exata preci-

são temporal⁵⁸, já que certas informações não são comprováveis empiricamente, mas obtidas a partir de estudos comparativos de povos e, portanto, servem para parâmetro das prováveis tendências deste desenvolvimento histórico⁵⁹. Vale observar que, a partir destes estudos, a chamada “supremacia masculina” não poderia ser considerada algo natural do ser humano, mas algo construído socialmente, que não precisaria ser tratado como perene, mas como superável também socialmente.

3.3.1.a. As primeiras formas de família

Entende-se que no início da humanidade não existia nenhum tipo de família, ou seja, nenhum tipo de regra para estabelecer relações sexuais.

A primeira forma de família, ainda entre os homens primitivos e que teria se originado a partir da restrição à prática do incesto⁶⁰, é chamada consangüínea. Dentro dos grupos constituídos por cada geração (todos os filhos de uma geração, todos os netos de uma geração, etc.) eram permitidas relações sexuais, isto é, “o vínculo de irmão e irmã pressupõe, neste período, a relação carnal mútua”.⁶¹

A forma posterior seria a família Punaluana, na qual seria ampliada a restrição à prática do incesto, vedando-se relações sexuais também entre irmãos, primeiramente entre os uterinos (filhos da mesma mãe), depois também entre os colaterais (o que denomina-se, nas relações atuais de parentesco, como primos). Devido à condição de casamento

⁵⁸ Utiliza-se a periodização reivindicada por Engels, contudo desenvolvida por Lewis H. Morgan, estado selvagem, barbárie e civilização, subdividindo as duas primeiras entre fase inferior, média e superior. Esta classificação é feita de acordo com os progressos obtidos na produção dos meios de existência humanos, Segundo Engels, pode-se definir: “Estado Selvagem – Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para serem utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar esta apropriação. Barbárie – Período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano. Civilização – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte”. ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 28.

⁵⁹ Fala-se em prováveis tendências pois há, na antropologia e etnologia modernas, teorias que até negam que a humanidade tenha, necessariamente, passado por uma fase caracterizada pela ascendência da mulher sobre o homem, alguns inclusive chegando negar a existência de sociedades matriarcais. Contudo, adota-se aqui como tese provável que estas sociedades tenham existido, embora não necessariamente em todos os povos do período denominado barbárie, como imaginava Morgan, pensador evolucionista. Segundo os cientistas soviéticos DIAKOV E KOVALEV: “enquanto Morgan (...) tinha indicado só uma linha de evolução da sociedade humana, os sábios do século XX puderam traçar as vias complexas e múltiplas do progresso do homem”. DIAKOV, V & KOVALEV, S. A Sociedade Primitiva. S.P. Global Editora, 1982. In: BUONICORE, Augusto. *Engels e as Origens da Opressão da Mulher*. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/070/70esp_buonicore.htm. Acesso em 02.10.2008. Vale observar que o próprio Engels já reconhecia, sobre a periodização da história das sociedades primitivas feitas por Morgan, que “esta classificação permanecerá em vigor até que uma riqueza de dados muito mais considerável nos obrigue a modificá-la” (ENGELS, 1981), o que parece estar em desenvolvimento com os novos aportes atualmente oferecidos pela etnologia, antropologia e pela história.

⁶⁰ Relações性uais entre pais e filhos.

⁶¹ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 38.

em grupos, não era possível saber quem era o pai da criança nascida, apenas a mãe, o que estrutura a linhagem feminina de parentesco (que também fundamenta as sociedades matriarcais). Este tipo de círculo fechado de parentes consangüíneos por linhagem feminina, que não podem casar-se entre si, constituía as gens. Esta forma societária fazia com que os membros de uma gens só se relacionassem sexualmente com membros de outra. A gens teria existido para grande parte dos povos bárbaros do mundo.

A crescente complicação das restrições de casamento, dentre outras transformações societárias, teria impulsionado o surgimento da família sindiásica no período entre o estado selvagem e a barbárie. Nesta nova configuração familiar, estabelecer-se-ia o casamento entre um homem e uma mulher. A partir desta forma de família, as relações sexuais passam a não ser a única motivação para casar-se. Supõe-se que já existiriam vínculos de afetividade, que permitiriam a escolha do outro, possibilitados por maior diferenciação entre os membros das gens (que estavam em processo de tornarem-se indivíduos, seres com características que os diferenciam dos demais, e, consequentemente, serem percebidos como tal pelos outros).

Durante o tempo de duração de um casamento sindiásico seria exigida a fidelidade, constituindo-se marco a partir do qual pode-se falar de adultério, ainda que se suponha que fosse raro, já que seria possível desvincular-se do casamento facilmente para ambas as partes. Neste período seria viável saber quem é o pai das crianças, mas a linhagem de parentesco permaneceria ainda feminina.

Haveria uma divisão de tarefas entre os sexos, na qual caberiam aos homens aquelas que exigissem afastamento temporário da moradia — caça, guerra —, e às mulheres, tarefas que não exigissem afastamento da moradia, por engravidarem e precisarem cuidar dos filhos — construção de objetos, roupas, utensílios da tribo (exceto os de guerra, fabricados pelos homens). Até então, essa divisão de tarefas não teria gerado desigualdade entre os sexos. A mulher seria respeitada e um fator que contribuiria para isso era o fato de que o parentesco era matrilinear. Na época, a atividade doméstica era compreendida como trabalho social, e não privado como nos tempos atuais.

Segundo Engels, o lar da família sindiásica:

(...) significa predomínio da mulher na casa; tal como o reconhecimen-

to exclusivo de uma mãe própria, na impossibilidade de reconhecer com certeza o verdadeiro pai; significa alto apreço pelas mulheres, isto é, pelas mães. Uma das idéias mais absurdas que nos transmitiu a filosofia do século XVIII é a de que na origem da sociedade a mulher foi escrava do homem. Entre todos os selvagens e em todas as tribos que se encontram nas fases inferior, média e superior da barbárie, a mulher não é só livre como, também, muito considerada.⁶²

Contudo, com o desenvolvimento da agricultura e domesticação dos animais, importante salto qualitativo no rompimento da subordinação à natureza (proporcionando aumento do tempo livre para os homens), começaria a haver um desequilíbrio entre a importância de tarefas desenvolvidas pelos homens e pelas mulheres, já que as realizadas pelos homens passaram a ter maior relevância econômica dentro das gens. O desequilíbrio reflete mudanças na forma da família sindiásica, como a tendência a dificultar a solubilidade dos casamentos e a infidelidade da mulher ser considerada mais grave que a do homem.

Os bens de uma gens deveriam sempre permanecer nela. Se um homem se casava, deveria deixar o gado que cuidava em sua gens de origem para cuidar do gado da gens de sua mulher. Mas caso houvesse separação, o gado da gens de sua mulher não poderia sair dessa gens – isso era um motivo para que se mantivessem os casamentos. Este mecanismo começou a ser questionado pelos homens: a impossibilidade, dentro da estrutura gentílica, de deixar o gado que possuíam como herança para seus filhos.

3.3.1.b. O patriarcado, a monogamia e o controle da sexualidade feminina

Conforme aumentava a riqueza das gens devido ao aumento das forças produtivas e, ao mesmo tempo, com o fortalecimento da instituição família e a apropriação familiar do que esta produzia, o papel do homem na constituição familiar e social também ganhava maior importância. Aos poucos, desenvolve-se uma valoração diferenciada no exercício e ocupação destes espaços.

A divisão de trabalho dentro da família continuava a mesma, mas o trabalho masculino foi ganhando mais valor, principalmente com a domesticação do gado e com o desenvolvimento da agricultura, fazen-

⁶² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 50 - 51.

do com que o trabalho doméstico da mulher fosse, aos poucos, sendo considerado insignificante quando comparado ao trabalho produtivo masculino. Isso porque a acumulação e produção de riquezas estavam claras e explícitas no trabalho masculino, traduzindo-se em bens. Ao contrário, o trabalho feminino não apresentava uma expressão concreta em bens a serem acumulados. O trabalho feminino, em outras palavras, era pouco visível e pouco palpável, o que passou a ser percebido como um não-trabalho ou mesmo um trabalho inferior.

Nascia a idéia de “valer-se desta vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem da herança estabelecida⁶³. Em outras palavras, o avanço das forças produtivas, que tornou o trabalho masculino mais relevante economicamente naquela ordem societária (a “vantagem” à qual Engels se refere), foi utilizado como fundamento e motivação para transformar o direito à herança de materno em paterno – já que, até então, os filhos não podiam herdar os bens dos pais, pois não pertenciam à mesma gens. Esta mudança ocorreu mediante aquilo que podemos chamar de uma revolução profunda, porém não violenta. Estabeleceu-se, paralelamente, a mudança de linhagem de feminina para masculina, o que, para Engels, representa a “grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo”⁶⁴.

A transmutação da linhagem materna para a paterna propiciou o empoderamento masculino no âmbito doméstico, no sentido de que os homens passam a ter controle sobre os membros da família, decidindo inclusive acerca de suas vidas. Assim, pode-se dizer que o efeito deste poder masculino que se forma nos grupos sociais, em detrimento da condição feminina e sua consequente inferiorização, é observado na estrutura familiar que se estabelece: a família patriarcal. É a forma transitória entre a família sindiásmica e a monogâmica e desenvolve-se na fase superior da barbárie. Seus traços essenciais são o domínio paterno, tanto sobre a mulher quanto sobre os filhos e a incorporação de escravos na família; além da poligamia do patriarca, ou, nas palavras de Engels, “a organização de certo número de indivíduos, livres e não livres, numa família submetida ao poder paterno de seu chefe”⁶⁵. A família romana constitui o exemplo perfeito.

⁶³ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 59.

⁶⁴ Idem, Ibidem, p.59

⁶⁵ Idem, Ibidem, p.61

Para assegurar a legitimidade dos filhos, já que eles seriam herdeiros das propriedades dos pais, exigia-se a castidade das mulheres antes do casamento – controle da sexualidade por parte dos pais – e a fidelidade na permanência deste vínculo. Casamentos passam a ser, portanto, escolha exclusiva das gens, não mais individuais. Nesse contexto, os maridos poderiam repudiar as mulheres se estas não fossem férteis ou fiéis. Ante tantas mudanças, substitui-se o lar coletivo pelo individual.

Um desdobramento e acirramento da forma de família patriarcal é a instituição da monogamia, que, segundo Engels, surge com o início da civilização, no momento em que as gens e o matriarcado encontram-se esfalecidos, em detrimento da família. Esta, para defender seus interesses de propriedade, estruturou-se com o objetivo de estabelecer um poder central exercido por uma entidade reconhecida como Estado. Os gregos⁶⁶ são exemplo deste tipo de família, que, segundo Engels, “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”⁶⁷.

A família monogâmica embasa-se nesse poder masculino, exigindo total fidelidade feminina, de maneira a assegurar a legitimidade dos herdeiros de suas propriedades, visando mantê-las na família. Solidificam-se os laços conjugais. Entretanto, como regra, apenas o homem detinha o poder de repudiar a mulher, quebrando estes laços, ou mesmo podendo ser infiel, já que ele não é considerado o responsável direto pela prole. Ele não tem a possibilidade de gerar um filho, então, ainda que contribua para o nascimento de um filho bastardo, esta não é sua responsabilidade, e somente os filhos havidos dentro do casamento teriam direito a herdar seus bens. Essas liberdades masculinas ampliam-se significativamente e proporcionalmente à opressão da condição feminina e de sua própria sexualidade, pois era preciso que esta fosse controlada de maneira a assegurar a legitimidade da prole.

Neste contexto, a antiga liberdade sexual da mulher é totalmente reprimida, ou mesmo suprimida. Na família monogâmica, o papel que cabe à mulher é o de reproduzora e governanta da casa, devendo, para

⁶⁶ Não se considera mera coincidência que seja neste período que se desenvolvem teorias sobre a função social da mulher e sua condição inata de inferioridade, notadamente por Aristóteles, conforme desdobra-se no capítulo “Aborto e religião”.

⁶⁷ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1981, p. 66.

tanto, ser fiel e casta (no que se refere à castidade, há também forte interferência religiosa na definição deste papel). Não raro, os homens exerciam plenamente sua sexualidade, inclusive fazendo “uso” das escravas (que eram de sua propriedade) como escravas sexuais. Assim, a monogamia, no sentido de fidelidade, caberia apenas à mulher, e não ao homem.⁶⁸

Importante observar que na família monogâmica o homem se casava por uma obrigação perante o Estado, de maneira alguma pelo amor individual. A base dos casamentos era econômica, sendo o fator determinante a propriedade privada. Inerente a esta instituição está a prostituição. A entrega das mulheres por dinheiro, apesar de ser no início um ato religioso nos templos dos deuses, aparece na monogamia em forma de trabalho assalariado junto à propriedade privada, e se dá paralelamente à entrega forçada das escravas. Esta liberdade sexual é herdada das antigas formas de família, em proveito dos homens. Este heterismo é condenado em palavras, condenação que na realidade dirige-se apenas às mulheres.

Outro fator presente na monogamia, ligado ao primeiro, seria a infidelidade da mulher. Apesar de proibido e severamente punido, o adultério feminino seria constante na monogamia. A esposa, cuja ligação com o marido é eminentemente econômica, teria como ocupação o amante, o que abalava a estrutura de manutenção de legitimidade dos herdeiros e, em alguns casos, fazia até com que se convencionasse que o filho nascido dentro do casamento fosse presumidamente do marido. Esta convenção é incorporada pelos instrumentos jurídicos de direito de família, que visam assegurar a estabilidade de tal instituição. No mais, além de socialmente reprovável, a infidelidade feminina também é condenada pela religião. Em muitas sociedades, inclusive, o adultério constitui-se como crime, mas o foco é sempre a infidelidade feminina, e não a masculina, pois a segunda é vista como “natural” da condição masculina.

Pode-se dizer que os traços gerais da monogamia são a preponderância do homem, consequência de sua preponderância econômica, bem como a indissolubilidade do matrimônio, decorrente, em parte,

⁶⁸ Essa condição de livre exercício da sexualidade pelo homem ao longo dos tempos foi se “naturalizando”, ou seja, este comportamento masculino foi solidificando-se e sendo caracterizado como “natural” do homem (e ai inscrito no âmbito da necessidade). Vale dizer, tal percepção vigora ainda hoje em nossa cultura, sendo dada ao homem maior liberdade sexual do que às mulheres, não obstante o constante e crescente esforço de grupos feministas para que se altere essa situação.

das condições econômicas que engendraram a monogamia e em parte, de uma tradição da época em que, mal compreendida ainda, a vinculação dessas condições econômicas com a monogamia foi exagerada pela religião.⁶⁹

Segundo o exposto, a peculiaridade desta sucessão de formas de matrimônio resultou em uma diminuição da esfera de liberdade sexual da mulher.

(...) foi-se tirando cada vez mais às mulheres (mas não aos homens) a liberdade sexual do matrimônio dos grupos. Com efeito, o matrimônio por grupos continua existindo, ainda hoje, para os homens. Aquilo que para a mulher é um crime de graves consequências legais e sociais, para o homem é considerado algo honroso ou, quando muito, uma leve mancha moral que se carrega com satisfação.⁷⁰

3.3.1.c. Monogamia, religião e sexualidade da mulher

A instituição da monogamia e do controle da sexualidade feminina, embora tenha ocorrido no âmbito da estruturação econômica e, consequentemente, da família, foi apropriada pelas diversas religiões, em especial pela Igreja Católica, que associou o discurso monogâmico ao da castidade, impondo às mulheres a obrigação de serem “puras” e “livres de pecado”, devendo ser “mães e virgens” simultaneamente, como a Virgem Maria. A imposição da virtuosidade e da castidade feminina também tem a ver com uma necessidade de controle sobre a mesma – que não é explicitamente anunciado, mas aparece revestido de preceito religioso e respeito à religião.

Assim, o controle sobre o corpo e a sexualidade das mulheres, exercido por pais, maridos e padres (todos homens), historicamente negou-lhes o direito à autonomia no sentido mais profundo, pois lhes era negada a opção de decidir sobre seus corpos e desejos.

3.3.1.d. Defesa da autonomia sexual e reprodutiva

Frente à histórica configuração do lugar da mulher na família e das restrições impostas pelo patriarcalismo, aliadas às religiões, no período moderno algumas mulheres passaram a organizar-se em um movi-

⁶⁹ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 90.

⁷⁰ Idem, *Ibidem*, p. 81.

mento conhecido como feminista e que pretende, entre outras coisas, reverter as restrições impostas à sexualidade feminina. Defendia-se o direito ao corpo, tanto nas opções sexuais quanto reprodutivas.

Ante tudo isso, pode-se dizer que feministas defendiam (e seguem defendendo) o direito ao aborto legal e seguro como exercício do direito à autonomia sobre o próprio corpo. De acordo com Cecilia Olea Mauleón:

El cuerpo como territorio propio fue una de las grandes subversiones, ya no eran los otros que decidían el cuándo, cómo y por qué, nosotras nos dimos la facultad de negociar desde nuestros afectos, sentimientos y deseos. Significó afirmar que ejercemos nuestra sexualidad y que sexualidad y maternidad son dos deseos que no necesariamente se encuentran, cuestionando el mandato del patriarcado: la mujer como propiedad y la maternidad como destino, y de muchas de las religiones: la sexualidad para la reproducción.

La maternidad no es un destino inevitable sino una decisión. Es por ello que el feminismo exigió y exige el derecho a interrumpir un embarazo en condiciones seguras, con adecuada atención sanitaria, acompañamiento psicológico y sin poner en riesgo la libertad individual ni el ejercicio profesional.⁷¹

Embora atualmente, com as conquistas dos movimentos feministas, a mulher tenha se libertado de muitas amarras e controles sociais e religiosos, algumas limitações à sua liberdade, em especial a sexual, ainda manifestam-se de forma considerável em muitos países, em especial naqueles de tradição católica e muçulmana. O limite à autonomia sexual e reprodutiva de mulheres ainda hoje é fortemente exercido, seja por parâmetros sociais ou morais de conduta. De acordo com Maria Betânia Ávila:

(...) a liberdade pretendida pelas feministas no campo reprodutivo se encaixa no sentido dado por Chauí (1985), para quem liberdade é, em primeiro lugar, a participação na construção das condições nas quais as pessoas vão fazer suas escolhas e não como sendo a possibilidade de escolher frente ao que os outros oferecem. Neste sentido, para existir a liberdade é necessária a construção de condições objetivas e

⁷¹ MAULEÓN, Cecilia Olea. Por el Derecho a Decidir. In: Red de Salud de Las Mujeres Latino Americanas Y Del Caribe RSMLAC. 9 / Cuadernos Mujer Salud. *Cuerpos autónomos, vidas soberanas. Mujeres Y derecho al aborto libre y seguro*. Adriana Gómez, Ed., p.11

subjetivas.

Desfazer o lugar do corpo (anatomia) como destino, desconstruir a heteronomia em que estiveram (e continuam) mergulhados os corpos femininos são os fundamentos de uma concepção renovada de cidadania, que incorpora as vivências da sexualidade e da reprodução e, por esse caminho, abre campo para que seja superado o “despossuímento de si” experimentado pelas mulheres nessas duas esferas.

O corpo das mulheres não pode ser tomado como um lugar de definição do seu “destino”, mas justamente ao contrário; a sua integridade corporal e o reconhecimento do direito sobre seu próprio corpo como dimensão fundamental da sua cidadania abrem o caminho para vivenciar as diferenças que existem entre os vários aspectos de ser mulher e também de ser homem, sobre os quais esses direitos também devem ser estendidos.⁷²

Além disso, combatendo a visão religiosa de que a mulher tem como “função” ser mãe, a argumentação feminista (mas não apenas a feminista, outros grupos sociais também partilham desta idéia) defende que a possibilidade de gerar um feto não implica necessariamente a obrigação de fazê-lo, nem a sua gestação é algo “natural” (ou da natureza) da mulher. Defendem que a maternidade é uma questão de escolha, que pode ser compartilhada ou não com o parceiro.

A escolha por não ser mãe é muitas vezes condenada social e moralmente, daí por que a questão do aborto coloca-se eminentemente como uma questão de gênero, na medida em que, sendo o aborto proibido, em muitas situações a gestação é imposta à mulher. Considerando-se que a gravidez promove intensas alterações na vida da mulher e que estas mudanças ocorrem no plano físico, biológico e psicológico, alterando inclusive o papel que ocupa socialmente, a opção por ter ou não um filho e suas consequências recaem primordialmente sobre as mulheres.

Não raro, muitas arciam sozinhas com as consequências de uma gravidez indesejada, sofrendo com o abandono do companheiro que não deseja o bebê, dificuldades para obtenção de emprego, criação

⁷² ÁVILA, Maria Betânia. *Reflexões sobre Direitos Reprodutivos*. CLADEM. Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos. Lima: CLADEM, 2002, p.177.

do filho, entre outros. Os homens muitas vezes não compartilham do processo gestacional com sua parceira, abandonam-na e não arcam com as responsabilidades sobre a criança gerada. Daí dizer-se tratar-se de uma questão de gênero, pois há diferenças nas possibilidades de escolha e de autodeterminação reprodutiva fundadas nas diferenças biológicas entre homem e mulher.

Acerca da diferença entre homem e mulher no que se refere às possibilidades biológicas e de escolha referentes à reprodução, Maria José Rosado Nunes afirma:

(...) a gravidez e a maternidade são vistas como resultado “natural” de um processo biológico em que não entram pensamento, emoções, relações, mas apenas a capacidade biológica das mulheres gerarem. Porque a biologia no-lo permite, somos mães. Reais ou potenciais. Já no caso do aborto, exige-se pensamento, decisão, escolha, capacidades eminentemente distintivas dos seres humanos. Tomam-se em conta as relações em questão e as consequências reais do ato abortivo, para a mulher e para o seu entorno. Não é comum perguntar-se a uma mulher por que ela engravidou. Ou se pesou bem as consequências de seu ato de colocar no mundo mais um ser humano. Já no caso da decisão por um aborto, essas são as primeiras perguntas que se fazem. Pedem-se razões. (...)

O aborto não pode ser desvinculado da maternidade. Ambas as situações envolvem decisões e escolhas, são objetos de direitos - direitos de cidadania e direitos humanos. Só assim pode-se reconhecer as mulheres como agentes morais capazes de julgamentos éticos e decisões morais. O que está em questão é o fato de que a capacidade humana de fazer um novo ser é, também, a possibilidade de fazê-lo ou não. O aborto é tratado como ato “contra a natureza” - da mulher, claro! Não é pensável que seja “contra a natureza” a recusa da paternidade como projeto de vida, por um homem. Mas as mulheres devem explicar-se quando decidem não ser mães. (...)

A gravidez humana supõe reciprocidade, recriação de desejos e não apenas satisfação de necessidades sociais ou biológicas.⁷³

⁷³ NUNES, Maria José Rosado. Aborto, Maternidade e Dignidade da Vida das Mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene & XAVIER, Dulce (orgs.). *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p. 31 - 33.

É importante notar que embora a Igreja Católica recentemente tenha recrudescido suas recomendações acerca do exercício da sexualidade para os católicos, com a proibição do uso de contraceptivos, entre outros, a defesa da proibição do aborto deslocou-se do plano da sexualidade para o da garantia do “direito à vida desde a concepção”. Este argumento, que foi sendo construído paulatinamente com base em dados e avanços científicos, esconde, em verdade, uma tentativa de exercer-se o controle sobre a sexualidade e a autonomia reprodutiva da mulher.

Às vezes, as repressões e limitações ao exercício da sexualidade da mulher expressam-se também em leis⁷⁴, como no caso das legislações restritivas ao aborto, que impõem uma limitação indevida à autonomia reprodutiva das mulheres. A proibição da interrupção da gravidez pelo Estado limita a autonomia da vontade da mulher e as possibilidades de escolha sobre seu próprio corpo e vida, impondo restrições à sua autodeterminação reprodutiva. Ademais, a criminalização do aborto contribui para o agravamento desta situação, na medida em que a proibição estimula a realização de abortos clandestinos, colocando em risco a vida e a saúde das gestantes.

Tais limitações não se sustentam à luz dos atuais paradigmas internacionais de direitos humanos, conforme se verá a seguir.

3.3.2. Aspectos jurídicos

O primeiro marco jurídico a considerar a questão da igualdade como universal, direito de todos, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789. À época, o que o documento visava garantir era a igualdade das pessoas, independentemente de seu status social ou

74 “No século XIX os conflitos em torno da regulação da fecundidade aparecem como uma questão pública, constituindo-se assim, em um novo campo de enfrentamento político. Entre os atores desse conflito estavam as mulheres, que naquele momento já lutavam através de suas organizações específicas pelo direito ao voto e a educação, o qual era reivindicado em nome da igualdade. A formulação em termos de direitos reprodutivos, no entanto é bastante recente e considero que pode ser entendida como uma redefinição do pensamento feminista sobre liberdade reprodutiva e como também sobre a questão da igualdade.”

As novas concepções oriundas da prática dos movimentos sociais contemporâneos para o exercício da cidadania produzem uma ruptura com o modelo clássico de cidadão, portador de uma universalidade abstrata, vinculando a um sujeito masculino realizado na esfera pública e portador de uma condição ‘natural’ e absoluta de senhor na esfera privada. Esse sujeito universal é questionado e, é a pluralidade de sujeitos que se coloca como uma questão central da democracia na passagem do século XX para o século XXI. Essa é uma questão fundamental, à medida que é a partir da posição de sujeito que se alcança a participar das decisões que instituem e alteram a organização da vida social.

Como analisa Jellin, a cidadania é, ao mesmo tempo, a vivência dos direitos e a participação no conflito em torno da redefinição permanente desses direitos. Portanto a cidadania é uma arena de conflito o que implica também no exercício do poder político.” ÁVILA, Maria Betânia. *Reflexões sobre Direitos Reprodutivos*. CLADEM. Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos. Lima: CLADEM, 2002, p. 172.

econômico. Embora a igualdade de gênero não tenha sido uma preocupação expressa deste movimento (Revolução Francesa), a Declaração, ao trazer a questão da igualdade à tona, deu um passo importante para que se começasse a rever a posição da mulher na sociedade.

Durante dois milênios havia vigorado a posição de que a mulher era um ser inferior ao homem, idéia propagada especialmente pela Igreja Católica. Vale dizer, a mulher era considerada como um ser não totalmente humano, sendo que a própria anatomia do corpo feminino passou a ser mais bem estudada. De acordo com Wilza Vieira Villela e Margareth Arilha:

A partir do século XVIII, passou-se a admitir que as mulheres são tão humanas como os homens, embora muito diferentes - diferença que não está apenas no corpo, mas no caráter e na personalidade das mulheres. Dado que a função precípua destas é a procriação, Deus, ou a natureza, teria feito esse ser com todas as características - físicas e mentais - necessárias ao bom desempenho dessa tarefa.⁷⁵

(...) A idéia de igualdade entre os humanos exigia desfazer a concepção de mulher como ser humano inferior. Distinções entre homens e mulheres, até então entendidas como graduações do aperfeiçoamento humano, passaram a ser obsessivamente investigadas, visando desfazer a crença em corpos iguais, ou em qualquer outra semelhança entre homens e mulheres. Pois, se homens e mulheres eram iguais, como as mulheres poderiam ser consideradas inferiores? Dessa maneira, no clamor por igualdade, liberdade e fraternidade, as mulheres deixaram de ser um homem atrofiado para ganhar um sexo e corporeidade própria.⁷⁶

Esta nova forma de se pensar a mulher abriu caminhos para que seus direitos pudessem desenvolver-se, ampliando-se significativamente a esfera de tutela jurídica a direitos específicos. Os grupos feministas, notadamente a partir da década de 60, promoveram uma inserção diferenciada da mulher na sociedade, chegando inclusive a cunhar a insígnia “Sem as Mulheres, os Direitos Não São Humanos”.

As lutas pela equiparação do tratamento jurídico concedido a ho-

⁷⁵ VILELA, Wilza Vieira & ARILHA, Margareth. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 95.

⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 103

mens e mulheres difundiram-se em diversas áreas, sempre objetivando a igualdade da mulher nas relações sociais e familiares. Assim, buscou-se o pleno acesso das mulheres ao mercado de trabalho, inclusive com equiparação salarial; eqüidade nas relações familiares, abarcando também os aspectos patrimoniais da relação matrimonial; liberdade de exercício da sexualidade e autonomia reprodutiva, com a promoção de programas de planejamento familiar, e a legalização do aborto, entre outros temas relevantes.

Entretanto, observa-se que por muito tempo esteve vedada à mulher a participação nas decisões e discussões políticas e públicas sobre os diversos temas. Segundo Binion, a pauta do que constituem os direitos humanos seria diferente se as mulheres tivessem interagido ativamente nesse processo⁷⁷. Isto porque, mesmo que as mulheres possam ser vítimas de violações a direitos humanos que acometem também os homens – como torturas, perseguições e restrições a seus direitos civis e políticos –, também experimentam, pela sua condição biológica e pela construção social e cultural em torno dessa condição, formas peculiares de violação a direitos humanos. São muitas vezes privadas da autonomia sobre seu próprio corpo e sexualidade, são vítimas de diversas formas de violência dentro de suas casas e sofrem opressões em seus locais de trabalho.

As questões relacionadas ao matrimônio, à procriação, ao trabalho, à opressão sexual⁷⁸, entre outras, ficaram literalmente de fora da pauta dos direitos humanos por muito tempo. Começaram a ganhar algum espaço nessa arena por ocasião das conferências internacionais organizadas pelas Nações Unidas e pela intensa participação de grupos feministas nestes espaços – notadamente em 1994, na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, e em 1995, na Conferência Mundial sobre a Mulher, de Beijing, conforme será visto a seguir.

⁷⁷ "This paper explores the ways in which human rights might be understood if women's experience were the foundation for the theorizing and enforcement." BINION, Gayle. *Human Rights: A feminist perspective*. Human Rights Quarterly, 17.3 (1995) 509 - 526, p. 1. Acesso em 19.03.2007.

⁷⁸ "While the prototypic 'human rights' case involves the individual political activist imprisoned for the expression of his views or political organizing, forms of oppression that do not fit the Bill of Rights model of liberty are rarely recognized in the international understandings or national asylum laws. These forms include, *inter alia*, issues related to marriage, procreation, labor, property ownership, sexual repression, and other manifestations of unequal citizenship that are routinely viewed as private, nongovernmental, and reflective of cultural difference." BINION, Gayle. *Human Rights: A feminist perspective*. Human Rights Quarterly, 17.3 (1995) 509 - 526, p. 1. Acesso em 19.03.2007.

3.3.2.a. Referências jurídicas internacionais: direitos humanos

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um processo de universalização e internacionalização de direitos fundamentais por meio da atuação da Organização das Nações Unidas – ONU, fundada em 1945 com a promulgação e ratificação da Carta da ONU, do mesmo ano. Em 1948, foi aprovada e amplamente aceita pela comunidade internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁹, que determinava serem os direitos humanos “universais, indivisíveis e inter-relacionados”. No mais, apresentava um rol significativo de direitos, conjugando habilmente os chamados direitos “civis e políticos” e os “econômicos, sociais e culturais”. Apesar deste significativo avanço, este documento, para grande parte dos juristas, não possui força jurídica vinculante, é dizer, não é exigível pelos cidadãos perante seus Estados.

Posteriormente, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, também declarou, em seu artigo 5º, que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”. Essa nova concepção de direitos fundamentais reafirmou a conjugação dos chamados direitos liberais (direitos civis e políticos) e dos direitos econômicos, sociais e culturais, reforçando sua indivisibilidade.

Se em um primeiro momento foi importante afirmar a universalização dos direitos, garantindo-se a universalidade do “direito a ter direitos”, logo notou-se uma necessidade de proceder-se a uma especificação destes sujeitos de direitos. Ganhou força a idéia de que todos são formalmente iguais em dignidade, mas que em razão de suas particularidades e especificações pessoais, exercem os direitos de forma diferenciada.

Abstratamente, embora o valor da dignidade norteie a igualdade entre os sujeitos, o exercício concreto dos direitos que possibilitam esta igualdade material abre espaço à incidência de fatores múltiplos de discriminação e de preconceito. O que se busca garantir neste processo é que sejam respeitadas as diferenças que garantam uma identidade, mas eliminar aquelas que inferiorizam os grupos mais vulneráveis. Tendo isso em vista, propugnou-se pela maior proteção jurí-

⁷⁹ Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

dica aos sujeitos considerados mais vulneráveis, tais quais: mulheres, crianças, pessoas de etnias discriminadas, etc.

A partir da incidência ativa de movimentos de mulheres, negros e demais etnias, como os de luta pelos direitos das crianças, etc., nos espaços públicos, estas temáticas ganharam destaque e formaram um novo espaço de constantes demandas por juridificação, de maneira a assegurar-se para tais grupos o reconhecimento e a implementação de direitos.

Aos poucos foram sendo aprovados os grandes documentos de proteção internacional aos direitos humanos, dentre os quais: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965⁸⁰), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (1979⁸¹), e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989⁸²). Estes são importantes marcos jurídicos a pautar a garantia de direitos nos diversos países do mundo, sendo tais tratados considerados os fundamentos do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e os parâmetros mínimos de referência para as diversas legislações nacionais

3.3.2.b. Referências jurídicas internacionais: direitos sexuais e direitos reprodutivos

Pode-se afirmar que o reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos foi uma grande conquista dos movimentos de mulheres e feministas. Em especial, para o tema deste trabalho, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher é a referência primordial quando se fala em direitos humanos das mulheres.

A Convenção, aprovada pela ONU em 1979, está em vigor desde 1981.⁸³ Foi ratificada pelo Brasil em 1984 e já conta, no total, com 185

⁸⁰ Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

⁸¹ Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984.

⁸² Adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

⁸³ “A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no âmbito privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito a todo e qualquer ser humano. Nas palavras da jurista Flávia Piovesan, a Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade

Estados-parte.⁸⁴ Dispõe fundamentalmente sobre a garantia de igualdade entre homens e mulheres nos diversos aspectos de suas vidas públicas e privadas.

De acordo com a jurista feminista Silvia Pimentel:

A Convenção vai além das garantias de igualdade e igual proteção viabilizadas por instrumentos legais vigentes, estipulando medidas para o alcance da igualdade entre homens e mulheres, independentemente de seu estado civil, em todos os aspectos da vida política, econômica, social e cultural.

Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas. Essas obrigações se aplicam a todas as esferas da vida: a pública e a privada, e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado.

Entretanto, a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere automaticamente a efetivação de seu exercício. Este depende de ações dos três poderes: do Legislativo, na adequação da legislação nacional aos parâmetros igualitários internacionais; do Executivo, na elaboração de políticas públicas voltadas para os direitos das mulheres; e, por fim, do Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres, valendo-se, inclusive e muito especialmente, dos tratados, pactos e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, para fundamentar suas decisões.⁸⁵

De fato, a mulher brasileira, hoje em dia, alcançou uma série de direitos e exerce-os, muitas vezes, em pé de igualdade com os homens. Os maiores avanços podem ser visualizados na esfera pública, com a grande participação da mulher no mercado de trabalho e em cargos públicos importantes — sejam eleitos ou não —, como na presidência do STF, no comando de cidades e estados, como prefeitas e governa-

seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo.” PIMENTEL, Silvia. *Comitê CEDAW – Experiências e Desafios*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, 2008, p. 17.

⁸⁴ Note-se, no entanto, que grande parte das reservas feitas a esse tratado refere-se exatamente ao artigo 16, que trata da igualdade da mulher nas relações familiares. Isso denota como no âmbito privado ainda há muito a se lutar pela garantia da igualdade entre homens e mulheres, especialmente no que se refere à vida privada.

⁸⁵ PIMENTEL, Silvia. *Comitê CEDAW – Experiências e Desafios*. Brasília. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres: 2008, p. 17 e 18.

doras e em posições diversas no legislativo⁸⁶.

No entanto, na esfera privada as mulheres seguem sofrendo com preconceitos e violações a direitos decorrentes da estrutura patriarcalista e machista, que resulta em verdadeira assimetria de poder nas relações entre homens e mulheres. Muitas vezes as mulheres sofrem violências dentro de suas casas, e este fato não é plenamente reconhecido como uma violação aos direitos humanos⁸⁷, senão são vistos como “simples briga entre marido e mulher”, na qual é melhor não interferir. Adicionalmente, os direitos sexuais e reprodutivos também não são plenamente exercidos pelas mulheres, seja por repressões exercidas a título moral, social ou religioso.

Como importante marco jurídico, além da Convenção CEDAW, considera-se significativo que se tenha conseguido estabelecer na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, em seu parágrafo 18, que “os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais”.

Posteriormente, a reforçar os marcos jurídicos apontados, é notável que em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo⁸⁸, pela primeira vez, 184 Estados tenham reconhecido que os direitos sexuais e reprodutivos integram os direitos humanos. Indica o seu princípio 4 que:

⁸⁶ Note-se com reforçada atenção que a maior participação das mulheres na vida pública ainda não é plenamente suficiente, pois elas ainda não exercem suas funções laborais em total igualdade com os homens, na medida em que são muitas vezes tratadas com preconceitos, consideradas incapazes para certas funções ou mesmo recebem salários inferiores aos dos homens, não obstante ocupem a mesma função.

⁸⁷ “Human rights have not been women's rights - not in theory or in reality, not legally or socially, not domestically or internationally. Rights that human beings have by virtue of being human have not been rights to which women have had access, nor have violations of women as such been part of the definition of the violation of the human as such on which human rights law has traditionally been predicated. This is not because women's human rights have not been violated. (...) What happens to women also happens to men, like being beaten and disappearing and being tortured to death, the fact that those it happened to are women is not registered in the record of human atrocity. The other way violations of women are obscured is this: When no war has been declared, and life goes on in a state of everyday hostilities, women are beaten by men to whom we are close. Wives disappear from supermarket parking lots. Prostitutes float up in rivers or turn under piles of rags in abandoned buildings. These atrocities are not counted as human rights violations, their victims as the desaparecidos of everyday life. In the record of human rights violations they are overlooked entirely, because the victims are women and what was done to them smells of sex. When a woman is tortured in an Argentine prison cell, even as it is forgotten that she is a woman, it is seen that her human rights are violated because what is done to her also is done to men. Her suffering has the dignity, and her death the honor, of a crime against humanity is not violated. But when a woman is tortured by her husband in her home, humanity is not violated. Here she is a woman – but only a woman. Her violation outrages the conscience of few beyond her friends. MACKINNON, Catharine A. *The Philosophy of Human Rights*. Hayden, Patrick. Paragon House, p. 527.

⁸⁸ “Dupla aposta no combate das mulheres do século XX, a igualdade e a liberdade. Falamos sem cessar da igualdade e, contudo a maior conquista do século XX está no próprio fundamento da liberdade: a revolução contraceptiva, o direito a dispor de seu corpo, que eu qualificaria como um habeas corpus. A Conferência do Cairo, de setembro de 1994, suscitou discursos de católicos e islâmicos nos quais a liberdade da maternidade era descrita como uma ameaça. Liberdade incontrolável. Controle necessário, consequentemente: a mulher é objeto de controle mais que sujeito livre.” (Fraisze, 1995). ÁVILA, Maria Betânia. *Reflexões sobre Direitos Reprodutivos*. CLADEM. Derechos Sexuales. Derechos Reprodutivos. Derechos Humanos. Lima: CLADEM, 2002, p.175.

Promover a eqüidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indissociável dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões de sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.

Assim, pode-se afirmar que este foi o primeiro documento internacional a declarar os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, inclusive com o aval dos países que participaram da elaboração da referida Declaração e Plano de Ação.

Acerca do tema, explicita-nos a jurista Flávia Piovesan que, ao tratar dos direitos sexuais e reprodutivos, este documento reforça o conceito contemporâneo de direitos humanos, ao conjugar direitos tradicionalmente identificados como econômicos, sociais e culturais com os civis e políticos, na busca por uma harmonização entre uma atuação estatal positiva e negativa:

Foi apenas em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, que 184 Estados ineditamente reconheceram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.

Sob a perspectiva de relações eqüitativas entre os gêneros e na ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares.

De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Nesse sentido, consagra-se a liberdade das mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência.

Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos

demandas políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se ou não, quando e segundo a freqüência almejada. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e ao direito à educação sexual. Portanto, clama-se aqui pela interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.⁸⁹

Por fim, a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim, de 1995, endossaram esta idéia de interdependência de direitos e mais uma vez deram destaque a questões relacionadas aos direitos das mulheres e aos seus direitos sexuais e reprodutivos.⁹⁰ Nesse sentido, afirmou que

na maior parte dos países, a violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos.

Constata-se que gradualmente a temática dos direitos sexuais e reprodutivos tem ganhado importantes espaços institucionais. A sua afirmação no âmbito das Nações Unidas incentiva a consideração da temática por diversos países, visto que os movimentos sociais apropriam-se desse discurso e passam a fazer pressões políticas junto a seus Estados para a previsão e implementação desses direitos na legislação interna.

Ainda que com grande reconhecimento internacional da matéria, os movimentos sociais seguem lutando para a formalização e institucionalização específica desses direitos, com previsão expressa de seu alcance e amplitude. Exemplo disso é o fato de que, atualmente, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos há até mesmo

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 54 - 56.

⁹⁰ “Ao reiterar a idéia de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, em especial a relação entre os direitos reprodutivos e o direito à educação, observam Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla que existe uma forte relação entre o acesso de meninas à educação e à alfabetização e sua capacidade de proteger e melhorar sua saúde sexual e reprodutiva.” PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 57 - 58.

uma proposta de criar uma Convenção Interamericana pelos Direitos Sexuais e Reprodutivos⁹¹.

Com isso, observa-se que, nesse processo, os direitos sexuais e reprodutivos vêm paulatinamente ganhando contornos conceituais mais bem definidos. Hoje, a partir da perspectiva dos direitos humanos, infere-se que o respeito e a garantia de seu exercício ocorrem em duas vertentes: uma de não interferência estatal e outra de promoção de serviços pelo Poder Público, conforme já apontado.

Na primeira categoria, observam-se primordialmente os direitos a:

- viver livremente a sexualidade, sem quaisquer formas de violência, coação ou preconceito;
- decidir livremente sobre como viver a sexualidade;
- optar livre e responsávelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos.

Já na segunda, que importa uma atuação estatal positiva, interventionista, temos o dever do Estado de assegurar, entre outros:

- educação sexual;
- informação acessível e de qualidade sobre questões de sexualidade e reprodução;
- oferecimento de métodos contraceptivos;
- serviços de atenção à saúde da mulher, incluindo programas de planejamento familiar, interrupção legal e assistida da gravidez, maternidade e paternidade responsável.

Neste cenário, insere-se a legalização do aborto como questão de gênero e de saúde pública. A Organização das Nações Unidas, seja por meio da Organização Mundial de Saúde, seja pelas manifestações de seus comitês⁹², muito especialmente o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - CEDAW⁹³, recomenda aos Estados que

⁹¹ <http://www.conpcion.org.uy/>. Acesso em 16.10.2008.

⁹² A Organização das Nações Unidas forma um complexo sistema de monitoramento da implementação dos direitos humanos composto por mecanismos convencionais e extraconvencionais. De maneira muito simplificada, pode-se dizer que os comitês são ligados às convenções que os criam, estando com atuação limitada à fiscalização da realização dos direitos previstos nas convenções. Em geral, os comitês recebem e analisam os relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes e elaboram recomendações gerais sobre os temas da convenção, a fim de apontar uma melhor interpretação.

⁹³ Este comitê é responsável pela análise dos relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes. Tais relatórios têm a função de informar ao comitê como a implementação da convenção vem sendo feita no país. Mediante a apresentação do relatório, o comitê profere recomendações ao país para melhor garantir os direitos previstos na convenção. O comitê também profere recomendações gerais acerca da interpretação dos direitos previstos no texto convencional e recebe denúncias individuais de violação a direitos, quando o Estado-partes tiver ratificado o protocolo adicional à CEDAW, como aconteceu com o Brasil.

revejam sua política punitiva em relação ao aborto a fim de evitar a mortalidade materna por complicações advindas do aborto inseguro, além de outras possíveis doenças, infertilidade, etc. De acordo com sua Recomendação Geral nº 19:

À luz das observações anteriores, o Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher recomenda que: (...) m) Os Estados-partes assegurem que sejam tomadas medidas para impedir a coação no tocante à fertilidade e à reprodução, e para que as mulheres não se vejam obrigadas a buscar procedimentos médicos arriscados, como abortos ilegais, por falta de serviços aprimorados em matéria de controle da natalidade;

Em relação ao Brasil, já manifestou-se sobre o tema, chamando atenção para a questão no país e recomendando (em documento encaminhado especificamente ao Governo Brasileiro – Recomendação ao Brasil de 2003⁹⁴) que o Brasil revisse sua legislação punitiva em relação ao aborto.⁹⁵ Não obstante tais recomendações não tenham força jurídica vinculante, formam importante arcabouço político para pressão,

94 A existência de legislação punitiva coloca as mulheres em risco de morte materna por aborto inseguro no Brasil. O Comitê CEDAW, ao examinar o Relatório Nacional apresentado pelo Brasil em sua 29ª sessão (30 de junho a 18 de julho de 2003), recomendou ao Estado Brasileiro, em suas Observações Finais (parágrafo 52), que: “profundas medidas sejam tomadas para garantir o efetivo acesso das mulheres a serviços e informações com o cuidado da saúde, particularmente em relação à saúde sexual e reprodutiva, incluindo mulheres jovens, mulheres de grupos em desvantagem e mulheres rurais. Tais medidas são essenciais para reduzir a mortalidade materna e para prevenir o recurso ao aborto e proteger as mulheres de seus efeitos negativos à saúde (...).”. . De acordo com: *O Brasil e o Cumprimento da CEDAW. Contra-informe da sociedade civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW - Período 2001 - 2005*, Brasil, julho de 2007, apresentado na 39ª sessão do Comitê CEDAW (23 de julho a 10 de agosto de 2007): http://www.agende.org.br/home/Cedaw_ContraInforme_13julho_se.pdf. Acesso em 06.11.2008.

95 “29. While noting the steps taken by the State party to enhance women’s health, including sexual and reproductive health, such as the National Policy for Sexual and Reproductive Rights (May 2006), the National Pact for the Reduction of Maternal Mortality and the Integrated Plan for Fighting the Feminization of HIV/AIDS and other Sexually Transmitted Diseases, the Committee is concerned that the rate of maternal mortality remains high, indicating precarious socio-economic conditions, low levels of information and education, family dynamics associated with domestic violence and particularly difficult access to quality health services. It is also concerned about the magnitude of teenage pregnancy. The Committee is further concerned at the high number of unsafe abortions, the punitive provisions imposed on women who undergo abortions and the difficulties in accessing care for the management of complications arising as a result”. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/460/25/PDF/N0746025.pdf?OpenElement>. Acesso em 28.09.2008.

30. The Committee encourages the State party to continue its efforts to enhance women’s access to health care, in particular to sexual and reproductive health services, in accordance with article 12 of the Convention and the Committee’s general recommendation 24 on women and health. It requests the State party to strengthen measures aimed at the prevention of unwanted pregnancies, including by increasing knowledge and awareness about, as well as access to, a range of contraceptives and family planning services. The Committee further requests the State party to monitor closely the implementation of the National Pact for the Reduction of Maternal Mortality at state and municipal levels, including by establishing maternal mortality committees where they still do not exist. The Committee recommends that the State party give priority attention to the situation of adolescents, and that it provide appropriate life skills education with special attention to the prevention of pregnancies and HIV/AIDS and other sexually transmitted diseases. The Committee further recommends to the State party to expedite the review of its legislation criminalizing abortion with a view to removing punitive provisions imposed on women who undergo abortion, in line with general recommendation 24 and the Beijing Declaration and Platform for Action. The Committee also urges the State party to provide women with access to quality services for the management of complications arising from unsafe abortions.” Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/460/25/PDF/N0746025.pdf?OpenElement>. Acesso em 28.09.2008.

por parte da sociedade, perante o governo brasileiro, a fim de que se exija o seu cumprimento.

É também digno de nota que os demais comitês das Nações Unidas já recomendaram ao país a revisão da legislação punitiva relativa ao aborto. Manifestaram-se sobre o assunto o Comitê ligado ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC⁹⁶) e o Comitê de Direitos Humanos⁹⁷.

Especificamente, é válido informar que o referido Comitê de Direitos Humanos da ONU, em sua Recomendação Geral n° 24, assim dispõe:

Os Estados-parte devem, igualmente, em particular:

(...) c) Priorizar a prevenção à gravidez não desejada mediante o planejamento familiar e a educação social e reduzir as taxas de mortalidade derivadas da maternidade, por meio de serviços de maternidade sem risco e assistência pré-natal. Na medida do possível, deverá ser alterada a legislação sobre criminalização do aborto, de forma a abolir as medidas punitivas impostas a mulheres que tenham sido submetidas a abortos.⁹⁸

A insistência de tantos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos para que se reveja a legislação penal acerca da matéria tem fundamento em uma realidade fática: o aborto ilegal e inseguro gera grande risco à vida e à saúde⁹⁹ da mulher.

⁹⁶ “O Comitê PIDESC explicitamente recomenda que a lei seja revista para ‘proteger as mulheres dos efeitos do aborto clandestino e inseguro e para garantir que as mulheres não se vejam constrangidas a recorrer a tais procedimentos nocivos’. Note-se que este Comitê recomenda aos Estados-parte a promoção de leis que permitam o aborto sem restrição, com a garantia de acesso a serviços de alta qualidade para aborto para todas as mulheres, independentemente de idade, origem, estado civil ou nível de educação. O Comitê reconhece que a criminalização do aborto ou sua legislação restrita tem um impacto perverso na saúde das mulheres e recomenda programas de planejamento familiar como uma forma de diminuir a ocorrência do aborto.” PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 63.

⁹⁷ “No mesmo sentido, em 2005, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu que ‘os direitos reprodutivos estão firmemente baseados nos princípios dos direitos humanos’ e que ‘negar acesso ao aborto legal é uma violação dos direitos mais básicos da mulher’.” PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 63.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 239.

⁹⁹ “Recomendação Geral n. 14, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, com relação ao direito à saúde, estabelece que: (...) O conteúdo normativo do artigo 12 [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]

(...) 8. O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre da tortura, tratamentos médicos não consensuais e experimentações. Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem o mais elevado nível de saúde.” De acordo com: PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). *Código International dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

Reforce-se, portanto, que a polêmica envolvendo o aborto não se restringe apenas ao plano valorativo, mas estende-se também como uma questão de saúde pública. Em todo o mundo, a proibição do aborto contribui para o crescimento de sua prática clandestina. O aborto inseguro, realizado muitas vezes na ausência de condições técnicas e de higiene adequadas, pode ocasionar infertilidade, morte da gestante e outras graves consequências físicas e psicológicas¹⁰⁰.

Segundo os defensores dos direitos das mulheres, a idéia de que “ser pró-vida” (de acordo com os discursos mais conservadores sobre o tema) é garantir a vida do feto apresentaria, em verdade, uma defesa parcial do direito à vida.¹⁰¹ A única vida que é levada em consideração neste discurso é a vida do feto, sendo que a perspectiva da mulher, a dignidade de sua vida e sua autonomia não são levadas em conta.

Nos dizeres de Daniel Sarmento:

(...) é importante repisar que o fato da gestação desenvolver-se no interior do corpo feminino tem particular relevância. Se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade. Como ressaltou Dworkin, “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a

p. 169.

100 “(...) As mulheres de renda mais alta não estão sujeitas a maiores riscos de saúde quando optam pela interrupção ilegal da gravidez, mas isso não assegura a decisão compartilhada ou a solidariedade dos parceiros, e tampouco as isenta da culpabilização social. No caso das mulheres pobres, também falta solidariedade dos parceiros e, sobretudo, há sérios riscos de saúde; mais importante, porém, é que a elas pode de fato ser imputado crime, o que raramente ocorre com as mulheres de renda mais alta. Dito de outro modo, um sistema universal e gratuito de saúde é crucial para a redução da desigualdade social e racial em saúde, mas não resolve, automaticamente, uma parcela ponderável dos fatores que restringem os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, pois tais fatores se situam, de fato, no âmbito das relações pessoais, sociais e institucionais. Além disso, o sistema de saúde pode ser ele mesmo um óbice à autodeterminação, pois a lógica biomédica (a ordem médica, na terminologia de Foucault) tem sido um suporte discursivo e prático de disciplinamento e restrição da autonomia sexual e reprodutiva. Por essa razão, a agenda dos direitos性uais e reprodutivos implica mais que simples acesso aos serviços e qualidade técnica da atenção em saúde; requer, adicionalmente, um estímulo permanente à auto-reflexão dos profissionais de saúde em relação aos aspectos coercitivos do modelo biomédico que utilizam. Também supõe o empoderamento das pessoas (especialmente mulheres e, mais ainda, adolescentes) usuárias dos serviços, para que possam “reagir” à tendência de controle inerente à medicalização da reprodução e da sexualidade. Esta não é exatamente uma tarefa trivial de política pública”. CORRÊIA, Sonia & ÁVILA, Maria Betânia. Direitos Sexuais e Reprodutivos – pauta global e percursos brasileiros. In: *Sexo & Vida – Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). Campinas, SP, Editora UNICAMP, 2003, p. 32.

101 “O conflito (no caso do aborto) não é exclusivamente entre os interesses do feto e os interesses da mulher, estritamente concebidos, nem resume-se à ampla questão Estados versus particular, em referência ao controle sobre o corpo da mulher por nove meses. Também na balança está o poder de autonomia da mulher sobre o curso da sua vida (...), a sua capacidade de posicionar-se em face do homem, da sociedade e do Estado como cidadã independente, auto-suficiente e igual.” De acordo com: SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 49.

carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade”.

De acordo com tal concepção, o poder individual da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente os rumos da própria vida, permitem que, à semelhança do que disse a Suprema Corte norte-americana em *Roe versus Wade*, afirme-se, também no Brasil, que “o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”¹⁰².

Afirma-se que ao permitir-se que mulheres façam abortos inseguros, está-se, em verdade, negando o acesso dessa mulher aos serviços de saúde, empurrando-a para os índices de mortalidade materna, em razão de abortamentos inseguros. A vida dessas mulheres não teria, ao menos, igual valor ante a vida do feto? De acordo com os discursos feministas, a defesa incondicional à vida do feto coloca-o como portador de interesses e de dignidade superiores à da mulher. Ao proibir-se o aborto, estaria privilegiando-se os direitos de um ser ainda incompleto em detrimento dos direitos de uma pessoa já nascida e com vida autônoma. Na prática, essa proibição reverte-se em altos índices de abortos clandestinos, em que a vida e a saúde da mulher são colocadas em perigo.

Neste sentido, a criminalização do aborto não estaria protegendo a vida nem da mulher nem do feto e ainda promoveria graves violações aos direitos humanos, como a não garantia dos direitos de liberdade reprodutiva das mulheres (impõe que elas sigam em gestações indesejadas), a colocação de sua vida e saúde em risco (especialmente em razão das práticas inseguras de aborto clandestino), a perpetuação da uma desigualdade social (apenas as mulheres de baixa renda sofrem com a proibição do aborto, pois não têm condições de pagar por serviços médicos seguros, ainda que ilegais¹⁰³), ofende a igualdade¹⁰⁴

¹⁰² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 44.

¹⁰³ Note-se que entre essas mulheres a prática clandestina do abortamento pode constituir-se em grave violação aos direitos humanos, na medida em que as condições insalubres de realização do procedimento colocam em risco suas vidas e quando não resultam na sua morte, levam a complicações na seara da fertilidade. Esta consequência (ter a capacidade de reprodução prejudicada) pode significar, na prática, um verdadeiro processo de esterilização destas mulheres, pois ficam permanentemente impedidas de engravidar em razão do abortamento inseguro, tendo negado o seu direito à autonomia reprodutiva.

¹⁰⁴ “A idéia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é

entre os gêneros (impõe uma limitação indevida à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres¹⁰⁵, não interferindo nestas esferas da vida dos homens) e não respeita o princípio constitucional do Estado laico (quer impor a todos os cidadãos o ponto de vista defendido por apenas alguns grupos ou parcelas da sociedade que propugnam pela garantia do direito absoluto à vida do feto).

Nas palavras de Flávia Piovesan:

O aborto figura como a 4^a causa de morte materna no Brasil, sendo sua vítima preferencial a mulher de baixa renda. A legislação repressiva-punitiva tem impacto, sobretudo, na vida de mulheres de baixa renda que, destituídas de outros meios e recursos, ora são obrigadas a prosseguir na gravidez indesejada, ora sujeitam-se à prática de aborto em condições de absoluta insegurança. As mulheres que têm recursos financeiros são atendidas de modo seguro, com qualidade e sem risco para sua saúde e vida, enquanto mulheres economicamente desfavorecidas continuam a submeter-se ao aborto clandestino e inseguro. Como ressalta Jandira Feghali:

A ilegalidade aprofunda o abismo entre mulheres pobres e ricas. Divide o direito à vida por classe. Existem aquelas mulheres que podem realizar o procedimento em clínicas adequadas e aquelas que põem em risco a própria vida e a possibilidade de futuras gestações desejadas em clínicas sem a menor condição ou em auto-abortos. São essas últimas que batem às portas do Sistema Único de Saúde com as seqüelas de abortamentos realizados de forma insegura. Somente em 2004, cerca de 240.000 internações foram motivadas por curetagens pós-aborto, correspondentes aos casos de complicações decorrentes de abortamentos inseguros.

O paradoxo é que aqueles que, com grande veemência, defendem a

fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, as mulheres, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte.” SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris 2007, p. 45 e 46.

105 Autonomia sobre o corpo não é um princípio somente em favor de mulheres feministas, é a defesa da garantia de que a mulher poderá decidir se quer adotar para si uma vida sexual ativa ou não, se quer ter filhos ou não, se quer ter relações sexuais casada ou solteira, em que época da vida, com quem será esta relação, entre tantas outras condições que dependem de diversos valores individuais, personalidade, convicções, que são fruto da sociabilidade na qual a mulher está inserida, de sua educação, que, entre seus diversos elementos, pode conter valores religiosos dos mais diversos tipos ou também não contê-los.

inviolabilidade do direito à vida acabam por contribuir para a morte seletiva de mulheres. Note-se, ainda, que os países com as menores taxas de aborto são os da Europa Ocidental, onde o aborto é legal e de fácil acesso, enquanto que os países da América Latina apresentam taxas cinco vezes mais elevadas.¹⁰⁶

Assim, temos que a temática do exercício de direitos humanos das mulheres na esfera privada¹⁰⁷, em especial os sexuais e reprodutivos, passou, paulatinamente da obscuridade ao reconhecimento formal em documentos internacionais, passíveis de serem exigidos internamente pelos países que ratificarem tais normas. Neste contexto, importante é perceber que o mero reconhecimento e declaração de direitos em instrumentos normativos não é suficiente para assegurar o seu pleno exercício – embora, sem dúvida, seja um fundamental avanço.

Ante isto, é importante ter em vista que embora o Brasil seja integrante dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e, portanto, signatário de seus tratados e convenções, ainda não procedeu à completa internalização dos direitos internacionalmente previstos, haja vista ainda proibir a prática do aborto, contrariando expressamente a normativa internacional e as recomendações de vários comitês das Nações Unidas.

¹⁰⁶ FEGHALI, Jandira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 67. [grifos inseridos]

¹⁰⁷ O reconhecimento dos direitos humanos das mulheres inclui o direito a uma vida livre de violências e a fruição de diversos direitos fundamentais, tais quais os definidos nos artigos 3º e 4º da Convenção Belém do Pará, conforme a seguir reproduzido:

“Artigo 3º Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 4º Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre os direitos humanos. Estes direitos compreendem, entre outros:

- a) o direito a que se respeite a sua vida;
- b) o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral;
- c) o direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d) o direito a não ser submetida a torturas;
- e) o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família;
- f) o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei;
- g) o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos;
- h) o direito à liberdade de associação;
- i) o direito à liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei;
- j) o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar dos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões.”

3.3.2.c. Direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro

O processo de redemocratização do país significou também uma busca por um Estado que respeitasse os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Neste sentido, a Carta Magna de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, inovou bastante. Além de instituir o “Estado Democrático de Direito”, definiu a dignidade humana como um dos princípios fundadores da República Federativa do Brasil (artigo 1º) e previu todos os direitos e garantias fundamentais logo no início do texto constitucional (artigo 5º – o que demonstra a importância, até mesmo topográfica, destes direitos para o Constituinte) como cláusula pétreia (artigo 60, § 4º, IV). Isso demonstra a grande preocupação do legislador constituinte em preservar os direitos e garantias fundamentais.

Os movimentos de mulheres muito se articularam no período pré-1988, buscando obter conquistas no âmbito constitucional. Este processo culminou na elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”¹⁰⁸. Esta carta continha as principais reivindicações do movimento de mulheres, sendo que grande parte destas foram incorporadas ao texto constitucional. Foram importantes ganhos políticos e sociais, tais como: o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, entre outros.

Em breve análise, pode-se identificar que o texto constitucional de 1988 assegurou:

- a igualdade entre homens e mulheres em geral (artigo 5º, I) e especificamente no âmbito da família (artigo 226, § 5º);
- o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º);
- a proibição da discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo ou estado civil (artigo 7º, XXX);
- a proteção especial da mulher no mercado de trabalho mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX);
- o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (artigo 226, § 7º);

¹⁰⁸ Para maiores informações: http://www.mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap2.pdf. Acesso em 16.10.2008.

- o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, § 8º) e
- o direito à saúde (artigos 6º e 196).

De acordo com Flávia Piovesan, a Carta Constitucional Brasileira abraçou as garantias de direitos sexuais e reprodutivos, conforme se observa:

(...) o art. 1º consagra, dentre os fundamentos da República Federativa Brasileira, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Já o art. 3º enuncia como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais princípios relacionam-se com os direitos reprodutivos, posto que esses constituem verdadeiro exercício de cidadania e de dignidade da pessoa humana, opondo-se a quaisquer formas de preconceitos ou discriminações.¹⁰⁹

Vale ressaltar que a partir de 1988 o Brasil iniciou um processo de crescente busca pela garantia dos direitos humanos, resultando na incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro dos mais importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos — que integram o ordenamento ao menos com status de lei infraconstitucional.¹¹⁰

Assim, considerando-se o analisado até o momento, pode-se inferir que, mediante a conjugação entre as disposições constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, são devidos às mulheres o pleno reconhecimento e a garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos. Em consequência, coloca-se a patente necessidade de revisão da legislação penal punitiva ao aborto, norma que diverge de todo o arcabouço constitucional e de direitos humanos vigente no ordenamento brasileiro, ofensiva ao princípio da igualdade, norteador de todo o sistema jurídico.

Na perspectiva da defesa dos direitos das mulheres, a legalização do aborto coloca-se como ponto fulcral na garantia da igualdade. De acordo com o jurista Daniel Sarmento:

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia & PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 249.

¹¹⁰ Para maiores considerações sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, verificar nota nº 49, inserida no capítulo “Aspectos jurídicos do direito à vida”.

Desde as Revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII o direito à igualdade incorporou-se à retórica jurídica. Não obstante, até não muito tempo atrás, a mulher não era incluída entre o universo dos “iguais”. (...)

A Constituição de 88, neste particular, foi taxativa: “homens e mulheres são iguais, nos termos desta Constituição” (art.5º, inciso I). Porém, há ainda muito a se avançar para que se cumpra o mandamento constitucional. E uma das tarefas que se coloca é a revisão do chamado “entulho machista”: normas elaboradas no passado, por um legislativo composto quase exclusivamente por homens, que refletiriam estereótipos impregnados de preconceitos e que implicam no congelamento ou até no aprofundamento da desigualdade entre os gêneros. (...)

Um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que em relação aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez ; só ela, quando obedece a contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino.¹¹¹

Ante o exposto, demonstra-se que a afirmação e o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres vêm passando por verdadeiro processo histórico de construção. Se antes a mulher nem mesmo era considerada ser humano, hoje percebe-se que possui a titularidade de todos os direitos fundamentais. Além disso, defende-se a existência de normas especiais de proteção às mulheres, para que, por meio de compensações das assimetrias de poder historicamente construídas, possam exercer os seus direitos humanos.

Como forma de viabilizar o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, a sociedade tem-se mobilizado para alterar a legislação brasileira referente à criminalização do aborto. Seguem abaixo, a tí-

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 48.

tulo de exemplo, algumas das propostas de lei favoráveis à legalização do aborto, ainda em tramitação no Brasil:

PL 176/1995 (*José Genoíno - PT/SP*) propõe a legalização do aborto.

PL 1135/1991 (*Eduardo Jorge - PT/SP*) propõe a descriminalização o aborto.

PL 4304/2004 (*Eduardo Valverde - PT/RO*) propõe a despenalização da interrupção voluntária da gravidez.

PL 4834/2005 (*Luciana Genro - Psol-RS*) e **PLS 227/2004** (*Mozarildo Cavalcanti - PTB/RR*) propõem a legalização do aborto em caso de feto anencéfalo.

PL 1174/1991 (*Eduardo Jorge - PT/SP*), **PL 660/2007** (*Cida Diogo (PT/RJ)* e **PL 1956/1996** (*Marta Suplicy - PT/SP*) propõem a despenalização do aborto em caso de feto anencéfalo ou em outras situações nas quais não haja perspectiva de sobrevivência do feto após o parto.

PL 3280/1992 (*Luiz Moreira - PTB/BA*) propõe a autorização do aborto até a 24º semana de gravidez quando o feto for portador de graves anomalias físicas ou mentais.

PL 3744/2004 (Coronel Alves - PL/AP) prevê a legalização do aborto quando a gravidez for fruto de qualquer tipo de violência contra a mulher, e não somente do estupro.

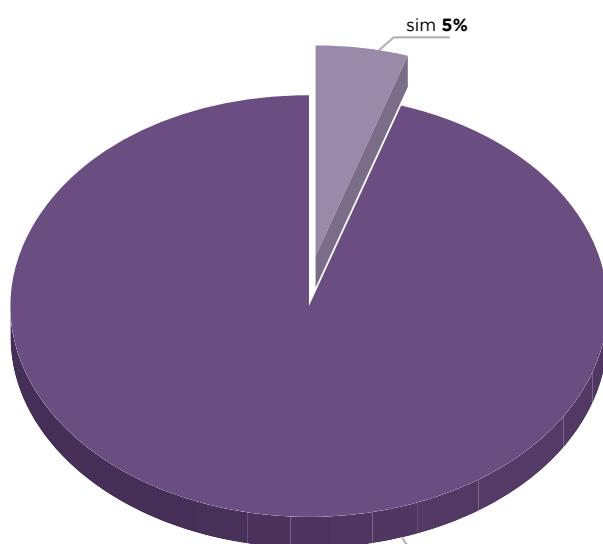
PL 2929/1997 (Wigberto Tartuce - PPB/DF) propõe a permissão da interrupção da gravidez para mulheres estupradas por parentes.

PL 20/1991 (Eduardo Jorge - PT/SP) obriga o SUS a realizar os abortos permitidos em lei – hoje, nos casos de estupro e risco de morte para a mãe.

3.3.3. Análise de dados encontrados com argumentação em defesa dos direitos das mulheres

Foram encontrados nos tribunais estaduais e superiores 39 casos identificados com argumentação em defesa dos direitos das mulheres, correspondendo a 5% do total dos casos coletados.

Gráfico. 33
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres



Verifica-se a mesma proporção, 5%, de argumentação em defesa dos direitos das mulheres quando considerados somente os casos dos tribunais estaduais.

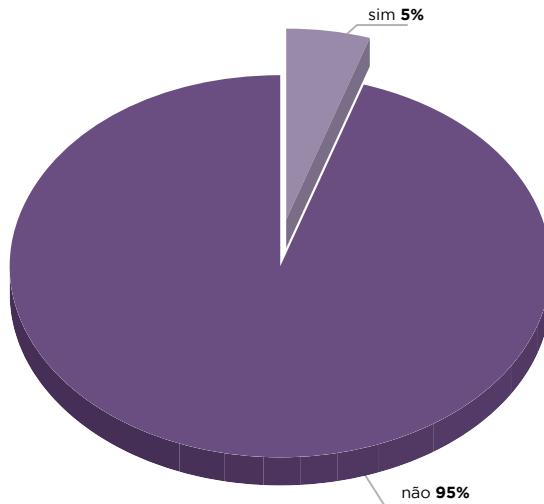


Gráfico. 34
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres

Já nos tribunais superiores a proporção aumenta: 8 % de seus casos foram identificados com argumentações em defesa dos direitos das mulheres.

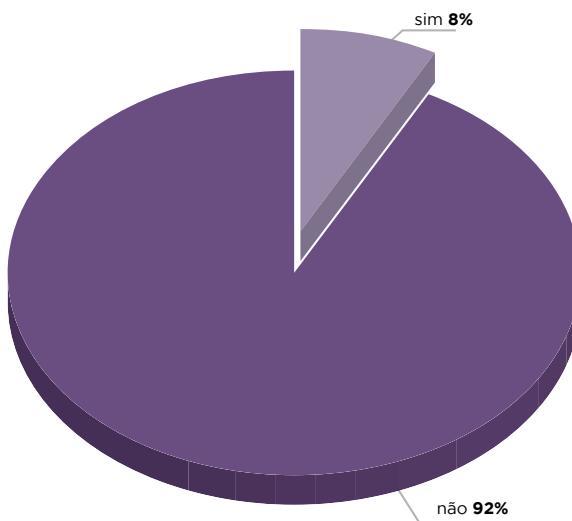


Gráfico. 35
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres

O percentual total de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres nos tribunais estaduais e superiores, correspondente a 5%, foi distribuído por palavra-chave. Percebe-se que, assim como a interferência religiosa, a argumentação em defesa dos direitos das mulheres ocorreu principalmente em casos de anencefalia (50%) e outros tipos de má-formação (28%), somando, apenas estes dois, 78% do total. Significativa parte destes são pedidos de interrupção da gestação, cuja

fundamentação baseia-se na defesa de direitos da mulher que está grávida – tanto direitos relacionados à autonomia de escolha quanto os que envolviam sua saúde física ou psíquica.

Nos casos classificados como referência, correspondentes a 13%, direitos das mulheres estavam sendo reivindicados, mas não se tratavam de pedidos de autorização para interrupção terapêutica da gestação. Os outros casos referiam-se aos temas “serviço médico”, “indenização” e “violência”, cada um ocupando um percentual de 3%.

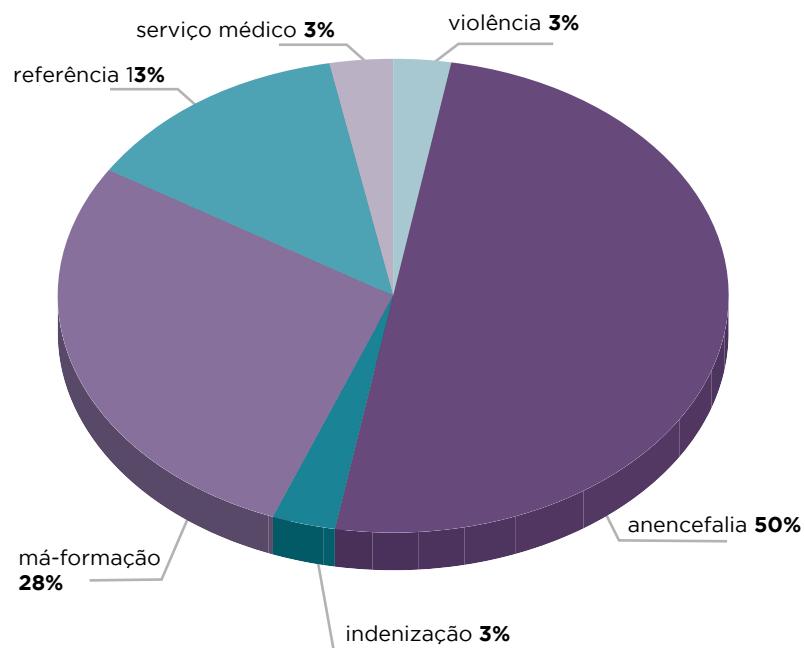


Gráfico. 36
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres distribuídos por palavra-chave

Do total de 39 casos encontrados com identificação de argumentação em defesa dos direitos das mulheres, 36 provieram dos tribunais estaduais. Nota-se que – como no gráfico geral anterior – no gráfico 37 de casos nos tribunais estaduais há maior concentração de casos de anencefalia (52%) e má-formação fetal (28%), que ocupam, juntos, 80% do total. Constatam-se ainda casos de “serviço médico”, com 3%; “referência”, com 14%; e “indenização”, com 3%.

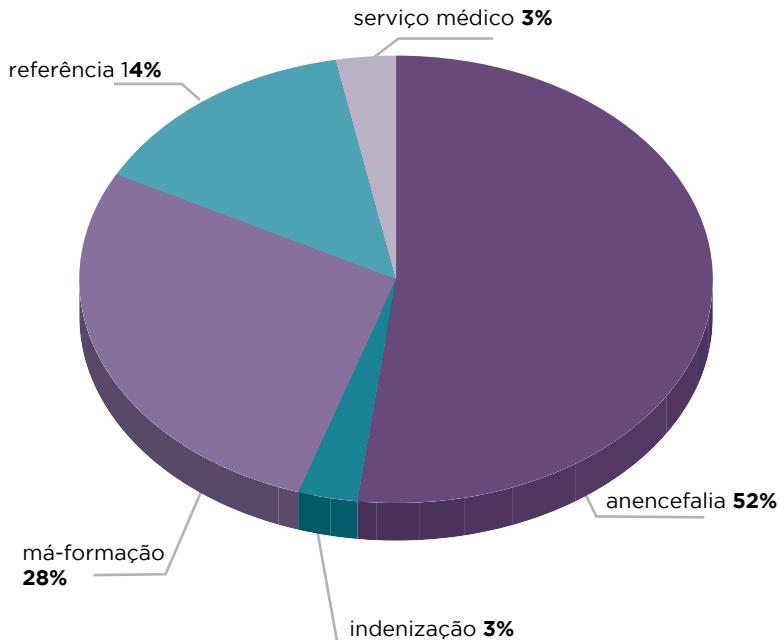


Gráfico. 37
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres distribuídos por palavra-chave

Se considerarmos apenas os casos encontrados nos tribunais superiores com argumentações pró-mulheres, que somam três, cada um configura uma palavra-chave – “má-formação”, “violência” e “anencefalia” –, o que faz com que a proporção entre os temas distribua-se equitativamente, cada um correspondendo a aproximadamente 33% do total.

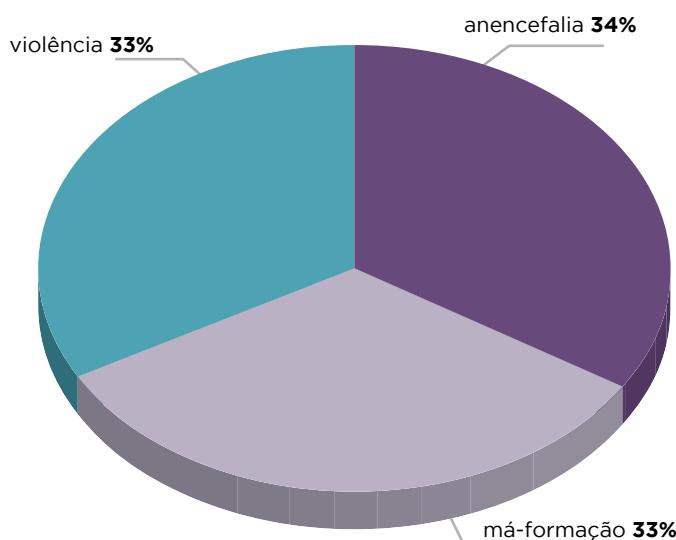
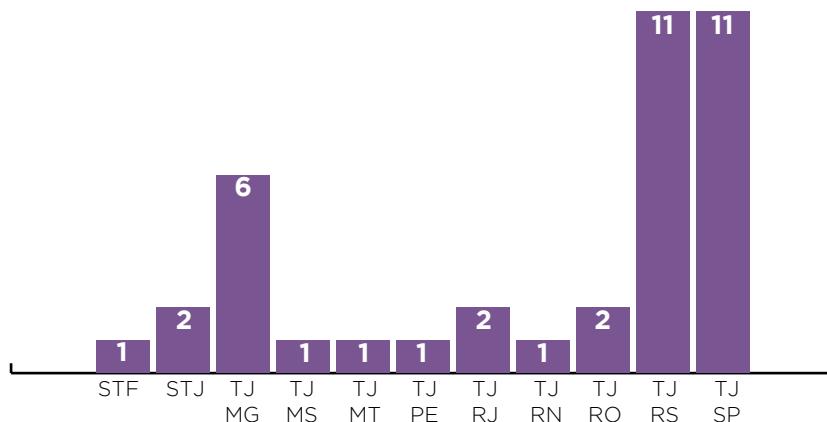


Gráfico. 38
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres distribuídos por palavra-chave

Em contrapartida aos dados encontrados que abordam a interferência direta da religião, a identificação de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres nos tribunais mostra-se menos

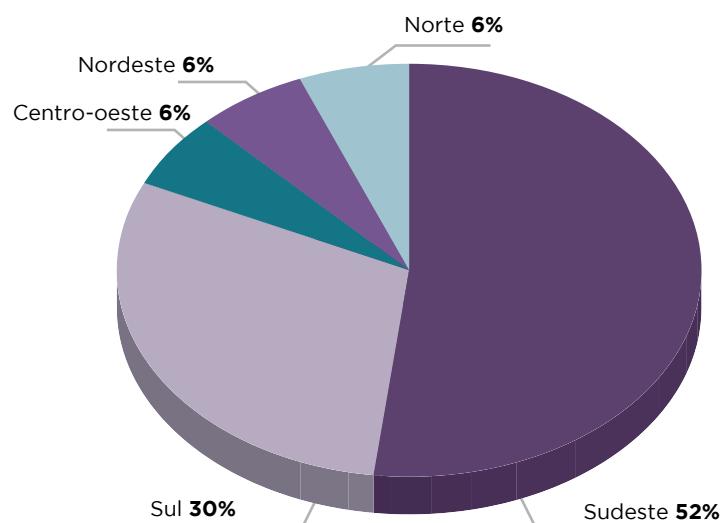
concentrada, tendo representatividade nos tribunais dos estados de Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Rio Grande do Sul e São Paulo, além dos tribunais superiores. Portanto, o desenvolvimento de argumentações que favorecem a garantia dos direitos das mulheres parece apresentar maior penetração do que os argumentos ou referências a doutrinas religiosas.

Gráfico. 39
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres distribuídos por tribunal



Conforme se observa a seguir, diversamente do que ocorre com os acórdãos que apresentam argumentações religiosas, há presença de argumentos pró direitos das mulheres (ainda que pouca) em todas as regiões do país. É possível observar que os casos com tais argumentações concentram-se, fundamentalmente, nas regiões Sudeste e Sul, que representam 52% e 30%, respectivamente.

Gráfico. 40
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres distribuídos por região



Já em uma distribuição temporal de dados, de acordo com o ano de julgamento dos casos, percebe-se a mesma tendência identificada na análise de casos com conteúdo argumentativo religioso: a maioria dos casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres foi julgada nos anos de 2003 e 2005, anos anterior e posterior ao da propositura da ADPF e da concessão de liminar para que mulheres não precisassem pedir autorização judicial para realizar interrupções de gestação em casos de fetos acometidos de más-formações que os tornassem inviáveis para a vida. Há apenas dois casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres em 2004, que figura como o ano com menos aparições, seguido de 2002, com três casos, 2001 com cinco, e 2006, com oito.

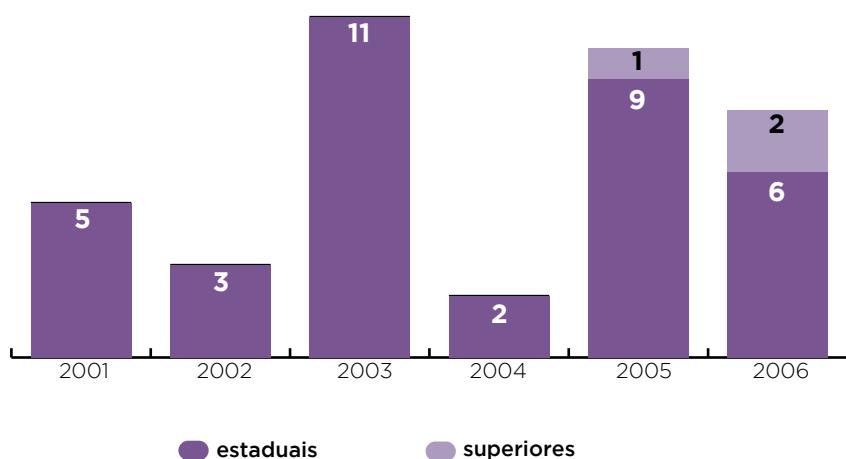
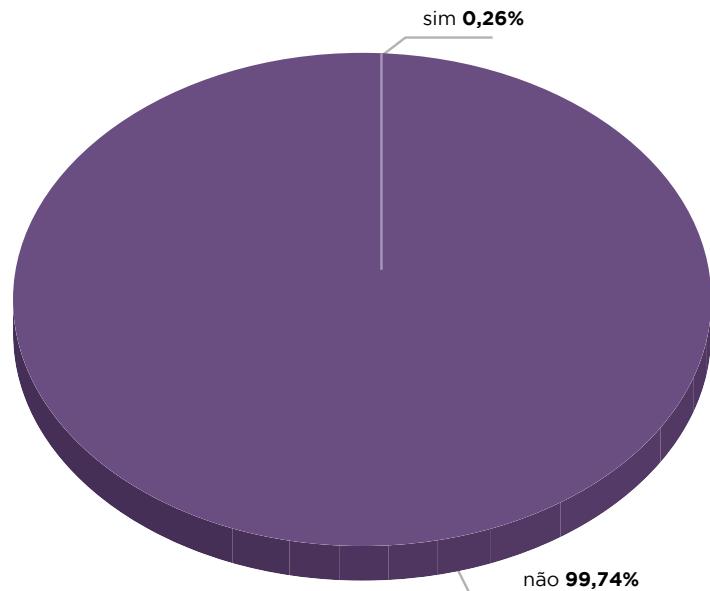


Gráfico. 41
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com argumen-
tação em defesa
dos direitos
das mulheres
distribuídos
por ano de
julgamento

3.3.4. Análise de dados pesquisados identificados com par- ticipação de grupos feministas

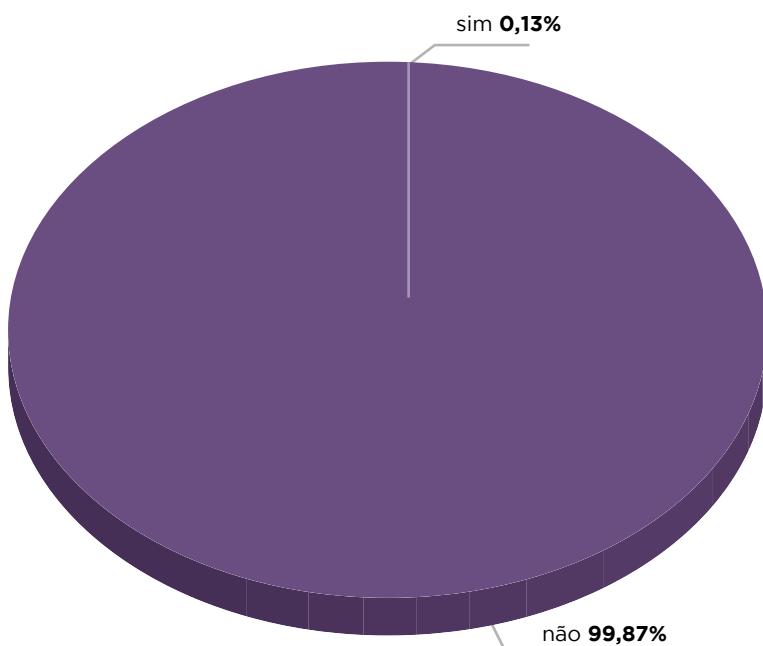
Identificou-se um total de dois processos com participação de grupos feministas, cujo percentual não chega a 1% do total dos casos coletados.

Gráfico. 42
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
Percentual de
casos com
participação
de grupos
feministas

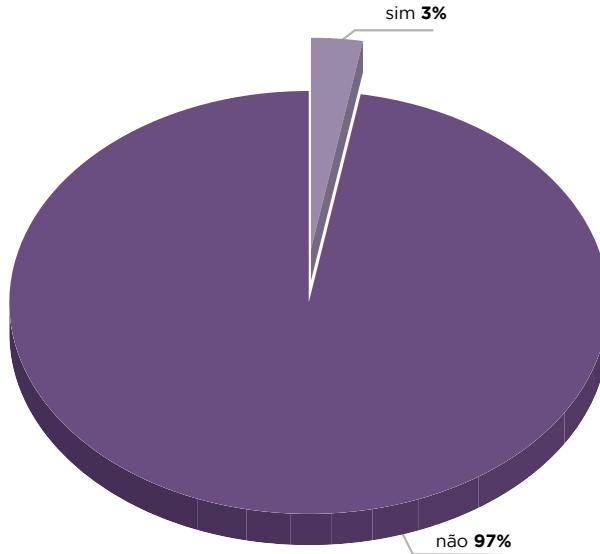


Analisando-se o percentual de casos identificados com participação de grupos feministas nos tribunais estaduais, verifica-se que este compõe um percentual bastante reduzido – apenas 0,13% –, ainda menor que a atuação de grupos religiosos – 0,4% do total de casos.

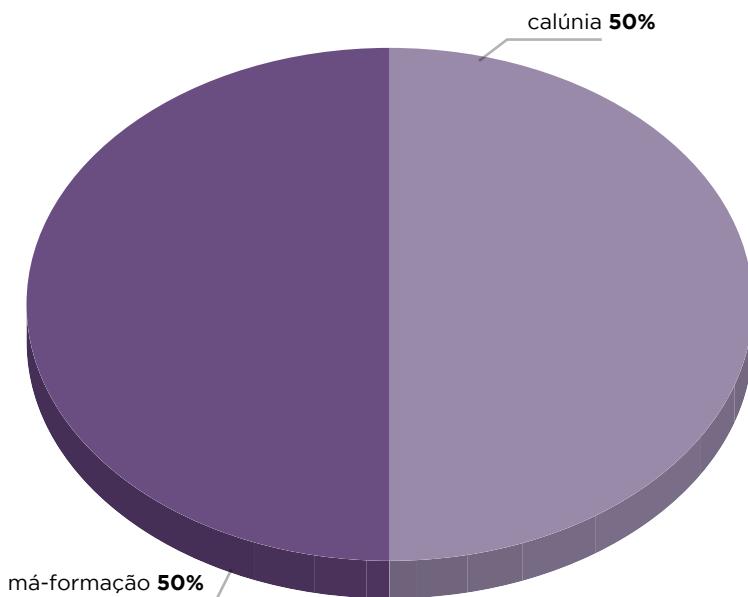
Gráfico. 43
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS**
Percentual de
casos com
participação
de grupos
feministas



Nos tribunais superiores, há também apenas um caso com interfe-
rência de grupos feministas, que representa o percentual de 3%.



Os casos encontrados referiam-se aos temas “má-formação” – caso no STF – e calúnia – caso no TJ DF, conforme indicado abaixo.

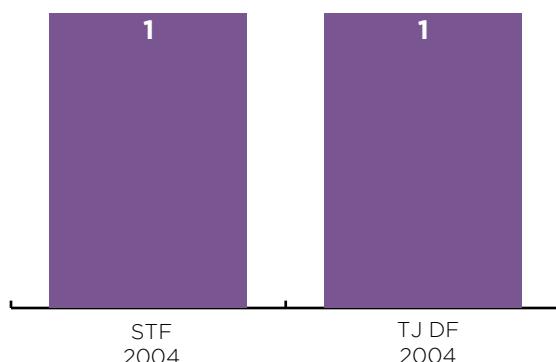


O caso julgado no STF no ano de 2004, com o tema “má-formação”, também teve influência de grupos religiosos, o que demonstra a existência do conflito destas duas propostas dentro do judiciário. O caso de calúnia também configurava uma divergência com um grupo religioso acusado de calúnia relacionada à defesa do aborto por uma

Gráfico. 44
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos feministas

Gráfico. 45
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos com participação de grupos feministas distribuídos por palavra-chave

Gráfico. 43
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos com participação de grupos feministas distribuídos por tribunal e ano de julgamento



3.3.5. Conclusões preliminares

Pelo exposto até o momento, depreende-se que, em uma perspectiva feminista, a legalização do aborto e o seu oferecimento na rede pública de saúde é fundamental para que se cumpram os mandamentos constitucionais e determinações internacionais, de maneira a garantir-se a todas as mulheres os direitos à vida, à saúde, à igualdade e à liberdade. Estas são amplas garantias que, de acordo com os parâmetros atuais de direitos humanos, constituem expressões dos direitos sexuais e reprodutivos, vale dizer, de liberdade e autonomia sexuais e de saúde e liberdade reprodutiva.

A questão da igualdade reflete dupla reivindicação das mulheres: uma igualdade entre si (entre mulheres), evitando-se que o aborto ilegal e inseguro prejudique apenas as já mais vulneráveis – como as menos favorecidas financeiramente –, e igualdade entre os gêneros. Neste segundo aspecto, busca-se uma equiparação entre as liberdades sexuais e reprodutivas exercidas por homens e mulheres, sendo a questão do aborto a verdadeira “pedra de toque” desta igualdade de fato, e não mera enunciação legal.

Para as feministas, com base nos tratados e suas interpretações mais autorizadas (pelos próprios Comitês da ONU), trata-se não de simples descriminalização do aborto, mas de verdadeira legalização. Quer-se que o aborto, enquanto escolha da mulher, seja um direito passível de ser exercido por todas as mulheres. Para tanto, seria fundamental o

seu oferecimento em toda a rede pública de saúde, de maneira que seja um serviço acessível a todas as mulheres que desejem realizar tal procedimento. Isto significa que além de disponibilizar tal serviço de saúde, os estados deveriam também garantir que os médicos da rede pública de saúde não criem obstáculos ou entraves burocráticos que impeçam a mulher de realizar o aborto.

Assim, a legalização do aborto constituir-se-ia como a garantia de justiça e eqüidade entre homens e mulheres, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos e a possibilidade concreta de exercê-los.

As manifestações argumentativas em defesa dos direitos das mulheres contidas nos acórdãos analisados – nos âmbitos da saúde e da autonomia reprodutiva – demonstram que estas demandas têm sido reconhecidas e defendidas no judiciário. Os casos com argumentação em defesa dos direitos das mulheres configuraram percentual equivalente aos de defesa do direito à vida como absoluto e argumentação religiosa direta juntos (5%). Por outro lado, nos casos analisados, os grupos feministas pouco foram notados como participantes, figurando como parte nos processos, pela defesa dos direitos das mulheres via judiciário.

**4. ANÁLISE TEMÁTICA
DOS DADOS: ESTUDOS A
PARTIR DE PALAVRAS-
CHAVE SELECIONADAS
— ANENCEFALIA E MÁ-
FORMAÇÃO, VIOLENCIA,
ABORTOS CLANDESTINOS,
INCONSTITUCIONALIDADE E
SERVIÇO MÉDICO**

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLENCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

Nos próximos capítulos serão apresentadas as temáticas que mais destacaram durante a análise dos acórdãos. Foram selecionados para estudo aqueles casos que apresentavam discussões relevantes acerca de direitos sexuais e reprodutivos, bem como interferência religiosa (referência direta a doutrinas religiosas ou participação de representantes de grupos religiosos) e defesa do direito à vida como absoluto.

Notou-se que os casos que traziam maior polêmica ao judiciário referiam-se à anencefalia e outras más-formações fetais graves ou à distribuição nos sistemas públicos de saúde de contraceptivos de emergência. Conforme constatado por esta pesquisa, estes foram os dois temários em que a discussão de direitos sexuais e reprodutivos e religião surgiram com maior intensidade.

Os casos de anencefalia e má-formação fetal apresentam-se de forma mais detalhada e aprofundada, pois foi nestes casos que se deu maior participação de grupos religiosos e constatou-se mais referências explícitas a doutrinas religiosas. Já a discussão acerca de contraceptivos de emergência surge em poucos casos, quase todos de ações diretas de inconstitucionalidade, mas tal tema mereceu capítulo próprio, pois a discussão central, neste caso, é se tais produtos seriam ou não abortivos.

Devido ao fato de a maioria de casos catalogados na pesquisa referir-se a casos de violência contra a mulher gestante, tendo como consequência o abortamento, também lhe foi dedicado capítulo próprio. Foram ainda analisados com alguma profundidade os casos classificados como abortos clandestinos ou que de alguma forma referiam-se a falhas na prestação de serviço médico, o que teria ocasionado o abortamento.

Assim, a seguir serão desenvolvidos capítulos com temas: anencefalia e má-formação fetal, violência, constitucionalidade de lei, clandestino e serviço médico. A profundidade das análises desenvolvidas em cada subtema está de acordo com os dados que foram encontrados na coleta de acórdãos e as interpretações que essas análises permitiam, razão pela qual não foi possível estudar todos estes temas com a mesma profundidade.

4.1. Anencefalia e má-formação fetal

O presente capítulo apresenta o estudo desenvolvido a partir dos casos que chegaram aos tribunais objetivando a autorização para interrupção da gestação após constatação de que o feto era portador de anencefalia ou outras más-formações fetais graves que tornassem inviável a vida extra-uterina.

A distinção dos casos de anencefalia e má-formação faz-se necessária à medida que constituem tipos de má-formação congênita diversos, que foram, inclusive, diferenciados nos acórdãos. Mas é importante que se frise que nesta pesquisa foram analisados apenas aqueles casos em que se alegava ser a má-formação uma anomalia capaz de tornar inviável a vida extra-uterina.

Deve-se ainda observar que nem toda má-formação congênita impossibilita a vida extra-uterina. Há casos em que é possível a vida da criança fora do útero materno, ainda que com algumas deficiências. Para fins do presente estudo, a referência à má-formação pressupõe¹, sempre, a inviabilidade de vida extra-uterina, a exemplo do que ocorre nos casos em que foram diagnosticados problemas congênitos como

¹ O pressuposto de que as más-formações fetais analisadas nesta pesquisa tornavam a vida extra-uterina inviável adveio do estudo dos próprios conteúdos dos acórdãos e do que lá foi alegado. Não foram pesquisados em profundidade as diversas más-formações fetais a fim de se comprovar que de fato tornavam a vida extra-uterina inviável. Assim, a conclusão de que inviabilizam a vida não é de responsabilidade das autoras, que apenas reproduziram dados coletados nos acórdãos.

Síndrome de Edwards e Síndrome de Patau. Nessas situações, cumpre ressaltar que os próprios desembargadores apontavam para a inviabilidade da vida extra-uterina em seus votos. Em alguns acórdãos, a discussão inclusive acenava no sentido de que se faz necessário que os médicos posicionem-se acerca da viabilidade ou não da vida extra-uterina, pois são eles que conhecem, de fato, o assunto.

Apresenta-se, a seguir, um breve panorama sobre o tema anencefalia, bem como os dados pesquisados sobre o assunto, com análises a partir de seu conteúdo argumentativo e sua relação com os pedidos judiciais autorizados ou não autorizados.

4.1.1. A anencefalia no Brasil e no mundo

A anencefalia é uma má-formação do feto que impede a sobrevivência da criança fora do útero materno. Tem-se como causa mais comum para tal ocorrência a deficiência de certos nutrientes na dieta da gestante, notadamente o ácido fólico. Ante a pouca concentração de tal vitamina no organismo da mãe, há dificuldades para que se forme, no feto, o tubo neural.² A má-formação do tubo neural acarreta, nos casos de anencefalia, a não formação do sistema nervoso, órgão responsável pelo comando de todas as atividades do corpo humano. A ausência de cérebro³ verificada nesses casos inviabiliza a vida extra-uterina pois a criança não consegue realizar qualquer movimento ou atividade vital, nem mesmo respirar. Embora possa ser prevenida com a ingestão de ácido fólico nos primeiros meses da gravidez, uma vez instalada a anomalia, não há cura, e o diagnóstico letal ocorre em 100% dos casos, segundo a medicina atual.

² “Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3^a e a 4^a semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. Anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebrum (área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um cerebrum em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.” De acordo com <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>. Acesso em 05.09.2008. Tradução obtida em: FERNANDES, Maira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 114.

³ Há casos em que se verifica a presença de parcela do cérebro, no entanto, o feto não possui calota craniana. Esta má-formação fetal é conhecida também como acrania e muitas vezes é tratada como anencefalia, já que inviabiliza a vida extra-uterina.

De acordo com dados da OMS, o Brasil é o quarto⁴ país em índice de anencefalia. Tal constatação estatística poderia representar a evidência de dois fatores: que no Brasil há de fato uma maior incidência desse tipo de anomalia fetal e que os dados brasileiros são mais expressivos, pois na medida em que a legislação não permite a interrupção da gravidez nesses casos, é natural que se verifique um maior número de nascimentos de fetos portadores dessa anomalia, constatação que se reflete, portanto, nos dados estatísticos.

Esta segunda hipótese é também levantada por estudiosos do assunto. Sobre o tema, é interessante verificar pesquisa intitulada *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, elaborado pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero⁵. A partir dos dados coletados pela instituição, chegou-se à conclusão de que, em razão de a prática da interrupção da gravidez ser proibida no Brasil, a incidência de fetos anencéfalos é mais evidente nas estatísticas, já que os fetos portadores desta anomalia chegam, de fato, a nascer. Tal não ocorre em muitos outros países, uma vez que a gestação, em geral, é interrompida tão logo se tenha conhecimento da doença, o que dificulta ou mesmo inviabiliza o levantamento estatístico.

Além disso, o estudo avalia a questão da anencefalia relacionando-a com determinantes biológicos, como por exemplo, a carência de vitaminas do complexo B. Partindo-se da avaliação da deficiência nutricional, facilmente constatada em países de baixa renda, verificou-se que nos países em que o quadro nutricional era de deficiência e a legislação proibia a interrupção da gravidez (para casos de má-formação fetal), a incidência da anencefalia mostrava-se de forma mais evidente.

No Brasil, os resultados da referida pesquisa foram conclusivos. Não obstante a carência nutricional ter sido identificada em grande parte da população brasileira, foi possível constatar que a maior incidência da doença no país, quando comparada a outros países de baixo desenvolvimento e com altos índices de carência nutricional, está ligada a

4 “Segundo a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO – <http://febrasgo.itarget.com.br>), a estimativa é de um caso [de anencefalia] a cada 1.600 nascidos vivos. Acrescente-se que, a cada ano, o número de registros de nascimentos com vida no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões/ano. O número de casos comprovados de gestação de fetos anencéfalos tem aumentado de forma significativa, colocando o Brasil, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), na posição de quarto país do mundo em ocorrência de anencefalia.” FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutandásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 113. Observe-se que se buscou consultar dados no site da FEBRASGO, mas muitos conteúdos (como as revistas) são acessíveis apenas a associados.

5 Mais informações sobre a atuação desta organização não governamental estão disponíveis em: <http://www.anis.org.br>. Acesso em 05.09.2008

restrições legais, e não a questões nutricionais de fato.

Por fim, note-se que o Brasil atualmente é um dos poucos países no mundo que impedem a interrupção da gravidez nesses casos, equiparando, de acordo com algumas interpretações legais, a sua prática ao crime de aborto.⁶

4.1.2. Aspectos jurídicos: anencefalia e aborto

No Brasil, em regra, o aborto é criminalizado pela legislação penal. No entanto, como já dito, o próprio Código Penal (artigo 128) possibilita a realização de aborto sem que este seja tipificado como crime nas hipóteses em que a gravidez resulta em risco de vida para a gestante, ou ainda nos casos em que a gravidez for resultado de um estupro.

Nos casos de anencefalia e má-formação fetal, tendo em vista a inexistência de um dispositivo legal que regulamente essas hipóteses, diversas correntes interpretativas formuladas por movimentos sociais (principalmente grupos religiosos e feministas), juristas, promotores e advogados estão sendo levadas ao Poder Judiciário.

Há quem defenda que a autorização para a realização de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação – desde que assim deseje a mulher – seja uma forma de preservar-se a saúde da gestante, sendo aqui incluída na definição de saúde também a saúde mental da mulher, conforme definição mais ampla adotada pela Organização Mundial da Saúde e pelos diversos comitês internacionais de proteção aos direitos humanos (órgãos do Sistema Convencional de Proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas⁷). Neste caso, portanto, não se estaria diante de uma forma de aborto propriamente dito, mas sim de

6 Há países em que o aborto é considerado crime, mas que em caso de verificação de anomalia fetal grave, é permitida a interrupção da gestação. São eles: Barbados, Belize, Botsuana, Burkina Fasso, Chipre, Espanha, Finlândia, Gana, Ilhas Seicheles, Iraque, Islândia, Israel, Kwait, Libéria, Luxemburgo, Namíbia, Nova Zelândia, Polônia, Qatar, Reino Unido, San Vicente e Granadinas e Zimbábue. Em países onde o aborto já é legalizado, em geral se concedem prazos maiores para a interrupção da gestação quando verificada uma patologia fetal grave. Este é o caso de: África do Sul, Cabo Verde, Camboja, Eslováquia, França, Grécia, Guiana e Itália. De acordo com: FERNANDES, Maira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 154.

7 “Recomendação Geral nº 14, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, com relação ao direito à saúde, estabelece que: (...)

O conteúdo normativo do artigo 12 [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]:

(...) 8. O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre da tortura, tratamentos médicos não consensuais e experimentações. Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem o mais elevado nível de saúde.” De acordo com: PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). *Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 169.

uma interrupção terapêutica da gravidez, com o objetivo de preservar-se a saúde (física e mental⁸) da gestante.

Contrariamente, há quem diga que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e de má-formação fetal seja uma forma de aborto legal nos termos da legislação penal, uma vez que tal hipótese poderia contemplar o aborto necessário, tendo-se em vista uma interpretação extensiva dos permissivos do artigo 128, I do Diploma Penal.

Há também quem defende que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal seja uma forma de aborto eugenésico⁹, prática que é condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo essa linha interpretativa, a autorização para interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal abriria precedentes para a realização deste tipo de procedimento para casos de toda e qualquer anomalia fetal, operando-se, então, uma seleção das pessoas que teriam o direito a nascer, discriminando-se severamente aquelas que portam deficiências.¹⁰

8 Válido lembrar que obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo foi equiparado à tortura pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Sobre o assunto, verificar caso KLL vs. Peru: http://www.cladem.org/espanol/regionales/litigio_internacional/CAS5-Dictamen%20KL.asp. Acesso em 30.11.2008.

9 O argumento do aborto eugenético é muitas vezes trazido à baila no debate da interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal. A idéia de eugenia remonta ao período do nazismo, em que se buscava a raça pura ariana e, para tanto, não raro eram feitos abortamentos de fetos que pudessem não estar de acordo com o ideal de perfeição humana buscado pelo nazismo. Trata-se, de acordo com esta política, da defesa da seleção de pessoas que poderão ter direito à vida, sendo que aquelas que estiverem fora do padrão estabelecido não têm direito à vida e devem ser prontamente eliminadas (aliás, no nazismo, não apenas eram praticados abortos como também se procedia à eliminação de seres humanos já formados, adultos ou crianças). No entanto, é importante ressaltar que no caso da interrupção da gestação em caso de anencefalia, não se trata de evitar que pessoas “fora de determinado padrão” nasçam, mas sim de proporcionar à gestante a possibilidade de colocar fim a uma gestação fadada ao fracasso, uma vez que não há nenhuma possibilidade de a criança vingar. As gestações de anencéfalos, em geral, terminam com a expulsão do feto já morto ou com a morte da criança minutos ou horas após o parto. Daí tem-se que eugenia e interrupção da gestação em caso de anencefalia são situações bastante distintas e não podem e não devem ser confundidas (embora alguns grupos que se opõem ao aborto em geral utilizem o argumento da eugenia de forma perniciosa, com o objetivo de dificultar o amplo debate sobre o tema). Segundo Maíra Costa Fernandes: “A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é um tipo de aborto eugenético? Essa é uma indagação bastante frequente no debate em torno do tema. Desde quando a eugenia foi largamente utilizada pelo Nazismo, na Alemanha, para justificar a busca incessante pela raça pura ariana, tornou-se muito difícil afastar a intensa carga negativa que recaiu sobre ela, decorrente da frequente remissão ao Holocausto, um dos maiores horrores da História mundial.

Em relação ao abortamento nos casos de patologia fetal, especificamente, pode-se dizer que ele é admitido por diversos países, porém em termos totalmente diferentes da prática hitleriana. Baseiam-se, geralmente, em critérios que levam em conta a saúde fetal e os riscos à saúde da gestante. Nesse sentido, mesmo países que não admitem a interrupção voluntária da gravidez, por solicitação da gestante, comumente autorizam o aborto em casos de anomalias fetais graves.” FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 154.

10 “A história dos abusos cometidos por médicos durante o regime nazista é comumente lembrado como um exemplo dos riscos inerentes à informação genética, sugerindo uma relação de continuidade entre o nazismo e a nova genética. Esses são argumentos com forte apelo sentimental, o que dificulta qualquer tentativa de diálogo razoável, muito embora tenham sido utilizados por promotores e juízes brasileiros para indeferir pedidos de autorização legal para a realização de aborto em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Diante da série de equívocos presentes nestes argumentos, há dois mal-entendidos que merecem ser esclarecidos. O primeiro mal-entendido é o que supõe haver uma semelhança entre o exterminio nazista e o aborto por anomalia fetal, tal como discutido nos últimos trinta anos. Diferentemente do passado, quando o correto seria falar em aborto eugenético, pois as mulheres eram forçadas a abortar por razões raciais, étnicas ou religiosas,

Dante das correntes interpretativas apontadas, importante salientar que os posicionamentos contrários à autorização da interrupção da gestação nos casos de anencefalia e má-formação possuem como base a valorização do direito à vida em amplitude máxima, em qualquer situação — ainda que a vida que se preserve seja breve, de apenas algumas horas ou mesmo minutos. Em contrapartida, os posicionamentos favoráveis à autorização da interrupção da gestação para esses casos norteiam-se pela valorização da dignidade e da integridade física e, sobretudo, mental da mulher.¹¹

Por fim, importante observar que o direito brasileiro contempla tanto o direito à vida quanto o direito à dignidade como direitos fundamentais constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e que, portanto, em caso de conflito entre tais direitos faz-se necessário proceder a um balanceamento para que se verifique qual deve prevalecer.

Este processo pode seguir uma linha de raciocínio mais objetiva, buscando no ordenamento jurídico referências para esse sopesamento¹², ou simplesmente ser feito de forma menos objetiva e mais valo-

hoje, o pressuposto ético do aborto por anomalia fetal é o da autonomia reprodutiva, ou seja, a decisão sobre o aborto é de caráter estritamente individual e não deve haver qualquer tipo de constrangimento em torno dela. Alguns autores sugerem que o conceito de eugenia deva ser entendido em seu sentido etimológico, isto é, como mera seleção ou escolha. Nessa perspectiva, não seria um erro considerar o aborto por anomalia fetal como eugênico. Há, no entanto, uma perspectiva política e histórica atrelada ao conceito de eugenia que o remete a um passado de intolerância e desrespeito, valores distantes do atual contexto do aborto por anomalia fetal. Nesse sentido, o mais correto seria reservar o conceito de aborto eugênico para as situações em que o aborto é realizado contra a vontade da mulher e por valores discriminatórios. O segundo mal entendido sugere que, com a popularização do aborto por anomalia fetal, haveria um crescimento da intolerância contra deficientes. Ora, mesmo para os países onde o aborto por anomalia fetal não se restringiu às situações de incompatibilidade com a vida, tal como se propõe no Brasil, este argumento. A liberdade de escolha quanto à realização do aborto não é um valor em desarmonia com os direitos dos deficientes, mesmo porque não há uma relação de causalidade entre os dois fenômenos, haja vista o fato de que grande parte das deficiências resulta do envelhecimento e de traumas, não de má-formações fetais. Assim sendo, não importa o quanto a prática do aborto por anomalia fetal torna-se popular: a deficiência será sempre uma questão central para nossa sociedade, especialmente com o envelhecimento crescente das populações.” DINIZ, Debora & RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por Anomalia Fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 59 - 61.

11 Acerca do exercício de sopesamento de valores na delimitação do alcance e do conteúdo de um direito, particularmente do direito à vida, interessante observar, apenas a título de exemplo, manifestação do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1993, em caso conhecido como “Aborto II” (88 BverfGE 203): “Os embriões possuem dignidade humana; a dignidade não é um atributo apenas das pessoas plenamente desenvolvidas ou do ser humano depois do nascimento... Mas, na medida em que a Lei Fundamental não elevou a proteção da vida dos embriões acima de outros valores constitucionais, este direito à vida não é absoluto... Pelo contrário, a extensão do dever do Estado de proteger a vida do nascituro deve ser determinada através da mensuração da sua importância e da necessidade de proteção em face de outros valores constitucionais. Os valores afetados pelo direito à vida do nascituro incluem o direito da mulher à proteção e respeito à própria dignidade, seu direito à vida digna e à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade...

Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à sua autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja admissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo...” De acordo com: SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Lumen Juris Editora, 2007. p. 6. Ídem, p. 15.

12 “Sem embargo, é certo que, do outro lado da balança, existe uma justa e legítima preocupação com a vida do embrião. Embora haja ampla discordância sobre como qualificar a situação jurídica e moral do nascituro, é indiscutível que não se deve desconsiderar este importantíssimo

rativa. É dizer, neste segundo caso, optar pela prevalência de um ou outro direito em razão da valoração que se faz de um ou de outro.

A decisão, em casos de conflito de direitos fundamentais, caberá sempre ao Poder Judiciário. Sendo este o órgão destinado a oferecer a prestação jurisdicional e, portanto, responsável por definir o alcance e a interpretação dos dispositivos legais e constitucionais à interpretação legal, deverá conduzir o sopesamento destes direitos, oferecendo uma solução para o caso concreto.

Assim, é fundamental a verificação da interpretação dos tribunais sobre o tema, pois são eles quem, de fato, oferecem os contornos e a extensão do conteúdo dos direitos abstratamente previstos nas normas legais, definindo por meio de uma resposta jurisdicional uma solução para as questões apresentadas de fato. Nesse sentido, a interpretação jurisprudencial também propõe um norte para todos os operadores do direito e para a sociedade em geral.

4.1.2.a. ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal e o debate público sobre o tema

A ADPF 54¹³, ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde¹⁴ perante o STF, teve como pedido a possibilidade de realização da interrupção da gestação quando verificada a anencefalia ou má-formação fetal grave sem necessidade de autorização judicial nos casos em que essa seja a vontade da mulher. Para este tema, tal ação constituiu-se como verdadeiro marco no cenário político nacional, contribuindo, inclusive, para reavivar o debate público sobre o aborto em geral, tendo incitado a participação de diversos grupos e organizações da sociedade civil na discussão circunscrita ao STF.

elemento no equacionamento do tratamento legal a ser dado para o caso. Portanto, se não parece correto ignorar os direitos da mulher na fixação da solução normativa para este grave e delicado problema – como fez o legislador de 1940 –, tampouco o seria negligenciar os valores concernentes à vida do embrião ou feto. Neste ponto, o entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E, por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intra-uterina vai aumentando na medida em que avança o período de gestação.

Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitradadas.” *Idem*, p. 6

13 Para mais informações sobre o andamento desta ação, consultar:

<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27.07.2008.

14 Mais informações em: <http://www.cnts.org.br>. Acesso em 02.08.2008.

Essa participação foi insistentemente requerida por várias organizações sociais a título de *amicus curiae*, o que foi recorrentemente negado pelo ministro relator, que apenas aceitou alguma interferência no processo mediante a convocação de audiência pública – em decisão de 30 de setembro de 2004 – com várias entidades médicas e sociais que tinham (e têm) atuação ou interesse na matéria.

A audiência pública convocada em 2004 ocorreu somente em 2008, deixando a questão em aberto durante este intervalo temporal. Ao final, em vez de uma, foram realizadas quatro audiências no STF, para as quais os setores da sociedade civil interessados foram chamados a manifestar-se.

Na primeira, realizada em 28 de agosto de 2008, foram convocados representantes de ONGs e entidades religiosas cujas opiniões divergiram.

Na audiência de terça-feira, representantes dos espíritas e da hierarquia católica manifestaram-se contra a possibilidade de a mulher poder optar por encerrar a gravidez, se ficar determinado que o feto é anencéfalo. Já representantes de grupos cristãos pentecostais se disseram a favor da opção.¹⁵

A professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e doutora em Sociologia pela Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris, Maria José Fontelas Rosado Nunes, que falou como presidente da “Católicas pelo Direito de Decidir” (CDD) organização não-governamental (ONG) de que é fundadora, defendeu o direito da mulher de interromper a gravidez em casos de comprovada anencefalia.

Ela ressaltou que, apesar de ser pesquisadora, estava participando do debate “como católica feminista, mulher e cidadã brasileira”. Ela lembrou que o Estado brasileiro é um Estado laico, que propicia liberdade de expressão para todas as igrejas e correlatas e, igualmente, para todos os demais cidadãos, mesmo que não filiados a alguma religião. Dentro desse princípio, sustentou, não se pode impor a moral religiosa, transformando-a em política pública.¹⁶

¹⁵ O Estado de S. Paulo digital. *STF retorna audiência pública sobre fetos anencéfalos*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/vida/not_vid231870,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

¹⁶ O Estado de S. Paulo digital. *Universal e CDD defendem direito ao aborto de anencéfalo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/>

Já para a segunda audiência, realizada em 28 de agosto de 2008, foram convocados políticos e representantes de entidades médicas, também com posições distintas sobre o assunto.

Ontem, médicos obstetras e especialistas em genética e medicina fetal asseguraram no STF que bebês com anencefalia não têm nenhuma chance de sobreviver. “(A anencefalia) é letal em 100% dos casos”, afirmou o médico e deputado federal José Aristodemo Pinotti (...) Além das chances nulas de sobrevivência do bebê, os especialistas disseram que a manutenção da gestação coloca em risco a vida da mãe. (...) O presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, Salmo Raskin, também rebateu a alegação — usada pelos contrários ao aborto de anencéfalos, de que os bebês com a anomalia poderiam ser doadores de órgãos (...) “porque têm múltiplas deficiências e seus órgãos são menores do que os das crianças saudáveis”. (...) A defesa da manutenção das gestações de fetos com anencefalia foi feita pelo deputado federal Luiz Bassuma, da Frente Parlamentar em Defesa da Vida - Contra o Aborto, e pela professora de biologia molecular da Universidade de Brasília Lenise Martins Garcia. Lenise disse que os bebês com anencefalia são deficientes, mas não mortos-vivos.

Na ocasião, o relator do caso no STF, ministro Marco Aurélio Mello, declarou, em referência à forte oposição da Igreja Católica a qualquer forma de interrupção da gravidez que “vivemos sob a égide não do direito canônico, mas do direito em si elaborado pelo Congresso Nacional”¹⁷.

Para a terceira audiência, realizada em 4 de setembro de 2008, foram convocados outros representantes da sociedade civil.

O ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendeu ontem, na terceira audiência realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), que seja liberado o aborto de fetos com anencefalia, procedimento que ele prefere chamar de antecipação de parto. (...) O Ministério da Saúde defende essa garantia, fundamentado, entre outras razões, na dolorosa experiência de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação,

vidae/not_vid231058,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

¹⁷ O Estado de S. Paulo digital. *Aborto de anencéfalos vai passar por 11 a 0*. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/08/29/ger-1.93.7.20080829.8.1.xml>. Acesso em 05.09.2008.

mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto. (...) No mesmo evento, o médico Dernival da Silva Brandão, que trabalha há 50 anos como obstetra, afirmou que “A mãe não pode ser chamada de caixão ambulante, como dizem por aí. Pelo contrário, ela tem sua dignidade aumentada por respeitar a vida do seu filho”. (...)

A socióloga e cientista política Jacqueline Pitanguy também defendeu que as mulheres tenham o direito de decidir se querem ou não manter a gravidez nesses casos. “O direito de escolha é um ato de proteção e solidariedade à dor e ao sofrimento das mulheres que vivenciam uma gravidez de feto anencéfalo, anomalia incompatível com a vida em 100% dos casos”, disse ela. (...) Contrária à interrupção da gravidez, a representante da Associação para o Desenvolvimento da Família (Adef), Ieda Therezinha Verreschi, defendeu que há vida humana no feto anencéfalo e, por isso, retirá-lo do útero antes do momento do parto seria “um retorno da sociedade à barbárie”. Para ela, há risco de se avaliar o ser humano pela sua eficiência. “Na intolerância diante do imperfeito perderíamos a capacidade de amar, o que diminui o ser humano”.¹⁸

Da quarta e última audiência, no dia 16 de setembro de 2008, participaram também representantes da sociedade civil.

No último dia de audiência pública no Supremo Tribunal Federal (STF) para debater a questão, o representante do Ministério Público Federal, o subprocurador-geral da República Mário Gisi, defendeu que as grávidas que esperam fetos com a anomalia tenham o direito de escolher entre interromper a gestação ou esperar o nascimento da criança.

Gisi afirmou que a audiência demonstrou que é constrangedora a idéia de alguém decidir por outra pessoa em situações de “extremo sofrimento”, como a gravidez de feto anencéfalo. “E é constrangedor para os direitos humanos admitir que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam e afetam a esfera íntima da frustrada mãe”, disse o subprocurador. (...)

¹⁸ O Estado de S. Paulo digital. *No STF, ministro da Saúde defende direito ao aborto de anencéfalos*. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/09/05/ger-1.93.7.20080905.1.1.xml>. Acesso em 05.09.2008.

Também presente à audiência, a ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcêia Freire, garantiu que o Sistema Único de Saúde (SUS) tem condições de atender as gestantes que descobrem que seus fetos têm a anomalia.

O médico psiquiatra Talvane Marins de Moraes afirmou que obrigar uma mulher a manter a gravidez de feto anencéfalo equivale a submetê-la a uma tortura. “É como se o Estado estivesse promovendo a tortura em uma mulher, que mais tarde pode apresentar um quadro grave de estresse pós-traumático que a leve, em situações extremas, à tentativa de auto-extermínio, ou suicídio”, advertiu o médico.

A médica ginecologista e obstetra Elizabeth Kipman Cerqueira opinou que as gestações de fetos com anencefalia devem ser mantidas. Segundo ela, a gestante sofre riscos maiores se optar pela antecipação do parto. Segundo ela, esse procedimento é um trabalho de parto prolongado, que pode durar dias e pode causar problemas como infecção.¹⁹

Após a última audiência, o relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio Mello, afirmou que não há pressa para julgar o caso, mas que espera que a sessão ocorra em novembro de 2008.

Note-se que a realização das audiências não significa a possibilidade de uma decisão imediata por parte da Suprema Corte. Com fundamento nas declarações apresentadas em plenário pelas entidades convocadas, bem como nas informações dos autos, os ministros proferirão uma decisão final sobre o tema, determinando, consequentemente, a vida de muitas gestantes brasileiras que vivenciam tal situação. A expectativa da sociedade como um todo é a de que o Supremo realize a votação final do caso, com a definição do tema, o mais breve possível.

4.1.3. Apresentação e análise dos dados classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação”

Especificamente em relação a estes casos, além dos critérios utilizados também para os outros temas (e já apontados na parte intro-

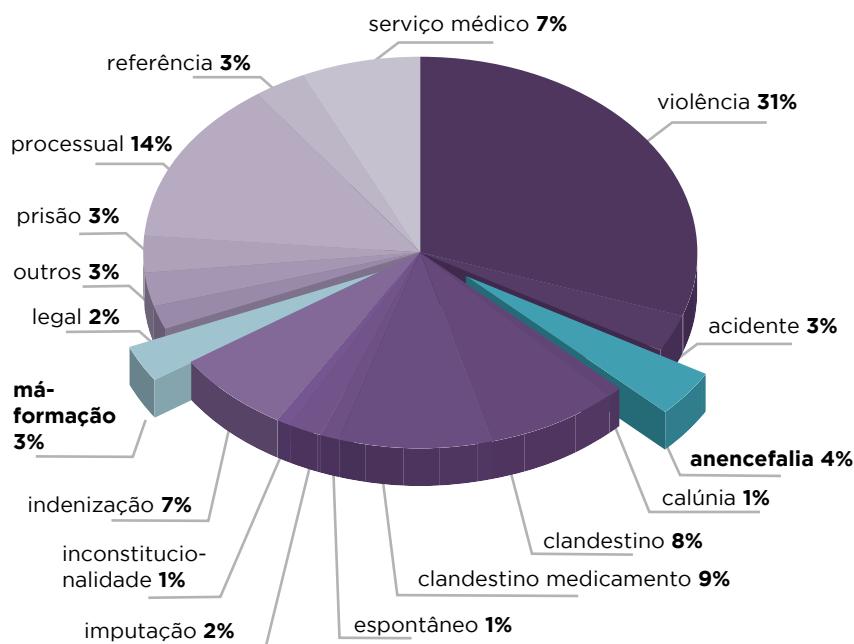
¹⁹ O Estado de S. Paulo digital. *MPF defende liberar interrupção de gestação de anencéfalo*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/videos/not_vid242891,0.htm. Acesso em 20.09.2008.

dutória deste trabalho), foi realizada uma análise qualitativa a partir do estudo dos resultados dos julgamentos, conforme os seguintes critérios:

- Autorizado: identifica os casos em que o pedido de autorização para a realização da interrupção da gestação foi concedido;
- Não autorizado: identifica os casos em que o pedido de autorização para a realização da interrupção da gestação foi negado;
- Fixação de competência: identifica os casos nos quais se discute se o mérito de julgar um pedido de autorização da interrupção da gestação é de competência cível ou criminal.
- Perda de objeto: identifica os casos nos quais, durante o processo, notadamente em razão da demora na prestação jurisdicional, ocorre a perda do objeto do pedido pleiteado, no caso, a autorização para a interrupção da gestação. Assim, tem-se a perda do objeto da ação mediante a morte do feto em razão de seu nascimento ou em situações em que a gestação encontra-se muito avançada, o que inviabilizaria a realização do procedimento.

Em relação ao total de casos, os de anencefalia e má-formação correspondem a um percentual de 7%, sendo 3% relativos a casos de má-formação e 4% relativos a casos de anencefalia.

Gráfico. 47
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos classificados por palavra-chave com destaque para "anencefalia" e "má-formação"



Em números absolutos, foram encontrados nos tribunais estaduais e superiores 52²⁰ casos tratando sobre más-formações fetais em geral, sendo que 31 diziam respeito a anencefalia, e 21, a outros tipos de má-formação fetal²¹. Destes, 46 foram julgados em tribunais estaduais, e seis, em tribunais superiores.

Apresenta-se, a seguir, a distribuição dos casos de acordo com o tribunal no qual foram julgados. Identificou-se a incidência desta temática em dez dos 26 tribunais estaduais do país, bem como nos tribunais superiores. Observam-se as informações sobre a distribuição dos casos por ano de julgamento, que também foram apontados de acordo com os tribunais em que foram decididos. É interessante notar como os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul concentram a maioria dos

²⁰ Vale observar que o número reduzido de casos de anencefalia e má-formação fetal encontrados nos tribunais justifica-se primordialmente pelo fato de que na maioria dos casos, quando o procedimento é autorizado em primeira instância, é logo realizado. Além disso, há de considerar-se que muitos casos nem chegam aos tribunais, na medida em que a interrupção da gestação é feita sem autorização judicial, especialmente de formas clandestinas ou em hospitais particulares, sendo que o controle efetivo destes procedimentos é muito complexo. Segundo estimativas, até 2004 houve cerca de três mil autorizações para a interrupção de gestações de fetos inviáveis no Brasil. De acordo com: PIMENTEL, Sílvia & GOLLOP, Thomas em: *O STF e a Anomalia Fetal Grave: justiça*. Disponível em:
http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&título=Artigos&codigo=689&cod_categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso. Acesso em 05.09.2008.

²¹ Reforce-se que os casos de anencefalia e má-formação fetal foram equiparados para termos de análises de resultados e de interferência de argumentos religiosos e pró direitos das mulheres. Frise-se, ainda, que esta classificação diferenciada entre anencefalia e má-formação foi possível a partir do próprio conteúdo dos acórdãos, sendo que a equiparação aqui estabelecida – como se ambas as espécies de má-formação tivessem como resultado a inviabilidade da vida extra-uterina – funda-se na referência constante a “fetos inviáveis” nos votos dos desembargadores. Conforme já informado, não foi aprofundada a análise de casos de má-formação fetal diversos da anencefalia, visto que este estudo foge aos parâmetros estabelecidos para a pesquisa.

casos tanto de anencefalia como de má-formação fetal. Em verdade, há tribunais, como os de Goiás e Mato Grosso, em que nem mesmo identificam-se casos de má-formação, mas tão-somente de anencefalia.

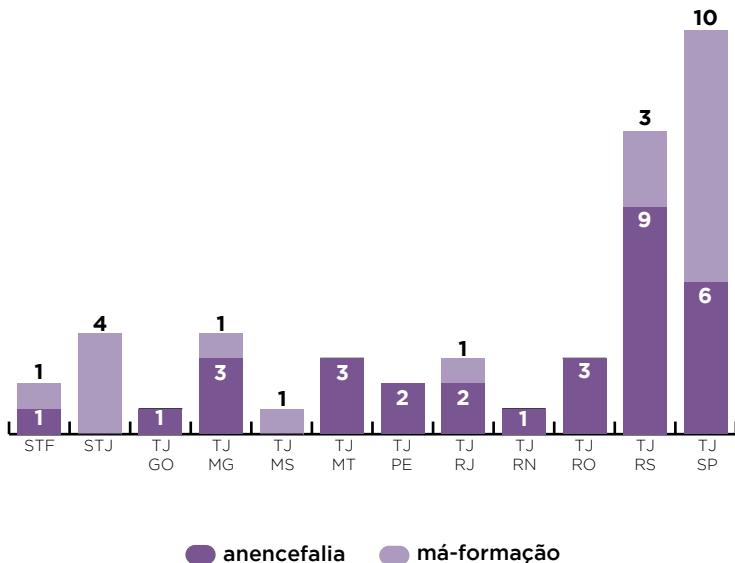


Gráfico. 48
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Total de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tribunal

4.1.3.a. Tendências regionais

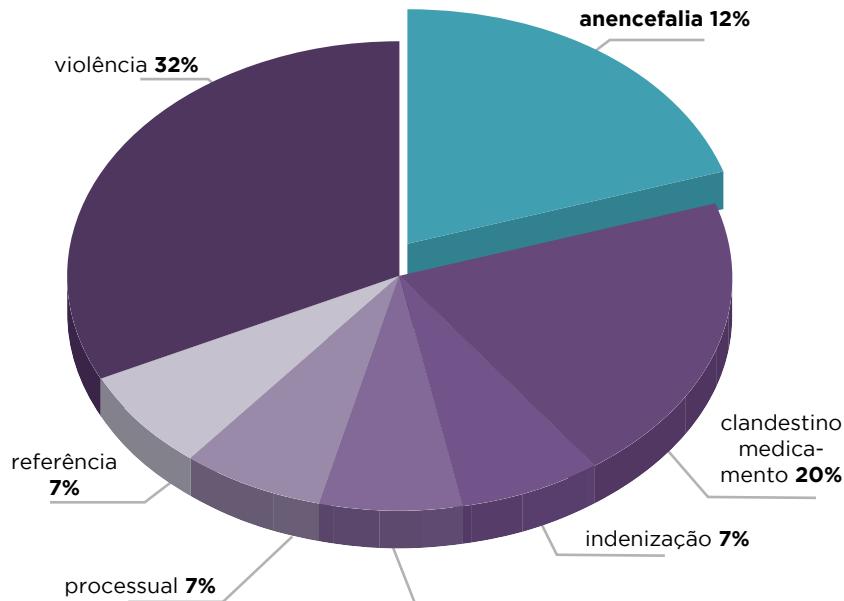
Para ter-se um panorama regional dos casos de anencefalia e má-formação e identificar-se possíveis tendências, os acórdãos foram analisados conforme sua presença por região do país (adotando-se o critério geográfico que divide o país em cinco regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste²²).

Foram constatadas diferenças regionais tanto no que se refere à quantidade de casos como à sua classificação. Em algumas regiões não se verificou nenhum caso de má-formação fetal, em outras há essa diferenciação entre anencefalia e outras más-formações fetais explícita nos acórdãos. Os percentuais também indicam uma diferenciação quanto à relevância que o tema ocupa entre o panorama geral dos demais casos envolvendo aborto que alcançam os tribunais.

Neste sentido, observa-se que na região Norte não há casos de má-formação, e os de anencefalia representam 20% do total de casos de aborto da região.

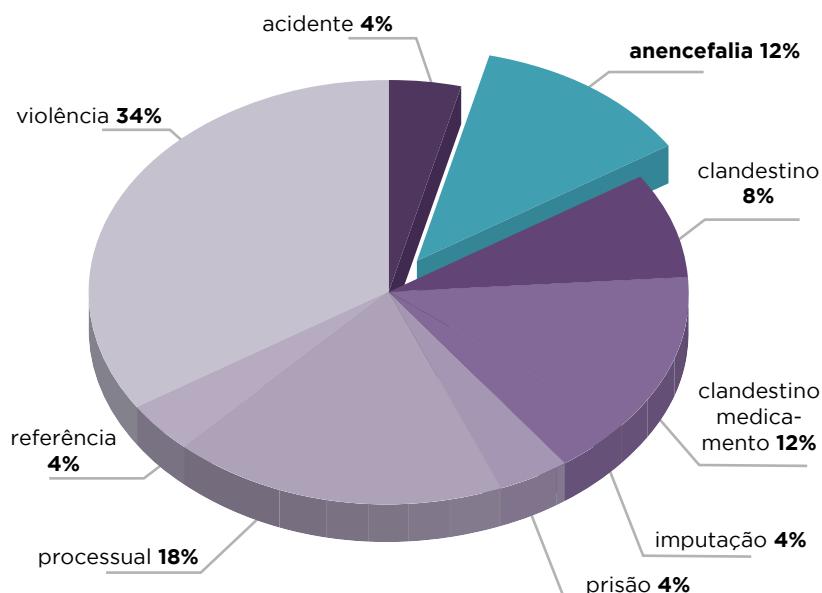
²² Este critério de distribuição de casos por regiões foi adotado para todas as demais análises, inclusive sobre os outros subtemas estudados.

Gráfico. 49
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” na região Norte



A região Nordeste também não apresenta casos de má-formação, e o percentual de casos de anencefalia corresponde a 12% do total.

Gráfico. 50
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” na região Nordeste



Já nas regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul foi possível identificar casos de anencefalia e de má-formação fetal, sendo os percentuais de 7%, 2%, 6% e 2%, 2%, 2%, respectivamente, conforme pode-se extrair dos gráficos apresentados a seguir.

**4. ANÁLISE
TÉMATICA DOS
DADOS: ESTU-
DO A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

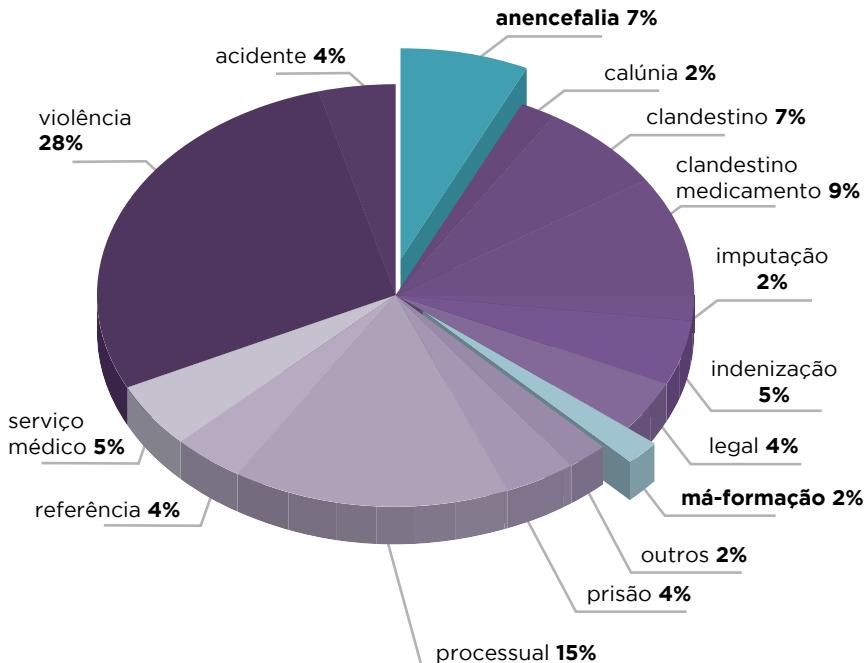


Gráfico. 51
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” na região Centro-Oeste

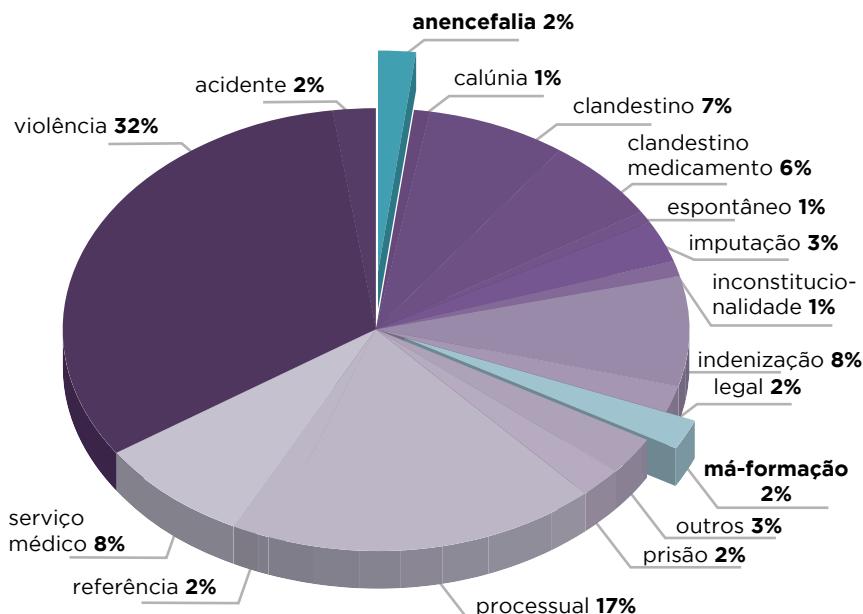
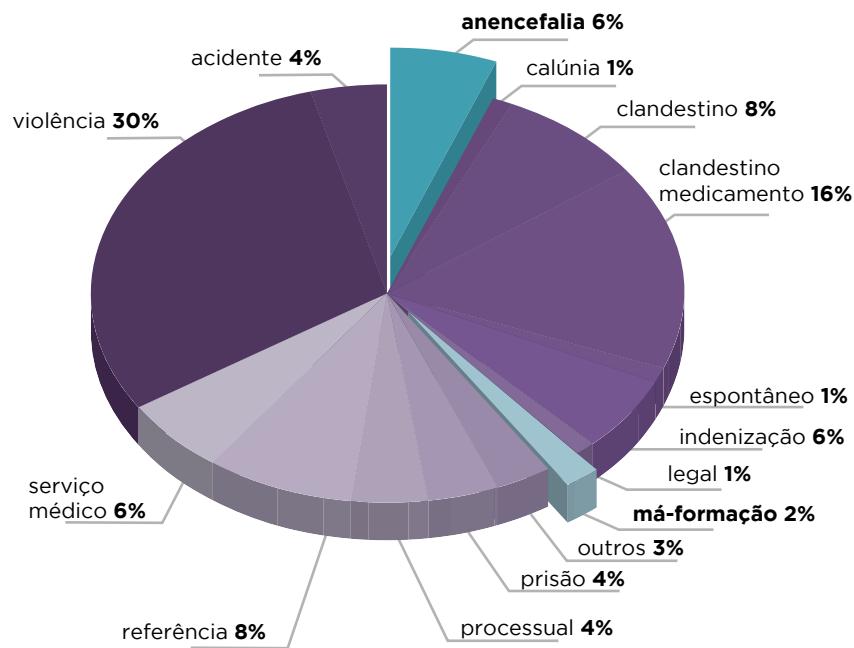


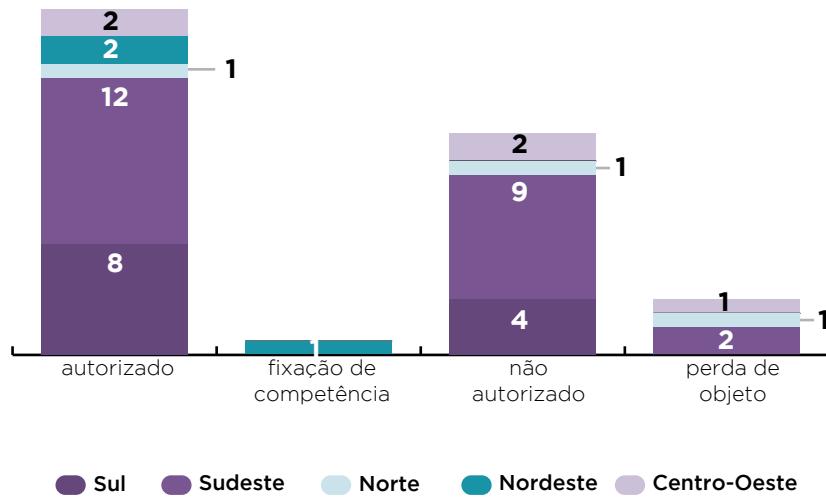
Gráfico. 52
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” na região Sudeste

Gráfico. 53
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” na região Sul



Quando os resultados dos acórdãos de anencefalia e má-formação fetal foram relacionados com a região do país à qual pertenciam, constatou-se que as regiões com mais decisões judiciais de segundo grau autorizativas do procedimento foram as Sul e Sudeste, sendo que 80% das autorizações concedidas no país estão concentradas nos estados dessas regiões.

Gráfico. 54
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por região



Uma das interpretações possíveis para tal constatação é a que parte do pressuposto de que nas mesmas regiões em que há uma maior

capacidade de litigância²³ – Sul e Sudeste – há também maior quantidade de autorizações para interrupções de gestação.

Nesse ponto, é válido destacar que significativo número de demandas provenientes das regiões Sul e Sudeste do país poderia ocorrer, segundo tal hipótese, em razão da referida maior capacidade de litigância decorrente do elevado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) presente nessas regiões do Brasil – os estados das regiões Sul e Sudeste possuem IDHs que variam entre 0,765 e 0,822, que estão entre os mais elevados do país. É importante notar que o IDH geral do Brasil é de 0,766 (dados de 2000)²⁴.

Considerando-se esses dados, pode-se inferir que melhores condições sociais significam também maior acesso a informações e maior conhecimento dos direitos, o que leva, muitas vezes, a uma litigância mais consistente.

É possível, também, que em algumas regiões o acesso a serviços de saúde e a atendimento médico seja mais precário, o que dificulta a realização de pré-natal e a identificação precoce de casos de má-formação fetal, contribuindo, portanto, para que eventuais casos não cheguem ao conhecimento do poder judiciário.

Assim, essas duas situações conjugadas – diferenças significativas de IDH entre as regiões e a precariedade do serviço médico prestado em algumas partes do país – podem ser indicativos para que haja uma maior concentração de casos em determinadas regiões, de sorte que é indispensável ressaltar que os dados apresentados no gráfico a seguir não devem ser interpretados no sentido de se presumir uma maior incidência de anencefalia e má-formação em determinadas regiões. Deve-se, sim, olhar para esta informação estatística atentando-se para a maior capacidade de identificar-se a doença e também de propor-se demandas judiciais a respeito.

Ademais, no contexto geral do tema perante os tribunais estaduais destaca-se o Sul do país, onde se verifica, proporcionalmente, mais autorizações do que não autorizações, o que denota uma tendência progressista nesta região.

²³ Ver nota 21, no capítulo “Apresentação geral de dados”

²⁴ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, 1991 e 2000: Todos os Estados do Brasil*. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrescente%20de%20Estados%20\(pelos%20dados%20de%202000\).xls](http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrescente%20de%20Estados%20(pelos%20dados%20de%202000).xls). Acesso em 20.08.2008.

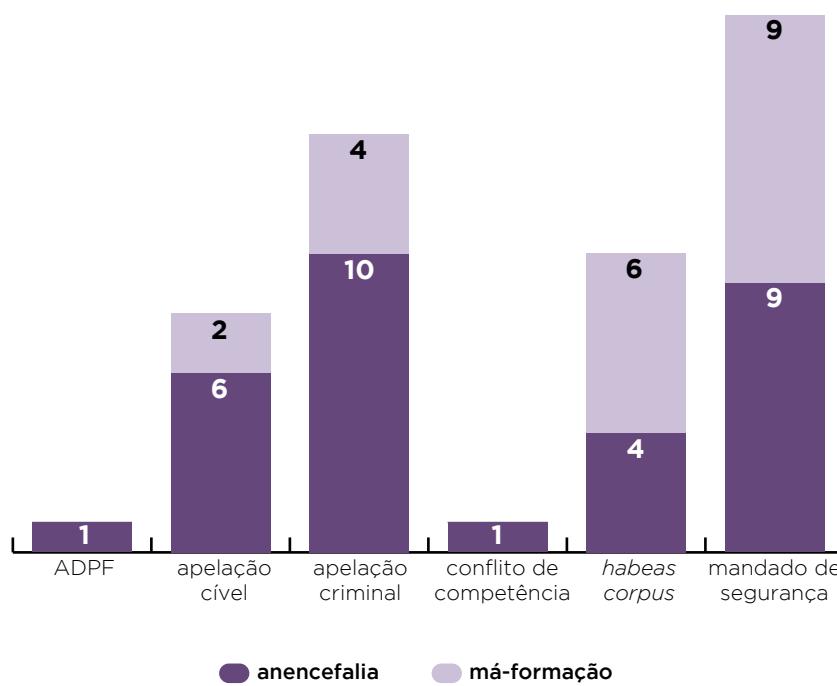
Na região Nordeste, apesar do número reduzido de casos, os julgados tiveram como resultado a autorização, excetuando-se um no qual não se julgou o mérito, mas tão-somente a fixação de competência, decidindo-se se a autorização para a interrupção da gestação é matéria afeita à justiça cível ou criminal.

Nas demais regiões – Norte e Centro-Oeste –, também com número reduzido de casos, a proporção foi próxima entre casos autorizados, não autorizados e cujo objeto foi perdido.

Por fim, as regiões Norte e Nordeste tiveram pouca representatividade.²⁵ Cada uma teve casos julgados em apenas dois dos seis anos pesquisados. O único ano no qual houve decisões sobre o tema em todas as regiões foi 2005.

4.1.3.b. Instrumentos jurídicos utilizados

No estudo também foi possível identificar quais são as medidas jurídicas – ações ou recursos – mais utilizadas para debater-se, perante os tribunais, a questão da anencefalia e da má-formação fetal. Seguem alguns dados encontrados.



²⁵ Cabe lembrar que nos sites dos tribunais de alguns estados destas regiões não havia dados disponíveis em relação à jurisprudência dos anos pesquisados.

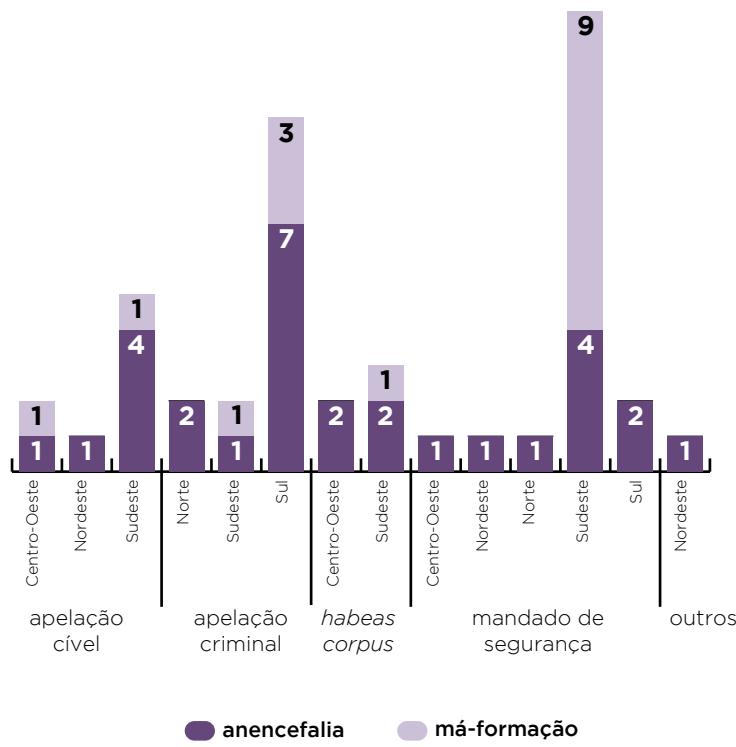
Inicialmente, a equipe de pesquisa esperava encontrar uma maioria de casos propostos por meio de *habeas corpus*, tendo-se em vista que este remédio constitucional permite o julgamento de questões afeitas à privação indevida da liberdade individual. Surpreendentemente, essa ação é muito pouco usada se comparada aos demais instrumentos jurídicos disponíveis.

O *habeas corpus* pode ser preventivo, como nos casos de anencefalia e má-formação em que o pedido é feito no sentido de que a gestante não seja posteriormente processada e condenada pela prática de uma conduta que, em tese, pode ser considerada crime – especificamente, a interrupção da gestação em razão da inviabilidade da vida extra-uterina do feto pode ser tipificada como aborto por algumas linhas interpretativas mais conservadoras.

Verificou-se que o mandado de segurança constitui um remédio judicial bastante utilizado para solicitar-se autorização para a interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação. Também causou surpresa o fato de a questão chegar às cortes via apelações cíveis e outros tipos de ações (como conflitos de competência e outros).

Tendo-se em vista a pluralidade de mecanismos jurídicos utilizados para a tratativa do tema, buscou-se, também, capturar tendências na utilização das diversas espécies de instrumentos jurídicos (dentre ações, recursos e remédios constitucionais) entre as cinco regiões do país.

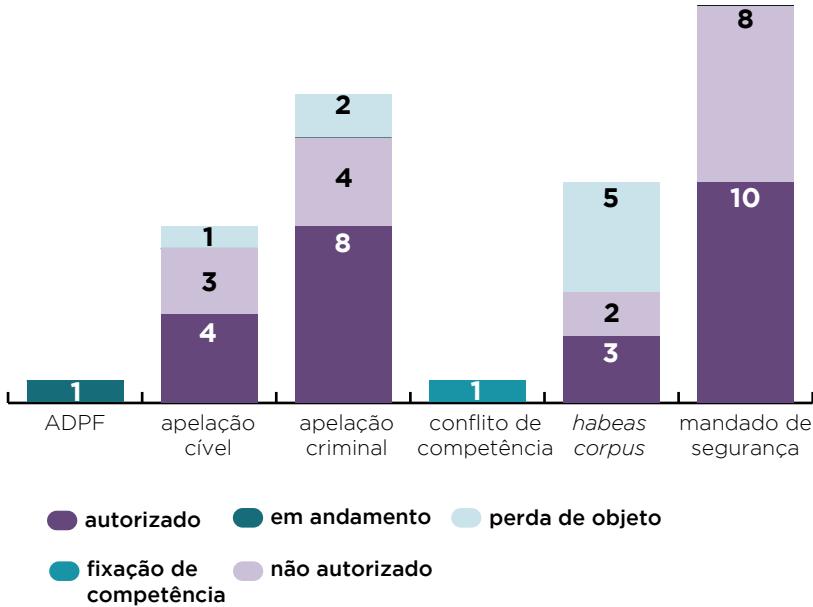
Gráfico. 56
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
 Total de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso e região



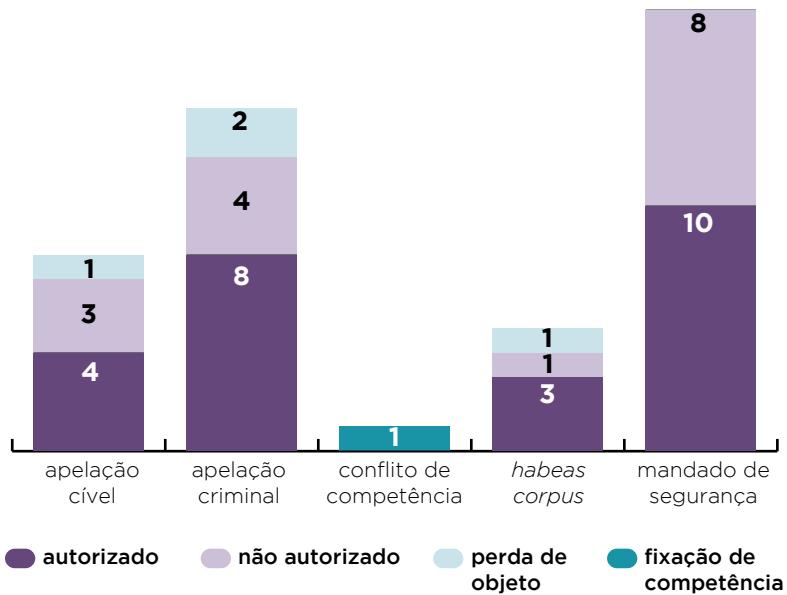
Assim, nota-se que na região Sudeste o mecanismo jurídico mais utilizado para buscar-se a autorização para interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação é o mandado de segurança, enquanto que no Sul a apelação criminal faz esse papel. O *habeas corpus* parece ser medida utilizada apenas em estados da região Sudeste e Centro-Oeste. Já a apelação cível somente é proposta nas regiões Centro-Oeste, Nordeste e Sudeste.

A análise do tipo de medida jurídica manejada também foi associada aos resultados para pedidos de autorização para interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal. Veja-se, primeiramente, os dados agrupados entre tribunais estaduais e superiores.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLENCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO



Observando-se o gráfico a seguir, percebe-se que todas as apelações cíveis, criminais e mandados de segurança encontram-se nos tribunais estaduais, bem como metade dos *habeas corpus* e um caso de conflito de competência.



Como se nota, a utilização do mandado de segurança, remédio constitucional mais utilizado nestes casos, apresenta os resultados mais efetivos – efetividade aqui entendida como capacidade de pre-

Gráfico. 57
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso

Gráfico. 58
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso

servar a saúde física e mental da gestante, sendo, portanto, a efetividade identificada com a concessão da autorização para a realização do procedimento – com o maior número de interrupções da gestação autorizadas. Em seguida, a apelação criminal também se mostrou adequada para obter-se a autorização, sendo que, surpreendentemente²⁶, apresentou apenas dois casos em que houve perda do objeto quando do julgamento da ação. Inusitadamente, o *habeas corpus* é bem pouco utilizado, sendo sua efetividade em termos de autorização equiparada à da apelação cível.

Este dado é bastante curioso, já que, conforme mencionado, ao menos em teoria, o *habeas corpus* é remédio constitucional destinado a proteger a ameaça ou efetiva restrição indevida da liberdade. Ou seja, esperava-se que esta ação fosse utilizada com o objetivo de garantir-se a liberdade da gestante e do médico mediante o seu não indiciamento²⁷ por crime nem a sua condenação penal quando da realização da interrupção da gestação por motivos de anencefalia e de má-formação fetal.

A apelação cível, por sua vez, é uma espécie de recurso cível, por isso desperta interesse o fato de estar sendo utilizada como medida jurídica para tratar-se de um tema que levanta acaloradas discussões de ordem penal, haja vista que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia muitas vezes é tratada como aborto e, em alguns casos, inclusive como aborto eugênico.

Assim, é surpreendente verificar que a apelação cível tem sido uma medida jurídica utilizada para solicitar a interrupção da gravidez em casos de anencefalia e má-formação fetal, em muitos casos sendo, inclusive, efetiva. Ao que parece, alguns magistrados optam por decidir um caso de matéria penal na esfera cível, entendendo tratar-se de situação extrema e que necessita de resposta jurisdicional pronta e rápida, não invocando, nesses casos, a incompetência por matéria, o que lhes impediria de julgar o recurso.

²⁶ Enquanto o *habeas corpus* e o mandado de segurança são ações de julgamento mais rápido – na medida em que seguem um rito processual diferenciado e especial, mais breve –, a apelação criminal segue a regra do processo comum (ordinário), sendo que seu julgamento tende a ser mais demorado. Daí a surpresa em se verificar que em muito poucos casos ocorreu a perda do objeto.

²⁷ O indiciamento ocorre na fase pré-processual, ou seja, ainda de inquérito policial, em que se averigua os indícios de autoria e materialidade do crime. Verifica-se se o crime de fato ocorreu (materialidade) e quem são os responsáveis (ou responsável) pelo seu cometimento. O indiciamento é a indicação, pela autoridade policial, do provável autor do crime. O indiciamento não leva necessariamente o provável suspeito a tornar-se réu na ação penal, pois a acusação formal de qualquer pessoa, em processo criminal, depende do convencimento do promotor de justiça. Assim, é possível que uma pessoa seja indiciada na fase pré-processual e não seja apontada com réu na ação penal movida pelo Ministério Público.

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

Observe-se que o *habeas corpus* também foi o mecanismo mais utilizado para que se levasse os casos de anencefalia e má-formação ao tribunais superiores. No entanto, não se mostrou efetivo, pois, apesar de constituir-se em medida de urgência, na maior parte dos casos não teve decisão final em razão da perda de objeto, provavelmente verificada devido à morte da criança após o seu nascimento ante a demora na prestação jurisdicional, conforme verifica-se.

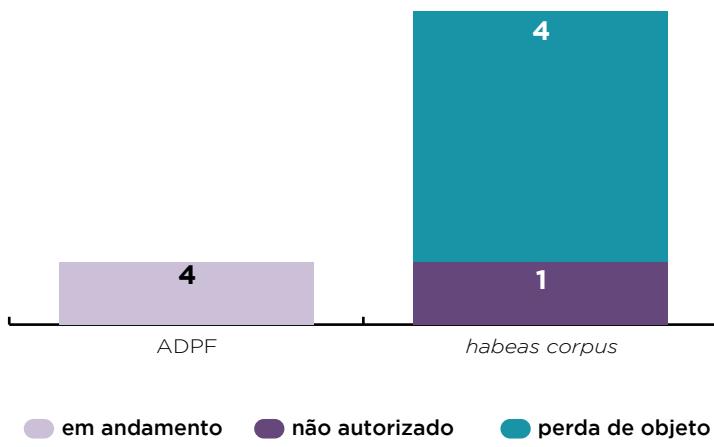


Gráfico. 59
TRIBUNAIS SUPERIORES
Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso

4.1.3.c. Análise temporal dos dados

Durante o período analisado, verificou-se, ainda, uma queda significativa de demandas no ano de 2004 e um posterior crescimento após esta data.

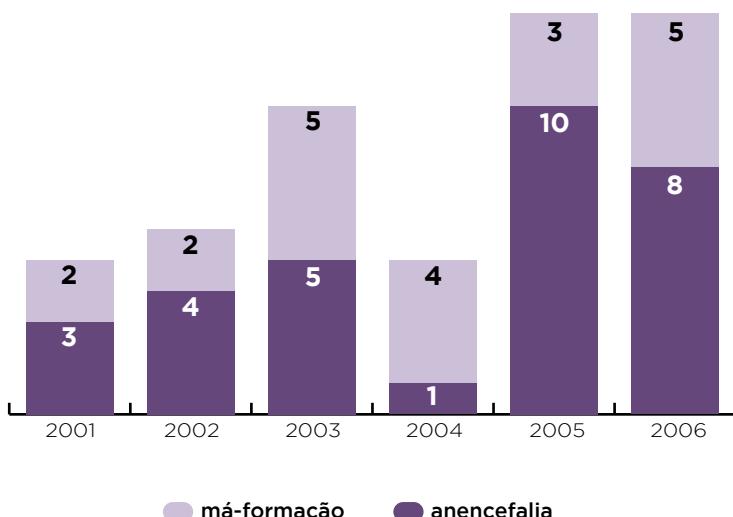


Gráfico. 60
TRIBUNAIS SUPERIORES
Total de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por ano de julgamento

É provável que essa diminuição seja consequência da propositura da já referida ADPF 54, em 17 de junho de 2004, que pleiteava a possibilidade de interrupção da gravidez sem necessidade de autorização judicial nos casos de anencefalia.

Em 1º de julho de 2004, o STF proferiu decisão liminar²⁸ nesta ação, permitindo a realização de interrupção da gestação, inclusive com a dispensa de autorização judicial em caso de comprovação de feto anencéfalo. Note-se que a liminar também determinava o sobrerestamento²⁹ de todos os processos relativos ao tema nos demais tribunais até julgamento definitivo da matéria.

Esta medida liminar tem possível relação com a diminuição de demandas verificada no ano de 2004, uma vez que a concessão da liminar tornou inócuas a necessidade de recorrer-se aos tribunais para obter-se o direito de interromper a gravidez nesses casos. Esta decisão, exarada exclusivamente pelo relator do caso, foi revogada apenas em 20 de outubro de 2004³⁰, oportunidade em que se manteve o sobrerestamento dos feitos nos demais tribunais, mas revogou-se a autorização para que as gestantes que assim optassem interrompessem a gestação em caso de anencefalia sem necessidade de autorização judicial para tanto.

Assim, parece bastante razoável que no ano de 2004 tenha havido diminuição tão brusca no número de casos julgados pelos diversos tribunais do país. Em primeiro lugar, em razão da liminar autorizando a realização do procedimento independente de ordem judicial, e em segundo, em razão da suspensão das decisões que estavam em curso.

Curioso notar também que, não obstante tenha sido declarado o sobrerestamento dos feitos atinentes à matéria nos demais tribunais brasileiros – decisão ainda não revogada pela Suprema Corte –, os órgãos

²⁸ A concessão de medida liminar abrange uma decisão antecipada do tribunal acerca do caso sem que se tenha avaliado o mérito da causa em toda a sua extensão. A sua concessão ocorre apenas extraordinariamente e em situações excepcionais, mediante a verificação de uma situação fática que torne necessário um posicionamento antecipado do tribunal. De acordo com o artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil,: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Assim, nesse caso concreto o ministro relator permitiu, antes da análise aprofundada do mérito do caso, que os procedimentos de interrupção da gestação em casos de anencefalia fossem realizados independentemente de autorização judicial.

²⁹ O sobrerestamento de um feito é a paralisação, suspensão do julgamento e análise de determinado processo. No caso da decisão do STF, esta decisão de sobrerestamento teve efeito *erga omnes*, ou seja, teve validade para toda a sociedade, paralisando os julgamentos sobre o tema nos demais tribunais do país. A idéia é que, em razão da intensa controvérsia judicial acerca do tema, todos os magistrados aguardem a pacificação da matéria pelo tribunal superior, de maneira a que a posterior decisão do tribunal inferior esteja de acordo com o que foi pacificado. Com isto, pretende-se evitar uma verdadeira “enxurrada” de recursos aos tribunais superiores, diminuindo o fluxo de demandas perante estes órgãos e mantendo-se as decisões dos tribunais estaduais.

³⁰ Sendo vencidos os ministros Carlos Britto, Calso de Mello e Sepúlveda Pertence, que propugnavam pela manutenção da medida liminar.

do poder judiciário estadual seguiram manifestando-se em casos dessa natureza, haja vista que foram encontradas decisões nos anos de 2005 e 2006. Talvez isto se deva à relevância da matéria e às questões que ela suscita, necessitando sempre de solução urgente. Por fim, importante salientar que, embora se verifique um aumento no número de casos após a revogação da liminar, o STF ainda não julgou a ADPF 54 e encontra-se sem um posicionamento consolidado para esses casos.

4.1.3.d. Resultados dos acórdãos: tribunais estaduais

Um dado bastante relevante diz respeito à relação dos percentuais de decisões que concederam ou não a autorização para a realização da interrupção da gestação e os percentuais relativos à perda de objeto, tendo em vista o espaço amostral contendo a totalidade de casos de anencefalia e má-formação fetal nos tribunais estaduais.

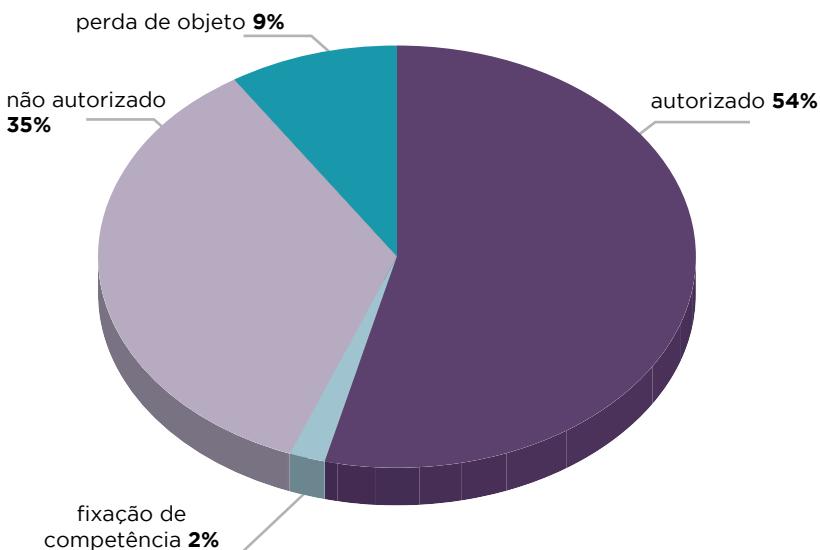


Gráfico. 61
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual dos tipos de resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação”

Há de ressaltar-se a existência de uma tendência favorável à concessão de autorização para a interrupção da gestação em caso de má-formação e anencefalia com 54% das decisões, em oposição a 35% de negativas para a realização do procedimento. A perda de objeto ocorreu em apenas 9% dos casos, o que indica também que as cortes estaduais buscam agilidade nos julgamentos quando se apresenta um caso de anencefalia ou má-formação. Frise-se que a tendência favorável à concessão de autorizações para a interrupção da gestação em caso de má-formação e anencefalia é significativa nos tribunais estaduais, o que não se verifica nos tribunais superiores, como será posteriormente

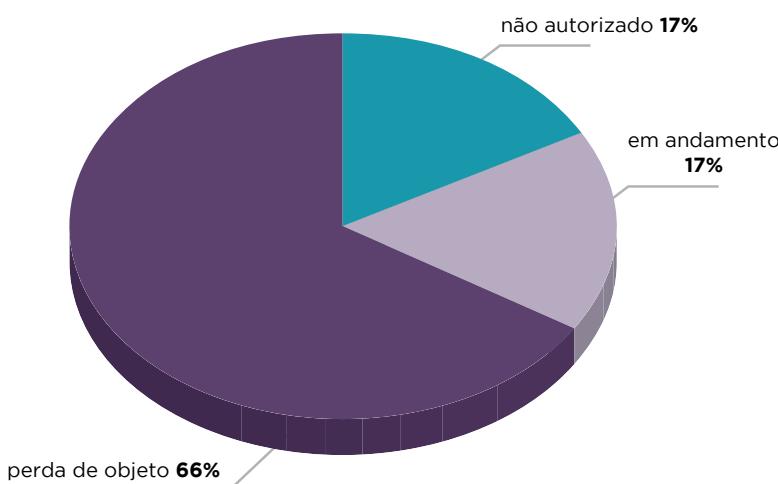
demonstrado.

Vale notar, também, que consta do gráfico uma porcentagem referente à fixação de competência (2%).³¹ Estes foram os casos em que a decisão do tribunal envolvendo a anencefalia e má-formação não abordou o mérito da questão, ou seja, não se manifestou acerca da possibilidade ou não da realização do procedimento médico, mas tão-somente fixou a competência para julgamento da matéria. Estes são casos em que provavelmente o pedido foi feito perante o juízo cível que, suscitando o conflito de competência, buscou a orientação dos tribunais para saber se o caso seria julgado em instância cível ou criminal. Nesses casos inexiste argumentação relativa ao tema aborto ou interrupção da gestação e má-formação fetal, ocorrendo apenas um debate sobre o juízo competente para analisar tais matérias.

4.1.3.e. Resultados dos acórdãos: tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

Diferente dos tribunais estaduais, nos tribunais superiores brasileiros pôde-se constatar que não há resultados favoráveis para pedidos de autorização de interrupção de gravidez, seja porque a concessão é mesmo negada, o que acontece em menor proporção, seja porque ocorre perda do objeto a ser julgado: o feto nasce ou a gestação chega aos meses finais, inviabilizando o procedimento.

Gráfico. 62
TRIBUNAIS SUPERIORES
Percentual dos tipos de resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação”



³¹ Importa lembrar que como alguns casos de anencefalia foram propostos perante o juízo cível, sendo o juízo competente o criminal, os resultados aferidos em alguns acórdãos referiram-se apenas à fixação de competência, não abordando o mérito da questão sobre a autorização ou não da interrupção da gestação. A fixação de competência é o incidente processual no qual um juízo, quando entende que não tem competência para julgar determinado caso, invoca a jurisdição do tribunal solicitando que este determine o juízo competente para a matéria. Assim, ao final da decisão do tribunal, os autos são remetidos ao juízo, que deverá analisar o caso, quando, então, este terá novo início. Portanto, o tribunal não se manifesta acerca da matéria de fundo, limitando-se a decidir sobre a qual juízo cabe a decisão daquele caso.

Nota-se no gráfico que em 66% dos casos o resultado do acórdão foi a perda do objeto, ou seja, houve morte do feto ou a gestação encontrava-se em fase adiantada. Podem ser apontados como motivos para esta perda de objeto, em alguns casos, o fato de não ser levada em consideração a urgência da realização da interrupção. No mais, verificou-se que a perda do objeto da ação também ocorreu em razão de que se entra com recursos contra autorizações já concedidas para o procedimento, o que provoca demora no desenrolar do processo.

Em um caso no qual a autorização para a interrupção da gestação não foi concedida, o argumento utilizado foi o de que não se pode exigir do magistrado que altere a lei, mas apenas que a interprete. Neste caso, inicialmente a interrupção fora autorizada no tribunal do estado do Rio de Janeiro, no entanto, impetrou-se um *habeas corpus* em favor do feto no STJ, que posicionou-se contrário à realização do procedimento.

Relevante é observar que nos tribunais superiores não foram encontrados, para o período pesquisado, decisões favoráveis à autorização para a interrupção da gestação em caso de anencefalia ou má-formação fetal. Esta parece ser uma informação que merece especial consideração, se for levada em conta a quantidade de casos que têm o seu objeto perdido e que, por isso, inviabilizam, via de regra, as manifestações dos magistrados a respeito do caso. Ora, é fundamental que a sociedade saiba o posicionamento dos tribunais superiores acerca de temas tão relevantes quanto os ora analisados, pois são estes tribunais que têm a palavra final. São as decisões destas instâncias que orientam todos os demais órgãos do judiciário, os operadores do direito e a sociedade como um todo. Portanto, a ausência de declarações por parte destas instâncias decisórias em casos concretos e a demora no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (caso ainda sem decisão final, cujas particularidades já foram anteriormente abordadas) deixa toda a sociedade sem uma resposta jurídica, inviabilizando uma tomada de decisão por parte dos cidadãos de acordo com a lei e o seu alcance em casos específicos.

4.1.3.f. Resultados e análise segundo conteúdo argumentativo

Tendo em vista que um dos objetivos centrais do projeto era verificar se havia interferência da religião nas decisões judiciais sobre o

tema, os resultados dos acórdãos foram combinados com as conclusões referentes à identificação ou não da interferência de grupos ou argumentos religiosos, bem como da interferência de argumentos ou grupos feministas.

As diferenças entre tribunais estaduais e superiores, quando observados estes aspectos, foi marcante. Percebeu-se que os tribunais superiores, diferentemente dos estaduais, constituem-se como um fórum de incidência privilegiado dos grupos religiosos e feministas. Notou-se também que enquanto nos superiores os magistrados não apresentavam argumentos fundados em doutrinas religiosas, esta prática mostrava-se presente dentre os desembargadores. Contrariamente, os estaduais pouco contavam com a participação de grupos religiosos e feministas, atuação que se mostra constante perante os superiores em casos de destaque social, como a já referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

4.1.3.g. Participação de grupos religiosos e interferência direta da religião

Constatou-se, nas decisões dos tribunais estaduais, que não houve participação direta de membros de grupos religiosos como parte dos casos.

Verifica-se, então, que, apesar de na sociedade existirem grupos religiosos com posicionamentos sobre o tema aborto – em geral, contrários –, tais setores não interferem diretamente nos resultados das decisões judiciais sobre o assunto.

No entanto, ainda que representantes de grupos religiosos não tenham sido identificados como parte nos casos, houve interferência direta da religião – uso de argumentações ou textos de alguma doutrina religiosa – em 15% deles, dos quais quatro tiveram como resultado a não autorização do pedido de realização de aborto, e três, a autorização, conforme representado graficamente a seguir.

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

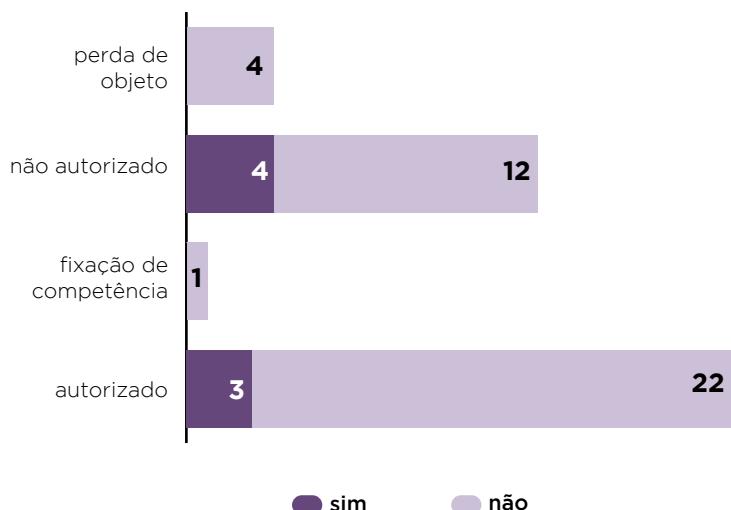
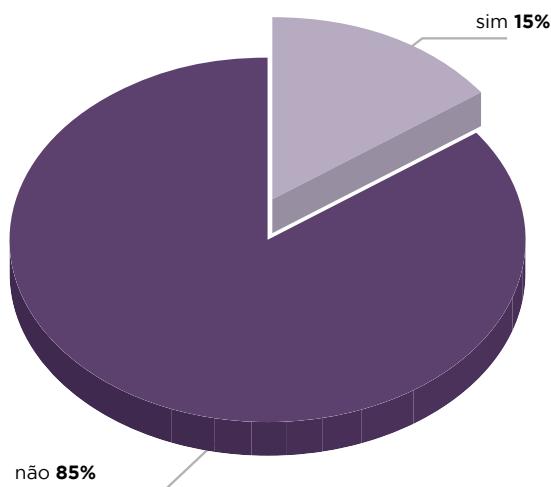


Gráfico. 63
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos clas- sificados com as pala- vras-chave “anencefalia” e “má-for- mação” com interferência direta da re- ligião identifi- cada

Gráfico. 64
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Resultados dos acórdãos classificados com as pa- lavras-chave “anencefalia” e “má-for- mação” com interferência direta da re- ligião identifi- cada

Pôde-se observar que a presença de argumentação religiosa, quando identificada, interferiu nos resultados dos acórdãos, tendendo a fazer com que os pedidos de autorização para a interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fossem negados.

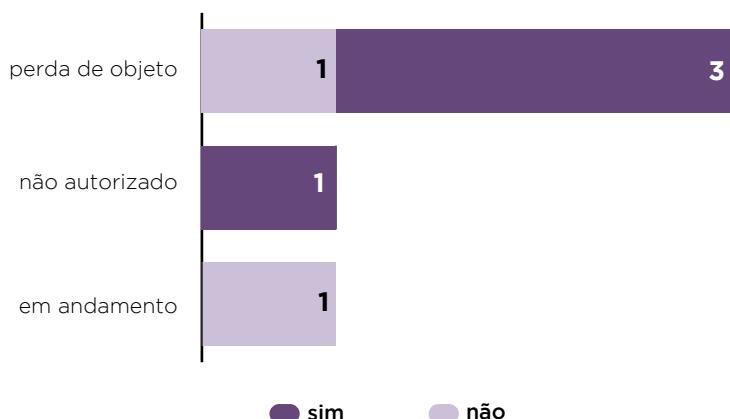
Em alguns acórdãos houve manifestação explícita de que a autorização para a interrupção não deveria ser concedida, alegando-se para tanto que “a vida é divina”, ou que “o feto possui espírito”, inclusive reivindicando-se, em algumas situações, explicitamente a doutrina cristã. Em outros, menos explícitos, mas também adotando-se uma decisão a partir de valores morais específicos e com pouca base legis- lativa, notou-se uma argumentação estruturada na defesa de que o so- frimento (no caso, da mulher gestante) é próprio da condição humana, devendo ser suportado por quem gesta fetos com má-formação, o que

minimiza e considera de pouca importância o sofrimento das mulheres nestes casos.

Embora raro, houve também argumentação religiosa que relativizava o direito à vida do feto ao defender a necessidade de poupar-se a mãe do sofrimento de ter em seu ventre um feto inviável – neste caso, evitar o sofrimento humano seria algo condizente com a doutrina cristã –, autorizando-se, então, o pedido de aborto.

Já nos tribunais superiores percebeu-se a existência de grupos religiosos como partes em um terço dos casos, sendo que os resultados destes acórdãos foram a perda de objeto e a não autorização da interrupção da gestação, além da ADPF, que ainda encontra-se em andamento.

Gráfico. 65
TRIBUNAIS SUPERIORES
Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com participação de grupos religiosos identificada



Pelo que foi constatado, a participação dos grupos religiosos acontece com o intuito de desautorizar ordens concessivas para a interrupção da gestação proferidas em primeira instância, o que efetivamente aconteceu em um dos casos. Em outro, em razão da demora para julgar os diversos recursos e ações, o feto acabou por nascer durante o julgamento do processo.

Nota-se, portanto, a ausência de uma preocupação mais presente e atenta com a questão em sede de tribunais superiores, que muitas vezes demoram demasiado para julgar casos de anencefalia e má-formação. Em tais situações, de tamanha urgência e gravidade, deveriam ter seu julgamento antecipado, para oferecer a prestação jurisdicional pleiteada de maneira satisfatória, a tempo de responder a questão colocada sobre a interrupção da gestação.

Diferentemente dos tribunais estaduais, apesar de existir interfe-

rênciam de grupos religiosos nos casos, não foram utilizados nos argumentos dos acórdãos menções diretas a doutrinas religiosas.

Pode-se apontar aqui o fato de que em muitos casos há a preocupação das partes em atuar nos procedimentos junto aos órgãos superiores do Poder Judiciário brasileiro. Em uma sociedade democrática não se pode negar a todos os setores sociais a possibilidade de participação nas esferas públicas de debate, mas é preocupante esta atuação quando as partes ligadas a movimentos religiosos promovem um prolongamento dos processos, alterando decisões judiciais anteriores e interferindo na vida cotidiana das pessoas. A utilização de preceitos jurídicos para fundamentar suas convicções religiosas, como se a religião fosse a lente pela qual se lê a lei, não deve ser acatada por instituições estatais (como o Judiciário) em um Estado laico.

A título de exemplo, é válido observar uma situação em que houve participação de representantes de grupos religiosos interferindo indevidamente na vida de mulheres.³² Como exemplo, cite-se um caso no qual a paciente de um *habeas corpus* é uma jovem de dezoito anos, grávida, que pediu autorização judicial para realização de interrupção terapêutica da gravidez, tendo em vista a constatação, por exames médicos, de que o feto era anencefálico. O pedido foi negado, alegando o juiz a falta de previsão legal para tal situação.

O Ministério Público prontamente recorreu, e o caso foi ao tribunal estadual. A desembargadora que recebeu a apelação concedeu a medida liminar autorizando a realização da intervenção cirúrgica destinada a promover a interrupção da gravidez. No entanto, os senhores Paulo Silveira Martins Leão Junior e Carlos Brasil (desembargadores aposentados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), ao tomarem conhecimento da decisão por intermédio de matéria jornalística (publicada no jornal *O Globo* de 20 de novembro de 2003), interpuseram agravo regimental, contestando a ordem. Processado tal recurso, veio este a ser desprovido, sendo mantida, portanto, a decisão da desembargadora que autorizara a realização da interrupção da gestação do feto anencefálico. Contudo, antes mesmo da autorização ter sido concedida, um padre já havia impetrado um *habeas corpus*

³² Observe-se que em uma sociedade democrática, todos os diversos setores têm igual direito a participar da arena pública de debates, buscando assegurar seus interesses. No entanto, pode-se dizer tratar-se de uma participação indevida quando estes representantes atuam em um caso concreto, interferindo diretamente na vida de uma cidadã, por meio da imposição de seus valores religiosos a terceiros, utilizando-se, para tanto, da arena judiciária. Há então o deslocamento do debate político para o judiciário, espaço que, em tese, está destinado à solução de problemas entre particulares.

em nome do feto, contrariando a possível autorização e pedindo que a vida do feto fosse salva.

Uma vez distribuído o feito, a ministra Laurita Vaz (STJ) sustou a decisão do tribunal em sede de liminar e reformou-a, proibindo o abortamento. Frente a tal posicionamento, as organizações não governamentais Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero e Agência de Direitos Humanos – Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, em conjunto, impetraram *habeas corpus* perante o STF a fim de contestar a decisão do STJ, negativa para a autorização da interrupção da gestação. Já no STF, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação, pois o feto nasceu durante o julgamento do processo.

Há de considerar-se que os intermináveis recursos e as revisões judiciais são problemáticas nestes casos tão delicados, especialmente devido à urgência que este tipo de situação implica, tanto em relação à prolongação do sofrimento da mulher quanto à possibilidade do objeto perder-se pela morte do feto ou avanço demasiado na gestação.

Pode-se afirmar que as mulheres que procuram o judiciário estão já destoando da maioria, pois buscam tomar decisões que afetam e dizem respeito às suas próprias vidas (incluindo aí seus anseios, conflitos, frustrações), mas com a preocupação de manterem-se na legalidade.³³ Já passam pelo transtorno de, em grande parte das vezes, desejarem a gravidez, mas carregarem em seu ventre um feto inviável, e quando chegam ao judiciário, sofrem trâmites extremamente burocráticos e longos, com não autorizações posteriormente autorizadas e, o que é grave de fato, autorizações posteriormente desautorizadas.

Ao final, nota-se que a gestante, que procurou a justiça para que sua decisão de interromper a gestação fosse abrigada pela legalidade, teve sua vida totalmente modificada, senão abalada, devido à preocupação de um desconhecido em defender a vida se um feto que não tem possibilidade alguma de vida extra-uterina. Merece reflexão esta situação, na medida em que a atuação do padre foi decisiva na vida dessa mulher, que terá de lidar durante toda a sua existência com o sofrimento ao qual foi submetida.

³³ Importante ressaltar que a maioria das mulheres que decide interromper sua gravidez opta pela clandestinidade, situando as que pedem autorização judicial para tal procedimento na minoria. Há dados que apontam que no Brasil ocorrem certa de 1,2 milhão de abortos clandestinos por ano, de acordo com: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2007/05/30/ult27u61502.jhtm> e <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>. Acesso em 13.08.2008.

4.1.3.h Direito à vida como absoluto

Apesar de não ter havido participação direta de representantes de grupos religiosos nos casos dos tribunais estaduais, verificou-se em larga escala o recurso à argumentação em defesa do direito absoluto à vida com objetivo de proteção do feto – o que se refletiu nas decisões dos acórdãos, já que a maioria dos pedidos não autorizados para interrupção da gestação continha esta argumentação pró-vida em absoluto.

Assim, identificou-se como dado relevante o fato de a argumentação em defesa do direito à vida como absoluto mostrar-se bastante presente na amostragem analisada, correspondendo a 35% dos casos, sendo que destes, 69% tiveram como resultado a não autorização da interrupção da gestação, enquanto em 25% o procedimento foi autorizado e em 6% perdeu-se o objeto.

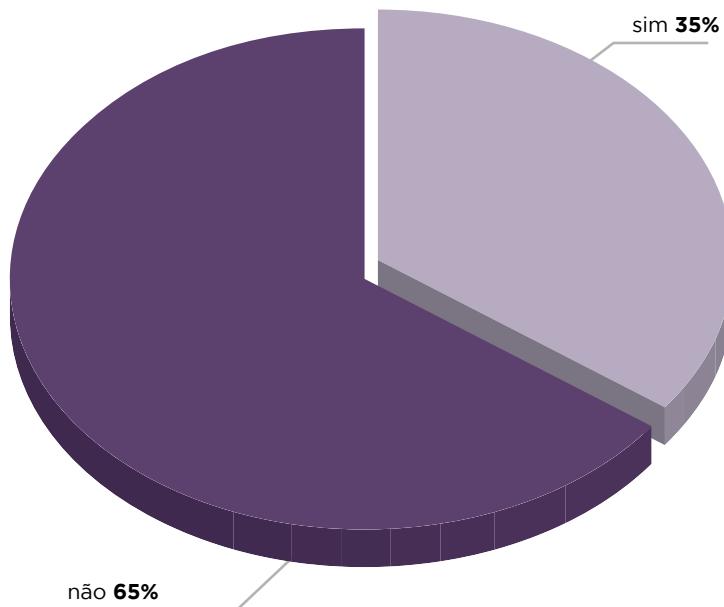
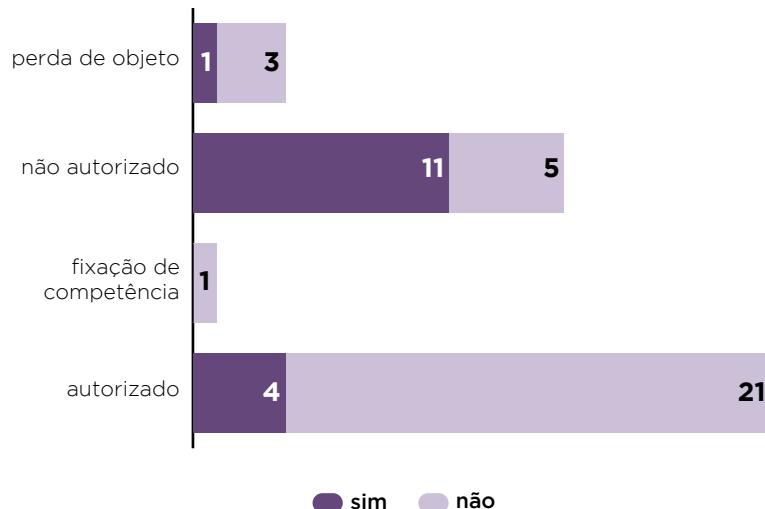


Gráfico. 66
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos clas-
sificados com
as pala-
vras-chave
“anencefalia”
e “má-forma-
ção” com ar-
gumentação
em defesa do
direito à vida
como absolu-
to identificada

Gráfico. 67

**TRIBUNAIS
ESTADUAIS**

Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto identificada



Constata-se, portanto, a forte tendência, na presença deste argumento, da não autorização da interrupção da gestação. Em quase três quartos das não concessões a vida – do feto, no caso – foi considerada bem a ser defendido e mais importante hierarquicamente que outros bens – como a saúde psíquica da mulher, por exemplo. Pode-se dizer, inclusive, que entre as argumentações justificativas para a não autorização da interrupção da gestação, a principal é a da defesa do direito absoluto à vida do nascituro. Observou-se que em 35% dos casos (dezesseis no total) foi constatada argumentação do direito à vida do feto como absoluto (interpretação muito utilizada por grupos religiosos), porém, não houve referência direta a nenhuma religião. Destes dezesseis casos, onze (o que corresponde a 69%) não tiveram autorização para a interrupção da gestação.

Em algumas situações, a defesa da vida esteve vinculada à presença de argumentos religiosos, em outros, o argumento pró-vida ocorreu com fundamentação estritamente jurídica. Note-se que dos dezesseis casos (35% do total) em que o pedido para a interrupção da gestação foi negado, em quatro (25%) havia manifestação de posições religiosas nos votos dos desembargadores (interferência direta da religião).

Em nenhum dos acórdãos não concessivos da interrupção da gravidez para casos de anencefalia e má-formação que apresentaram uma argumentação pró direito à vida como absoluto verificou-se a referência ao Pacto de São José da Costa Rica, que determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação, em geral, desde a concepção. Assim, em razão desta previsão expressa, era esperado que os acórdãos

não concessivos da autorização levantassem como fundamento legal este dispositivo.³⁴ A ausência de referência a tal norma pode significar pouco conhecimento, por parte dos magistrados, destes instrumentos internacionais de direitos humanos ou pouco apego às fundamentações jurídicas pautadas na doutrina dos direitos humanos.

Vale observar que embora o direito à vida seja garantido juridicamente, esta proteção, como dito, não é absoluta. Ao contrário, o ordenamento nos oferece uma verdadeira “gradação” desta proteção, que se verifica maior quando se trata de uma vida já em curso, menor quando se trata de um feto e menor ainda quando da existência de mero embrião.³⁵ Entretanto, o que se verifica nas argumentações dos acórdãos é que muitas vezes a defesa do direito à vida do feto³⁶ vem atrelada a um julgamento de cunho religioso, referindo-se, por exemplo, à vida como divina. Este posicionamento de considerar a vida como bem absoluto, imponderável, mesmo que em conflito com demais direitos, parece não considerar a legislação vigente e as regras de interpretação sistemática do ordenamento, demonstrando, em algumas situações, inclusive descaso pela condição de laicidade do Estado brasileiro.

Também merece destaque o fato de que quando o direito à vida do feto é defendido em absoluto, isso leva, na maioria das vezes, à não consideração dos direitos da gestante, que busca o judiciário na tentativa de abreviar o seu sofrimento.

Os direitos fundamentais não são absolutos, e em casos de conflito devem ser sopesados, conforme já apontado. Assim, é contestável a

³⁴ Embora os magistrados pudessem ter se referido a este tratado como forma de justificar a proteção da vida desde a concepção, há várias interpretações possíveis para o referido dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica. Assim, não necessariamente invocar a sua validade no direito pático poderá significar a defesa da vida como direito absoluto. Para mais informações sobre o tema, recomenda-se verificar o capítulo “Aspectos jurídicos do direito à vida”.

³⁵ Prova de que o ordenamento jurídico oferece uma gradação na tutela do direito à vida é o fato de que o Código Penal estabelece penas diferenciadas para os crimes de homicídio, infanticídio e aborto, sendo que mesmo em casos deste último crime há excludentes de ilicitude. O Código Civil também determina que a personalidade da pessoa física – e consequente proteção – inicia-se com o nascimento com vida, embora se coloquem a salvo os seus direitos, desde a concepção. Por fim, os embriones congelados recebem ainda menor tutela jurídica, podendo, inclusive, ser utilizados para fins de pesquisas terapêuticas, consoante recentemente autorizado na decisão do STF acerca ADIN 3510 – referente ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Assim, resta claro que a proteção à vida não é um bem absoluto, mas que nas próprias determinações legais encontra níveis de proteção diferenciados.

Interessante foi constatar que a garantia do direito à vida como absoluto fez-se presente apenas para a consideração da vida do feto. Igual argumentação não se verifica em outros casos estudados neste trabalho, como os de violência, em que também havia um atentado à vida da mulher e, no entanto, a consideração de sua vida não foi valorada de forma diferenciada.

³⁶ Interessante foi constatar que a garantia do direito à vida como absoluto fez-se presente apenas para a consideração da vida do feto. Igual argumentação não se verifica em outros casos estudados neste trabalho, como os de violência, em que também havia um atentado à vida da mulher e, no entanto, a consideração de sua vida não foi valorada de forma diferenciada.

existência de um “direito absoluto” do feto sem que se pondere a existência de outros direitos fundamentais, como, no caso, os direitos da mãe, especialmente à sua integridade física e mental.

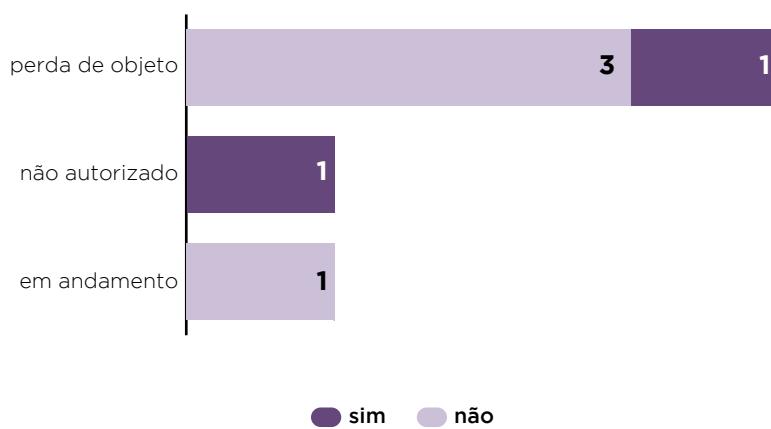
Houve, ainda, situações nas quais estava presente a defesa do direito à vida, mas também se ponderou a situação de risco à saúde física da gestante (possíveis complicações durante a gestação), o que fez com que a interrupção da gestação fosse concedida. Mas nota-se que são poucos os acórdãos contendo este tipo de argumentação cujas decisões são favoráveis à interrupção da gravidez, o que tende a identificar a defesa do direito à vida como absoluto com manifestações de grupos mais conservadores da sociedade, incluindo-se os religiosos.

Percebe-se também, com a leitura dos votos dos acórdãos, que várias decisões não são unânimes. Em algumas situações, a defesa o direito à vida do feto foi contraposta a outras argumentações, nas quais os direitos da mulher eram defendidos. As decisões variavam, orientando-se ora pela autorização, ora pela desautorização da interrupção da gravidez. Muitos dos magistrados com votos vencidos faziam questão de os declarar, demonstrando, às vezes, longas justificativas contra a decisão da maioria, em verdadeiro exercício democrático.

A manifestação de votos contrários é bastante importante na medida em que tem o condão de provocar, futuramente, alterações jurisprudenciais, pois um voto vencido hoje pode tornar-se um voto vencedor no futuro, inspirando a mudança do entendimento acerca da lei ante novas situações concretas que se coloquem aos tribunais.

Já nos tribunais superiores foram identificadas argumentações em defesa do direito à vida como absoluto em dois casos (um terço do total), como se demonstra.

Gráfico. 68
TRIBUNAIS SUPERIORES
Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto identificada



Cabe notar que nestas instâncias o direito à vida como absoluto esteve presente nos mesmos casos nos quais houve participação de grupos religiosos.

4.1.3.i. Participação de grupos feministas e defesa dos direitos das mulheres

Também não foi observada a participação de grupos feministas como parte dos processos nos tribunais estaduais.

Ante tal situação, observa-se que apesar de existirem na sociedade grupos feministas organizados que se posicionam sobre o tema aborto (em geral em defesa de sua desriminalização e a favor de sua legalização), eles não estão interferindo diretamente nos casos de pedidos de autorização judicial de interrupção de gestação de fetos portadores de anencefalia ou outro tipo de má-formação fetal grave propostos perante os tribunais estaduais, ao menos no período pesquisado. Não obstante esta não interferência de grupos sociais “pró escolha das mulheres”, no cômputo geral dos casos pôde-se aferir que a maioria dos pedidos submetidos à decisão judicial tem obtido a autorização do procedimento.

Apesar de grupos feministas não se manifestarem como partes nos casos dos tribunais estaduais, em muitos acórdãos havia algum tipo de argumentação em defesa dos direitos das mulheres, seja por considerar seu sofrimento físico e psíquico, defendendo seu direito à escolha, seja por ponderar que o direito deve atualizar-se perante as mudanças sociais e tecnológicas. Na maioria dos acórdãos que contavam com esta linha argumentativa, a concessão para a interrupção da gestação foi determinada.

Por meio das análises pôde-se perceber que 63% dos casos julgados apresentaram algum tipo de argumentação em defesa dos direitos das mulheres e que entre os casos autorizados o percentual aumenta para 92%. São índices elevados, que demonstram, de alguma maneira, que apesar de ainda existirem situações nas quais o direito à vida do feto é considerado absoluto, inalienável e intangível, em muitos outros ele é relativizado, pois consideram-se como prioridade os direitos da mulher. O dado em maior destaque, portanto, é a presença em quase todos os casos de autorização de algum tipo de argumentação favorável aos direitos das mulheres.

Gráfico. 69
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com argumentação em defesa dos direitos das mulheres identificada

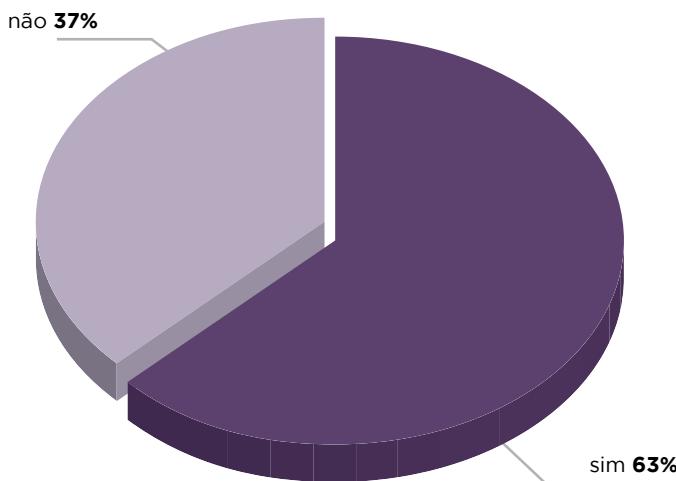
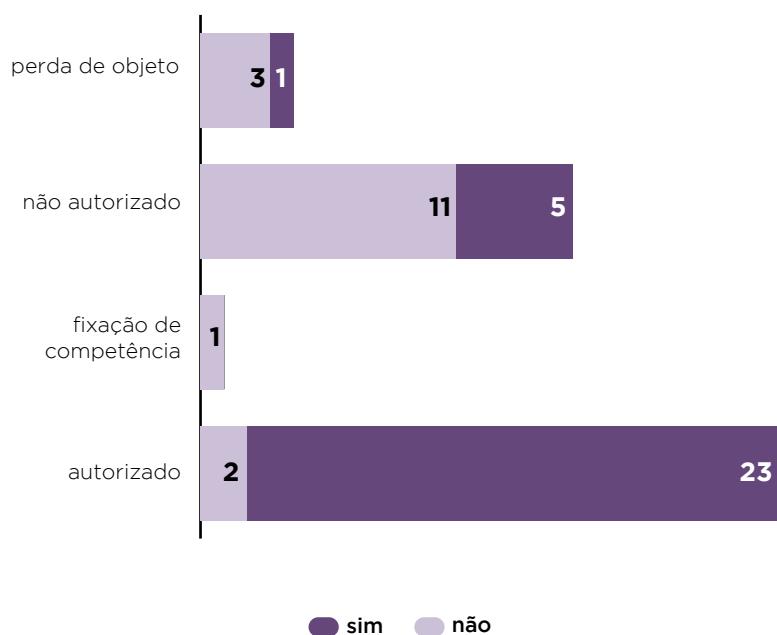


Gráfico. 70
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com argumentação em defesa dos direitos das mulheres identificada



Entre os argumentos considerados como pró direitos da mulher constava, principalmente, a defesa de sua saúde física e mental. Também foi encontrada em alguns acórdãos a reivindicação de que o direito deve acompanhar os avanços sociais e tecnológicos, que hoje possibilitam detectar a anencefalia ou má-formação do feto durante a gestação (o que não era possível quando as excludentes de ilicitude do aborto foram estabelecidas no art. 128, Código Penal).

Embora em menor proporção, a defesa dos direitos reprodutivos da mulher, ou seja, seu direito de escolher se quer ou não continuar a gestação, também foi reconhecida por alguns magistrados. O que se verificou, portanto, é de que na maioria dos casos em que estes argumentos estiveram presentes, a interrupção da gestação foi autorizada.

Cabe ressaltar que em alguns destes acórdãos contendo argumentação pró direitos das mulheres e cuja interrupção da gravidez foi autorizada, o direito à vida do feto também era considerado, mas os direitos da gestante foram os que prevaleceram. Em outros, reivindicava-se que não haveria, em verdade, vida a ser tutelada se o feto possuía uma má-formação que tornava inviável a vida extra-uterina.

Nos tribunais superiores houve participação dos grupos feministas como partes dos processos relacionados à anencefalia e má-formação fetal, o que se constatou no *habeas corpus* 84025, STF.

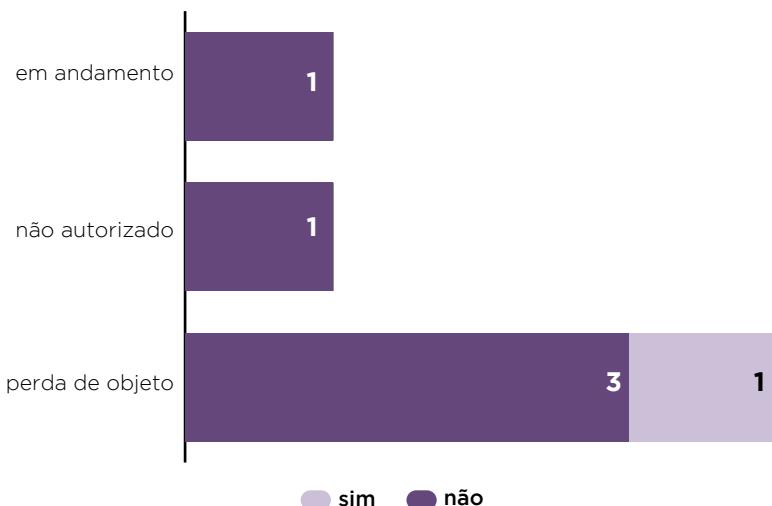


Gráfico. 71
TRIBUNAIS SUPERIORES
Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com participação de grupos feministas identificada

Frise-se que o caso cujo resultado foi a perda de objeto e que possui interferência de grupos feministas, o *habeas corpus* 84025, é o mesmo no qual houve interferência de grupos religiosos.

O gráfico a seguir demonstra a identificação de argumentos em defesa dos direitos da mulher em 50% casos. Um deles é a ADPF 54, os outros dois, pedidos de autorização para aborto de fetos acometidos por má-formação, cujos resultados também foram a perda do objeto.

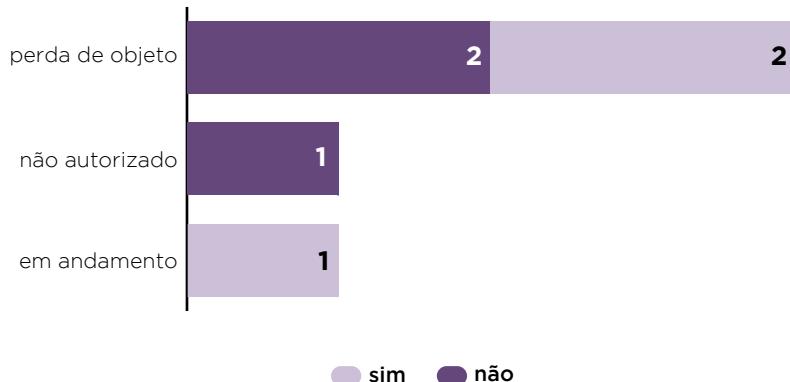


Gráfico. 72
TRIBUNAIS SUPERIORES

Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com argumentação em defesa dos direitos das mulheres identificada

Em um dos casos de pedido de autorização para a interrupção da gestação houve também interferência da religião e demora para o julgamento do mérito, o que ocasionou a perda do objeto devido ao nascimento da criança. No outro, a tendência, segundo as argumentações, apontava para a autorização do procedimento, mas tal não aconteceu devido ao estado avançado da gestação

Por fim, importa também notar que não houve menção expressa a outros tratados internacionais de direitos humanos ou à teoria geral dos direitos humanos para embasarem-se argumentações pró direitos da mulher, mesmo quando os acórdãos apresentavam discussões acerca de direitos reprodutivos e da dignidade da mulher. Isso também demonstra, de alguma forma, pouco conhecimento por parte dos magistrados sobre os documentos e mecanismos de proteção e monitoramento internacionais dos direitos humanos, ou, ainda, pouca disposição em abordá-los em seus votos.

4.1.3.j. Análise qualitativa: conteúdo argumentativo das decisões proferidas pelos tribunais

A partir de uma análise qualitativa e pormenorizada de todos os casos envolvendo a questão da anencefalia e da má-formação fetal com impossibilidade de vida extra-uterina, buscou-se identificar quais seriam as principais correntes argumentativas utilizadas pelos tribunais em suas decisões. Assim, essa análise teve por objetivo verificar quais os argumentos utilizados pelos magistrados quando concedem ou negam a autorização para a interrupção da gravidez em casos de anencefalia e má-formação fetal.

Tendo em vista o objeto de pesquisa, a análise qualitativa também contemplou a verificação de argumentos de influência religiosa, identificados a partir de textos de qualquer doutrina religiosa, como fundamento para a decisão.

Decisões que autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina

As decisões favoráveis à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina utilizaram como principais fontes argumentativas:

- Valorização do direito à dignidade da gestante: notou-se que um dos pontos mais sensíveis na questão da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal diz respeito ao direito à vida do feto. Quando verificada tal situação, os tribunais não costumam ignorar tal questão, no entanto, ao sopesarem o direito à vida do feto e o direito à dignidade da gestante, tendem a considerar este último como detentor de um valor maior. Segundo essa linha argumentativa, a obrigação de gerar um feto inviável e o cerceamento de uma escolha da mulher afetaria a dignidade da gestante, tendo em vista o sofrimento a ela imposto.
- Descompasso da lei penal diante da realidade que se apresenta: muitos magistrados consideram a lei penal de aplicação obsoleta, tendo em vista os avanços da medicina. Segundo essa linha de argumentação, o código penal, editado em 1940, não contemplaria a possibilidade de a mãe saber que o feto dentro de seu útero possuía alguma anomalia que tornaria inviável a vida extra-uterina. Assim, ao considerar-se tal hipótese como aborto, defendem que o Código Penal não se aplicaria de forma taxativa.
- Interpretação ampla do conceito de “saúde”: alguns magistrados entendem que as hipóteses de autorização para interrupção de gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal poderiam enquadrar-se nas hipóteses de “aborto necessário”, tendo em vista que a gravidez, nesses casos, é nociva à saúde psíquica da mulher. Trata-se de uma tese com menor adesão, na medida em que o entendimento

majoritário sobre a interpretação do artigo 128 do Código Penal diz respeito apenas e tão-somente à saúde física.

Os trechos a seguir, retirados de acórdãos de diversas regiões do país, ilustram a existência do conteúdo argumentativo acima apontado:

TJ MG APELAÇÃO CÍVEL 1.0191.05.007719-4/001(1):

Pois bem, é preciso dizer que o Código Penal Brasileiro remonta de 1940, época em que não dispunha a Medicina dos recursos que atualmente permitem a detecção de anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irrecuperáveis seqüelas físicas ou mentais. Naquele tempo, era preciso aguardar o nascimento da criança para se constatar sua perfeita formação e sanidade ou eventual deficiência em maior ou menor grau.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou, como relatado, a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com consequente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica.

Sabido que o Direito não se resume nem se esgota na letra da lei, tampouco deve se estagnar no tempo, inerte e alheio às evoluções sociais. Nesse sentido, repto razoável o entendimento de que, caso existissem tamanhas possibilidades por ocasião da elaboração do Código Penal, tal diploma também isentasse de pena o chamado “aborto eugenético” (ou eugenésico), como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente.

Assim, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto no caso dos autos, como meio necessário à preservação da saúde, não só física como psíquica, da gestante.

Com a devida vénia dos que endossam entendimento contrário, considero que a requerente possui direito líquido, certo

e até natural, ao aborto em decorrência de má-formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida “extra-uterina”.

Por tais razões, entendo que o indeferimento da pretensão formulada equivaleria a impor à requerente, de forma desnecessária e cruel, um árduo sofrimento. (...) o fato de não haver previsão legal para a concessão do aborto em casos de anencefalia não impede que o Judiciário autorize a interrupção da gravidez, porque aí deve ser levada em consideração, também, a dignidade humana, no caso a mãe, porque o feto anencefálico pode trazer complicações à mesma, não se podendo impor que ela carregue, por nove meses, um feto que não sobreviverá. (Notícias, TJ/MG, 05.08.2005)

TJ MG APELAÇÃO CÍVEL 1.0191.05.007719-4/001(1):

De início, é preciso considerar que a questão é polêmica e tormentosa, não se limitando à seara do Direito, mas ensejando discussões de ordem moral e social religiosa.(...)

Nos dias atuais, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica.

Nesse sentido, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má-formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida “extra-uterina”.

Deve ser afastado o entendimento de que o cumprimento da decisão de antecipação do parto está sujeito a avaliação que o médico vier a fazer. (...)

Ressalte-se que, através da presente decisão, está-se apenas autorizando e não determinando a intervenção, cuja conveniência e oportunidade deverão ser verificadas pelos médicos responsáveis pela requerente, até porque, tendo em vista a data aprazada para o nascimento, parece que já se trata agora de gravidez a termo e talvez nem seja mais indicado o aborto, resolvendo-se a situação com mera antecipação do parto, a critério exclusivamente do médico.

TJ PE MANDADO DE SEGURANÇA nº 500089065:

A vida é bem primordial do ser humano, garantida inclusive, ao nascituro, entretanto, no caso em tela faz-se necessária a interrupção da gravidez através do aborto eugênico, que mesmo não se fazendo presente no ordenamento jurídico brasileiro, é o meio cabível para solucionar a lide em comento, pois do contrário poderão ser causados prejuízos incomensuráveis aos envolvidos no caso, principalmente quando se afigura latente a impossibilidade de sobrevivência do nascituro, vez que é anencéfalo.

Percebo que as provas dos autos não deixam dúvidas sobre a melhor solução referente a demanda, qual seja a interrupção da gravidez, pois a vida da mãe também pode correr risco de morte, em caso de ser continuada a gravidez como tida de alto risco, portanto, a garantia constitucional da vida do feto não pode se sobrepor na questão em discussão, pois não existe a menor possibilidade de resistir ao mundo por mais de 3 (três) dias.(...)

Observo também, que ao mesmo tempo em se considerando o feto anencéfalo portador de algum tipo de dignidade relativa, é de se ponderar que a continuação de uma gravidez inviável não pode ser imposta à gestante, portadora de uma dignidade plena, em homenagem a um feto sem qualquer possibilidade de se tornar uma pessoa humana. Para se chegar a essa conclusão, através do princípio da proporcionalidade, é de se considerar a ausência de consciência do feto anencéfalo – ou seja, o fato de não haver possibilidade de sofrimento no abortamento – e a extrema dor psicológica da gestante confrontada com um diagnóstico de anencefalia.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 70012840971 – TJ RS/2005

(...) A ciência, a tecnologia são realidades dinâmicas vivenciadas pela sociedade que pressionam o direito. (...)

A anencefalia é uma anomalia incompatível com a vida fora do útero materno, e a sobrevida, se houver, é apenas um prolongamento de minutos, horas, raramente dias de um natimorto já que a cessação da atividade cardíaco-respiratória é inexorável. (...)

Ora, posta a questão científica, não existiria rigorosamente bem a ser protegido penalmente, por inexistir vida própria possível. A mulher, em casos de gravidez de anencéfalo não carrega a vida, mas a morte, por inviabilidade do feto como pessoa.

Ante a constatação científica de que o anencéfalo é um morto cerebral não se poderia exigir outra conduta da mulher que por vontade pretender antecipar o parto submetendo-se à cirurgia terapêutica e não a um aborto dentro da conceituação penal. (...)

Não me parece que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos possa no rigor ontológico ser considerada aborto eugenético. A eugenia é o aperfeiçoamento da espécie, da raça, é a seleção de fetos que apresentem possibilidade de melhor qualidade de vida. Neste caso, dentro de critérios subjetivos, individuais a gestante interromperia a gestação eliminando fetos que apresentassem deficiências e anomalias comprovadas mas compatíveis com a vida.

O anencéfalo, retomando o conceito do Conselho Federal de Medicina, é um natimorto e, como a Lei dos Transplantes autoriza a extração dos órgãos de pessoas com morte encefálica por inexistir possibilidade de vida, não haveria diferença jurídica com o feto anencéfalo que comprovadamente é incompatível com a vida pós-parto.

O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas voltadas ao poder punitivo do Estado, mas assim como tudo que decorre das relações do homem, não é estático, está em frequente mutação, face à realidade desnudada pela ciência médica que antecipadamente, possibilita a constatação da impossibilida-

de de vida, não se pode exigir da mulher, cidadã comum, na maioria dos casos , de poucos recursos materiais que tenha comportamentos heróicos prosseguindo com a gravidez de um feto sem compatibilidade com a vida após o parto. (...)

Concluindo, respeitando as posições em contrário, não vejo a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como sentença de morte decretada pela mãe ou julgador, a seu pedido, que afronte o valor da vida garantido pela Constituição Federal em razão da incompatibilidade total com a vida autônoma. A meu ver, o procedimento de antecipação do parto, balizada pela vontade da mulher, não seria um procedimento dependente de autorização judicial, mas uma cirurgia terapêutica procedida quando constatada com segurança a anomalia.

A questão tem ficado afeta à Justiça ante a recenticidade do tema, o progresso da ciência e, não incluída entre as exceções do art. 128 do CP, não por vontade do Legislador mas porque quando da aprovação do Código (1940) inexistia o conhecimento científico sobre as peculiaridades de incompatibilidade com a vida do anencéfalo. (INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS - artigo da Desa. Elba Aparecida Nicollli Bastos, citado na apelação criminal)

Malgrado posições divergentes, entendo que não se pode prolongar ainda mais sofrimento tão intenso e profundo que gera sério risco para a saúde mental da apelante quando possível solucionar-se a questão de pronto.

Daí por que dou provimento ao apelo defensivo, autorizando a paciente a interromper a gravidez de feto anencéfalo.

**MANDADO DE SEGURANÇA nº 498.281-3/0-00
TJSP/2005**

Trata-se de impetrantes que vivem a angústia — agravada a cada dia — de suportar, no âmbito familiar, a dor trazida pela gestação de um feto acometido de anencefalia, a respeito de cuja anomalia fetal busca-se a lição do Eminent e Consagrado Professor Titular de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Prof. JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI:

(...) “A correta e corajosa liminar do ministro Marco Aurélio de Mello permitindo a interrupção da gestação em feto anencéfalo colocou o assunto na pauta da imprensa — o que já ocorre há pelo menos 11 anos nos países desenvolvidos que hoje permitem, em sua legislação, interrupção da gravidez nesses casos. A idéia contida na liminar não foi a de obrigar a mulher a interromper a sua gravidez, mas permitir-lhe o ato, se desejado. A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevida ao nascer. Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento. A situação atual se reveste não só de perversidade mas também de hipocrisia, pois neste país praticam-se cerca de 1,5 milhão de abortos ilegais ao ano, que variam em conforto e segurança segundo os recursos despendidos, de tal modo que as gestantes que forem bem aquinhoadas economicamente poderão ter sua gravidez interrompida, se assim o desejarem. Obrigar-se-á, entretanto, as mulheres pobres a levarem a gestação com anencéfalo adiante, mesmo que não o desejem, e com todas as consequências perversas já assinaladas”(...)

Acrescenta-se (...) que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) dispunha sabiamente, mesmo antes do aprofundamento das discussões a respeito dos Direitos Humanos: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (...)

Se a lei penal — aí de forma expressa e sem oposição dos Doutos — depois de ter criminalizado o aborto, afasta a punibilidade quando o aborto tenha sido praticado por médico nas situações elencadas acima, tornando impunível a conduta abortiva orientada para salvar a vida da gestante ou, precedida do consentimento dela, nos casos em que a gravidez tenha resultado de estupro, em ambos os casos pondo em relevo o interesse maior da mulher gestante, acima até mesmo da tão decantada preservação da futura vida extra-uterina do feto,

com maior razão, quando esse feto, acometido de anencefalia, não apresenta condições de sobrevivência e ainda põe em risco a vida da gestante, numa gestação totalmente inviável, justifica-se a interrupção da gravidez.(...)

A mesma condição de impunibilidade prevista naquele artigo 128, portanto, deve: ser estendida à mulher que vem bater às portas do Judiciário lamentando a própria sorte, mas, desejando, com o esperado provimento judicial, obter o conforto do atendimento médico a tempo de evitar a dolorosa consequência antecipadamente conhecida de todos.

A teoria religiosa, respeitável sobre todos os aspectos, não pode ter influência na aplicação da lei no Estado Democrático de Direito, laico por excelência. Desse ponto de vista, a decisão de cada pessoa envolvida deve ser orientada por sua consciência, para optar e escolher o caminho a seguir diante da realidade comprovada por relatórios médicos incontestáveis.

Decisões que não autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina

As decisões que não autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina utilizam como principais fontes argumentativas:

- **Direito absoluto à vida do feto:** segundo essa linha interpretativa, a Constituição Federal determina como um dos direitos fundamentais o direito à vida. Embora o texto constitucional não seja expresso em determinar a partir de qual momento pode-se considerar a existência da vida, muitos magistrados vêm entendendo que o marco inicial é a concepção. Assim, as decisões que negam a autorização para interrupção da gravidez valem-se do argumento de que tal conduta feriria o direito à vida do nascituro, protegido por lei.
- **Estrita legalidade:** outra linha argumentativa comum nos casos de negativa de autorização de interrupção da gravidez, diz respeito à ausência de uma norma que regulamente a situação de fato. Por este motivo, tal prática seria tipificada como aborto nos termos da lei penal.

Os trechos dos acórdãos a seguir ilustram com propriedade essas linhas argumentativas.

APELAÇÃO CÍVEL 1.0166.05.008655-1/001(1) - TJ MG

Por outro lado, afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção de gestação no caso de má-formação do nascituro. (...)

Data venia ao médico compete avaliar a necessidade do aborto e em sendo necessário há de fazê-lo por força da fé de seu grau, por força do juramento a Hipócrates. Não há de ser o Magistrado, afastado do menor princípio de conhecimento da medicina que, do seu gabinete, irá autorizar ou não um aborto quer seja ele de qualquer natureza.

HABEAS CORPUS nº.925568.3/7-0000-000 TJ SP/2006

(...) O Procurador do Estado (...) impetrou a presente ordem de HABEAS CORPUS (...) alegando constrangimento ilegal por parte do MM. JUIZ (...) que julgou extinto, sem apreciação do mérito, pedido de interrupção de gravidez (...) Postula a reabilitação de aborto, alegando que o feto apresenta anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina. (...)

O habeas corpus não é sucedâneo de recurso cabível não interposto oportune tempore. (...)

Ademais, cumpre observar que, nesse momento, nenhuma medida judicial que se adotasse produziria o resultado pretendido pelo Impetrante, dado o lapso temporal transcorrido desde a data da impetração (06 de fevereiro de 2006), quando a paciente já se encontrava na 27ª (vigésima sétima) semana de gravidez.

MANDADO DE SEGURANÇA 470.951-3.4-00 TJ SP/2005

(...) impetuou o presente mandado de segurança contra ato do MM. Juiz (...) que indeferiu pedido de aborto por ela formulado, alegando, para tanto, que os fetos que carrega estão unidos pelo tórax e abdome, porém com um único coração,

fígado e intestino, pelo que pede a concessão da segurança, a fim de que possa interromper sua gravidez.(...)

Ora, a decisão do impetrado que negou à impetrante o direito de abortar teve suporte legal, já que inócorrem no caso presente as circunstâncias previstas no art. 128 do Código Penal.

Por outro lado, ante o que consta destes autos, verifica-se que, quando da impetração, a gestação da impetrante já atingira a 30^a semana, o que, como bem anotado no r. parecer de fls. 132/136, impossibilitava o pretendido aborto. Tal impossibilidade fica mais evidente nesta oportunidade, inclusive ante a probabilidade real de já ter ocorrido o parto.

MANDADO DE SEGURANÇA nº 905037.3/8-0000-000 TJ SP/2006

(...) trata de Mandado de Segurança impetrado por XXXX [nome omitido] e seu companheiro contra ato que acoima de ilegal praticado pelo MM. Juiz (...), porquanto a autoridade impetrada julgou extinto pedido de autorização de interrupção da gravidez, em razão de o feto ser portador de anencefalia, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que para a realização de aborto, nos termos do artigo 128, inciso I, do Código Penal, ou para a antecipação de parto, o médico prescinde de autorização judicial. (...) a impetrante atingia a 24^a semana de gestação e médicos (...) constataram que o feto apresentava quadro de anencefalia com ausência da formação da calota craniana, cuja anomalia revela situação de incompatibilidade absoluta com a vida extra-uterina. (...)

Juntaram documentos e o resultado de exames, incluindo o de ultra-som, além de pedido formulado expressamente pela impetrante objetivando a interrupção da gestação (fl. 20). Acrescentam os impetrantes que contam com direito líquido e certo objetivando a interrupção da gravidez, e por outros motivos entendem que a saúde física e psicológica da impetrante deve ser preservada, superando eventual crime de aborto, haja vista que a morte do feto é insuperável. (...)

A matéria é polêmica, havendo divergências em muitos

segmentos da sociedade, conforme se observa de julgados já trazidos à colação e matéria encontrada em repositórios científicos, em diversas áreas, tais como medicina, antropologia, filosofia, direitos humanos etc.

A questão veio à tona com maior vigor após a concessão de liminar pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do colendo STF, em 2004, autorizando a interrupção de gravidez de embriões anencéfalos sem específica autorização judicial, tomando novas dimensões, atingindo a opinião pública e a mídia.

Suscitou-se Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54-DF), em cujos autos foi revogada posteriormente pela mesma Corte, a r. medida liminar já referida, assim como a segunda parte da liminar, por maioria de votos, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéflicos (cf. informações obtidas via Internet no STF- acompanhamento processual).

A matéria causou impacto e existem diversos projetos de tramitação objetivando a regulamentação do aborto e incluindo dispo respeito de fetos anencéflicos, que estão em discussão, havendo muitas polêmicas a respeito, porquanto além dos aspectos jurídicos relevantes devem ser sopesados questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã. Consta que foram realizadas audiências públicas para discussão da matéria, mas ainda não se chegou a conclusão que atenda os interesses da sociedade da melhor forma possível. (...)

De início, verifica-se que a Carta Magna assegura, entre outros, o direito à vida e desde a concepção, o nascituro é pessoa de direitos e não de mera expectativa, devendo ser protegido pelo Estado. Não se justifica o sacrifício de uma vida sob o fundamento de que é materialmente imperfeito. Será que estaríamos retrocedendo para pretender, como a história atesta, alcançar a uma raça pura?

Outros aspectos ainda podem ser realçados, no tocante, cabendo, por oportuno, lembrar artigo subscrito pelo eminente Desembargador Renato

Nalini em periódico desta Capital, a respeito do tema, quando deixou consignado:

“(...) A vida começou na fecundação. A partir daí, o ser humano começou a existir. É só permitir e ele chegará ao mundo exterior. Com problemas, sim. Mas nascerá. Merecerá registro e nome.

O testemunho das mães de bebês anencéfalos é tocante. Esses bebês mostram a sua vontade de nascer. Dão chutes, se mexem, crescem. Quando nascem, têm olhos, nariz, boca, pernas e braços. Não sendo menos gente do que os normais. Adote-se a solução que se adotar, tenha-se presente essa opção. Estar-se-á a adotar a morte. Estará aberta a porta para, em futuro não muito longínquo, abortar-se o portador da síndrome de Down. E o portador de outros defeitos ou enfermidades”.

Talvez a questão seja posta de forma um tanto radical, se considerarmos o posicionamento do Conselho Federal de Medicina a respeito da morte cerebral. Todavia, o sacrifício da vida alheia para evitar o sofrimento materno parece não ser a melhor solução para o caso. (...)

a gravidez está próxima de seu termo e as consequências após o nascimento devem ser suportadas pelo casal. (...)

Não se ignoram os problemas pelos quais passam os impretrantes, na expectativa do parto, além do sofrimento da mãe, porém, tais vicissitudes precisam ser suportadas porque vinculadas à condição humana. (...)

Talvez, de lege ferenda, a questão possa ser resolvida de maneira a atender os desígnios da sociedade. Porém, enquanto isso não ocorrer, tenho que para a situação descrita nos autos inexiste fundamento de natureza jurídico-legal para atendimento do pedido pelos motivos demonstrados.

(Acima, voto do relator designado)

(...)

A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não está prevista no dispositivo acima referido, pelo que não há falar em excludente da ilicitude.

Todavia, a ausência de lei expressa, não significa que o Poder Judiciário, em face do caso concreto, não possa autorizar a interrupção da gravidez em caso dessa natureza (anencefalia), onde a vida extra-uterina se mostra absolutamente inviável e constitui desnecessário risco para a saúde da gestante.

Afrontaria elementar bom senso exigir que a gestante prossiga agasalhando em seu ventre feto absolutamente inviável, e ainda exponha sua saúde, física e psicológica, inutilmente.

As gestações de anencéfalos causam, com maior freqüência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado.

Acrescente-se que além de não possuir cérebro, o feto sequer tem qualquer ossatura craniana. Nem mesmo os fluidos uterinos garantem a viabilidade ao feto, ainda na fase gestacional. Ele pode morrer durante a gestação, logo após o parto, ou algumas horas após o nascimento.

Permitir a interrupção da gravidez neste caso exalta a prevalência dos valores da dignidade humana, da liberdade, da autonomia e da saúde, em absoluta consonância com os parâmetros constitucionais.

É necessário rever a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, como impeditivos de interrupção da gravidez, em casos de anencefalia, frente aos avanços da medicina nos últimos anos, que desenvolveu métodos para detectar a saúde e a viabilidade fetal com alta precisão.

Assim, caberá à mulher, na qualidade de pleno sujeito de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado, de sorte a assegurar-lhe o direito fundamental à dignidade, e permitir a intervenção médica, apropriada e necessária.

Enquanto isso não ocorre, resta às mulheres que carregam em seu ventre, feto sem qualquer possibilidade de vida, contar com o descritório e desassombro dos membros do Poder Judiciário, para obterem autorização de interrupção de gravidez, por analogia com o instituto do aborto necessário, que visa

preservar a integridade da gestante.

Não se pode perder de vista que a lei permite o aborto em casos de estupro, quando o feto é teoricamente normal, e não apresenta qualquer risco à vida da gestante. (...)

Em excelente artigo intitulado “Anencefalia: Ciência e Estado Laico”, a antropóloga, Professora da Universidade Federal de Brasília, Débora Diniz, ao discorrer sobre o julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta junto ao Supremo Tribunal de Justiça, expõe seu pensamento sobre o tema:

“Reconhecer as premissas científicas da ação sobre anencefalia levará o julgamento para outro desafio: o de garantir e promover o caráter laico do Estado brasileiro. Esta é uma matéria que somente poderá ser enfrentada em termos laicos, isto é, livre de dogmas e valores religiosos particulares, dado o caráter plural e tolerante de nossa sociedade em matéria religiosa. Nossos julgadores terão que enfrentar a certeza científica da morte do feto em termos também científicos e argumentos religiosos sobre a santidade da vida do feto não serão suficientes para justificar o dever da gestação de um feto morto. Ao contrário do debate tradicional sobre a moralidade do aborto, em que controvérsias sobre o início da vida impedem o diálogo razoável, a anencefalia prescinde de um consenso sobre o estatuto do embrião. Basta reconhecer que a lei brasileira se pauta por certezas científicas, e que a ciência reconhece como morto um ser humano sem atividade cerebral. Ao contrário do debate sobre o início da vida, a morte é um fato inexorável quanto ao seu sentido: um feto com anencefalia é um feto morto”.

(...)

Posto isto, pelo meu voto concedia a segurança, nos termos pleiteados. Expeça-se autorização, com toda brevidade possível, para que a gestante seja submetida a intervenção cirúrgica interruptiva de gravidez.

(Acima, declaração de voto vencido do relator sorteado)

Decisões com fundamentação religiosa identificada

Da análise dos casos objeto da pesquisa, identificou-se um total de sete acórdãos relacionados à anencefalia e má-formação que utilizavam de argumentos religiosos para fundamentação das decisões, em um universo de 52 analisados, correspondendo a 13,5% destes.

Deste percentual, verificou-se uma incidência maior de argumentos religiosos para fundamentar a negativa da autorização de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal, o que demonstra que a defesa do direito à vida do feto de forma absoluta encontra-se intimamente ligada a uma influência religiosa, presente na argumentação dos magistrados.

Contudo, cabe ressaltar que, ainda que exista reduzido percentual de decisões contendo argumentação religiosa, esta constatação por si merece preocupação, já que em um Estado laico as decisões judiciais deveriam acontecer independentemente da convicção religiosa de quem as profere.

Desta forma, tais decisões representam um desrespeito à condição laica ou leiga do Estado, na medida em que as argumentações que as fundamentam baseiam-se em preceitos de determinada religião. É princípio do Estado laico agir autonomamente em relação a qualquer religião e, principalmente, não fazer sobrepor uma doutrina religiosa aos crentes de outras religiões ou aos não crentes.³⁷

MANDADO DE SEGURANÇA nº 376.036-3/3-00 TJ SP/2002

(...) requereu, perante o MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Criminal da comarca de Taboão da Serra, autorização judicial para realização de aborto eugenésico, alegando ser o feto portador de anencefalia. O pedido foi indeferido. Contra tal decisão, impetrou mandado de segurança, por entender que a decisão feriu direito líquido e certo da impetrante. (...)

Inviável a concessão da segurança.

Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o estado de pessoa desde a concepção, ou seja, desde o surgimento do embrião (junção do espermatozóide com o óvulo). Há vida a

³⁷ Mais informações sobre Estado laico no capítulo “Aborto e religião”.

partir desse momento.

Essa crença prevalece desde os primórdios do Cristianismo e restou preservada no correr dos séculos.

Pouco importa saber a idade do feto. Com mais tempo ou menos tempo de vida, considera-se, desde o início, como sendo pessoa dotada de um espírito semelhante ao do Criador.

E não é só o Direito Canônico que considera o feto como pessoa. Assim também o Direito Positivo Brasileiro.

Com efeito, o Código Penal classifica o aborto no título I, que trata “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo I, que dispõe sobre os “Crimes Contra a Vida”. O Código Civil, por seu turno, logo no início, “põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que sempre hão de ser tomadas medidas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança (art. 7º).

O bem jurídico penalmente tutelado, no caso do aborto, é a vida. E. Magalhães Noronha esclarece que “em qualquer momento, o produto da concepção está vivo, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa, assim, funções típicas de vida” (“Direito Penal”, Saraiva, 2ª ed., vol. 2, págs. 61 e 62).

O feto, consequentemente, é um ser vital dotado de espírito.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece que “cada pessoa tem direito à vida...” e a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) diz que “a criança, em razão de sua imaturidade física e mental, necessita especial proteção e cuidado, incluindo adequada proteção legal tanto antes como depois do nascimento”.

Relevante notar que o bem jurídico primordial também é especialmente protegido pela Constituição Federal. Começa estabelecendo ser inviolável o direito à vida (art. 5º, inciso I); insiste no mesmo tema, no art. 227, ao dar absoluta prioridade ao direito à vida.

Em face dos preceitos legais mencionados, infere-se que a autorização do aborto eugenésico, não contemplado por qualquer norma do direito infraconstitucional, resultaria em afronta à Lei Maior, o que se afirma sem negar o devido respeito aos que defendem teses opostas.

Não há como autorizá-lo mesmo quando o feto é portador de encefalia, porquanto o bem jurídico “vida” é havido como inalienável, indisponível e irrenunciável. Daí o repúdio à eutanásia. Demais, o prognóstico no sentido de que seria o ente portador de tal anormalidade não se reveste da infabilidade. O parecer consta de simples atestado médico. (...)

Se a pretensão da impetrante conflita com preceitos da Constituição Federal, é lógico que não pode ser havido como um “direito”. E, para argumentar, ainda que para os mais liberais, assim o fosse considerado não poderia ser havido como “líquido e certo” em face da grande polêmica que existe em torno da matéria.

(Acima, voto vencedor do desembargador)

(...)Temos pois, que o feto se apresenta com má-formação congênita inexistindo a possibilidade de vida extra-uterina, devidamente comprovada. O deferimento da medida se faz necessário para evitar sofrimento físico e psicológico à mãe e familiares.

Outra conduta não se pode exigir da gestante, que não a interrupção do desnecessário e desumano sofrimento que chegaria a termo de uma gestação que já se sabe resultará na morte do neonato. Destarte, não pode e não deve a gestante ser obrigada a suportar o prosseguimento desta gestação deficiente, além do pior, que será presenciar a morte de seu filho que já antecipadamente sabe que virá a ocorrer. O sofrimento, portanto, seria desumano e inexigível, e o prolongamento desse quadro não traria à requerente nenhum benefício, mas ao contrário, prejuízo maior do que ela já vem sofrendo e certamente sofrerá com o abortamento que se faz preciso.

Por estas razões, de ordem doutrinária e jurisprudencial, independentemente de posições em contrário, inclusive de fundo religioso, ousei divergir da maioria, sendo meu voto no sen-

tido de conceder-se a segurança para autorizar a interrupção da gestação da impetrante. (...)

(Acima, declaração de voto vencido do relator sorteado)

É que, mesmo nesse estágio, sentimentos de acolhida, carinho, amor, passam por certo, do pai e da mãe, momente desta para o feto.

Se ele está fisicamente deformado – por mais feio que possa parecer isto jamais impedirá que a acolhida, o carinho, o amor flua à vida, que existe, e enquanto existir possa.

Isso, graças a Deus, está além da ciência.

Foi isso que gerou a mudança nos planos do casal, para acolher, pelo tempo que possível for, a menina que geraram.” (fl. 97/98)

Ante todo o exposto, CONCEDO a ordem para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto, ourossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar PREJUDICADA a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

E o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO 2001305005208 - TJ RJ 2003

APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.06.199818-3/001 - TJ MG - 2006

A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos: e esta convicção tem inquestionável base científica. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos, criaturas do Criador.

(...)

Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor.”[grifos inseridos]

**APELAÇÃO CÍVEL 2.0000.00.515561-1/000(1) - TJ MG -
2005**

“Como cristão convicto e temente a Deus, faço algumas considerações preliminares da difícil decisão que tomo neste julgamento. Pelas Leis e Sagrados Preceitos Divinos, a vida humana deve ser preservada e respeitada. Mas estas mesmas Leis e Preceitos, ensina-nos também que o ser humano que tenha condições de resolver um problema que aflige outros, tem o dever ético, moral e de consciência de acabar com o sofrimento de seus semelhantes, partindo-se do pressuposto de que Deus não colocou ninguém no mundo para sofrer. Não tenho dúvida na espécie de que, tanto os genitores como também o filho em gestação, encontram-se atormentados e acometidos de grande sofrimento e dor, afora os males físicos, com a enorme e irreversível deformidade física do Ser que está sendo gerado no ventre materno, sem as mínimas condições e chances de sobrevivência, situação esta comprovada de forma inexorável pelos exames médicos realizados e constantes dos autos. Entendo, na minha modesta consciência que, onde não existe chances de vida, não é justo prolongar o sofrimento do ser humano e daqueles dos quais depende e o amam, em nome de uma vida sem qualquer expectativa de vingar e prosperar. A caridade e a compaixão humana para com os seus semelhantes é também Sagrado Ensinamento de Deus. Se existe uma provação a ser cumprida, que o seu cumprimento se dê nas mãos do Criador Supremo e não pelas impotentes mãos dos seres humanos. Parafraseando a Sábia Prece de um Juiz, pedi ajuda ao Senhor neste julgamento e tomo a minha decisão sem o atormento da dúvida na minha consciência, iluminada pela idéia de que, se tenho condições de ajudar a acabar com os sofrimentos de meus semelhantes, não tenho o Direito de prolongar este sofrimento e os males físicos e emocionais dele decorrentes e tampouco de prejudicar ninguém. Se a minha decisão, aos olhos do Criador Supremo, transparecer um tropeço ou uma falha, peço o amparo e o perdão Divino, porque sou um ser humano falível e portador de defeitos, embora dotado da Divina missão de julgar meus semelhantes. Peço, assim, humildemente, a compaixão de Deus, para com a decisão que ora tomo neste julgamento que faço. Que o Criador

Supremo me julgue com a sua Divina Sabedoria e infinita Misericórdia, porque aqui o julgamento não é Divino e sim de um ser humano.”

MANDADO DE SEGURANÇA 354.703-3/7-00 - TJ SP - 2001

(...) “Além do mais, com os notáveis avanços da medicina, muito provavelmente haverá solução terapêutica para o presente caso, não se justificando, portanto, o sacrifício de um ser humano, o qual não cometeu crime e, muito menos, pediu para ser concebido. Entendo que o casal, que mantém relação sexual para procriar, tem que aceitar as responsabilidades advindas da concepção, não podendo, simplesmente, se desfazer de um filho porque, infelizmente, este sofre alguma doença.” [grifos inseridos]

Casos em que não houve decisão do mérito

(...)

1. Em se tratando de *habeas corpus preventivo*, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do *writ* implica a perda do objeto.

2. Impetração prejudicada.

(...)

Trecho sobre a demora do julgamento do mérito

(...) estas foram prestadas em 18 de dezembro de 2003. O Superior Tribunal de Justiça, em vez de julgar imediatamente o feito, em face da manifesta urgência que o caso requer, resolveu, às rúsperas do recesso judiciário, requerer diligências ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo ficado vencida a ilustre relatora. (...)

Trecho sobre participação de grupos religiosos, possível causadora da demora de julgamento do mérito e resultado correspondente à perda de objeto.

(...) Ocorre que, em 21 de novembro de 2003, isto é, antes da decisão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça carioca que julgara o agravo regimental, o padre LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ, residente em Anápolis-GO, sacerdote e presidente da Associação Pró-Vida, sediada naquela cidade, impetrou ao Superior Tribunal de Justiça um *habeas corpus* visando a desconstituir a decisão monocrática da desembargadora, que viria a ser confirmada quatro dias depois. (...)

A seguir apresenta-se trecho no qual a tendência, segundo as argumentações, apontava para a autorização do procedimento, mas tal não foi autorizado devido ao estado avançado da gestação:

HABEAS CORPUS 56.572 - STJ

(...) 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. (...)

4.1.4. Conclusões parciais

Dante dos dados sobre anencefalia e má-formação fetal coletados, em razão de sua distribuição regional e temporal, bem como dos resultados das decisões e de seus conteúdos, pôde-se inferir diversas conclusões, conforme apresentado a seguir.

Verificou-se que 15% dos 46 acórdãos pesquisados nos tribunais estaduais (sete casos no total) apresentavam referência direta a doutrinas religiosas no voto dos desembargadores. Assim, pode-se dizer que existe uma marcante influência da religião no conteúdo dispositivo³⁸ dos acórdãos dos tribunais estaduais, embora não se tenha constatado a participação direta de grupos religiosos junto a estes órgãos. Inversamente, nos tribunais superiores (STJ e STF) existe maior mobilização

³⁸ Conteúdo dispositivo de um acórdão ou sentença é a parte do documento em que os magistrados efetivamente apontam as suas fundamentações ou argumentações jurídicas para justificar a concessão ou não do pedido submetido à apreciação jurisdicional.

dos grupos e movimentos sociais religiosos para atuar como parte, mas não se encontram, tal qual nos tribunais estaduais, referências diretas e expressas a doutrinas religiosas ou a textos religiosos.

Especificamente na ADPF 54, grupos religiosos e feministas manifestaram-se, pleiteando participar como *amicus curiae*, o que, apesar de não ter sido aceito pelo Ministro Relator, comprova a mobilização destes grupos em relação ao tema aborto em caso de fetos anencéfalos.

A presença de argumentos religiosos nos conteúdos dos acórdãos em que é debatida a permissão para a interrupção da gravidez em razão da constatação de anencefalia e má-formação fetal evidencia a polêmica social que envolve o assunto e se relaciona intrinsecamente com a negativa deste pedido. Constatou-se que dos dezesseis casos (35% do total) em que o pedido para a interrupção da gestação foi negado, em quatro (25%) havia manifestação expressa de posições religiosas nos votos dos desembargadores.

Constatou-se que em 63% dos acórdãos houve uma argumentação mais flexível, levando-se em conta os direitos da mulher no momento de optar-se pela prevalência de um ou outro direito. Dentro deste percentual, houve 92% de autorizações. Ou seja, a presença da relativização do direito à vida do feto, bem como a consideração dos direitos à saúde e dignidade da mulher, quando presentes nas argumentações dos magistrados, levam, em geral, à concessão da autorização da interrupção da gestação.

Em 35% dos casos (dezesseis no total) foi constatada uma argumentação que considera o direito à vida do feto como absoluto. Esta linha argumentativa é bastante utilizada por grupos religiosos ou mais conservadores, que se colocam contra a desriminalização ou a legalização do aborto. Porém, nestes acórdãos não se verificou a referência direta a nenhuma religião. Destes dezesseis casos, onze (o que corresponde a 69%) não tiveram autorização para a interrupção da gestação. Assim, pode-se inferir que a argumentação que se desenvolve nos acórdãos tende o direito à vida do feto como absoluto, em geral, leva à não-concessão da autorização da interrupção da gestação. Ante esta situação, é interessante notar que nestes casos os magistrados não lançam mão de justificativas jurídicas fundadas na teoria dos direitos humanos, com referência ao Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, para a tomada de decisão. Ao revés, baseiam seus votos apenas no direito constitucional e no direito penal vigente.

As decisões favoráveis ou desfavoráveis para a autorização da interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal não são unânimes e variam bastante de acordo com a instância decisória. É emblemático o fato de os tribunais estaduais apresentarem, de maneira geral, uma tendência mais favorável à autorização, enquanto os tribunais superiores não possuem nenhuma decisão neste sentido, já que em 66% dos casos houve perda de objeto, em 17% não se autorizou a interrupção da gestação e 17% dos casos estão ainda em andamento.

Existe uma significativa agilidade do Judiciário, em suas instâncias estaduais, em julgar os pleitos envolvendo autorização para interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação, sendo diagnosticado um pequeno percentual de casos que tiveram seu objeto perdido. Essa situação não se repete nas instâncias decisórias superiores, em que há uma quantidade relativamente grande de perda de objeto ou que ainda aguardam decisão definitiva da corte, como no caso da ADPF 54.

Constatou-se diferenças significativas entre as regiões do país. Sul e Sudeste concentram uma maior quantidade de casos, bem como apresentam decisões mais progressistas – no sentido de autorizarem, com maior freqüência, a interrupção da gestação. Foi possível constatar que na região Sudeste houve doze autorizações, nove não autorizações e duas situações em que ocorreu a perda de objeto. Na região Sul houve oito autorizações concedidas, contra apenas quatro não autorizações (não houve casos com perda de objeto). Em contrapartida, na região Centro-Oeste houve dois casos autorizados, dois não autorizados e um em que houve fixação de competência. Na Nordeste houve duas autorizações e uma fixação de competência. Por fim, na região Norte, apenas um caso foi autorizado, um não autorizado e em um houve a perda de objeto.

As diferenças regionais também podem ser observadas no instrumento judicial utilizado para se propor a demanda e no resultado das ações. Apenas a título de exemplo, basta observar que a apelação criminal é o instrumento mais utilizado no Sul, enquanto no Sudeste o mandado de segurança ocupa esta posição.

Existe um alto percentual de ações cíveis sendo propostas e julgadas com o objetivo de debater a questão da autorização para interrupção da gravidez nos casos de má-formação e anencefalia, embora a questão em si esteja ligada à seara do direito penal.

Constatou-se que o mandado de segurança foi o instrumento jurídico mais efetivo para obter-se a autorização para a interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação fetal, com dez autorizações concedidas nos tribunais estaduais.

Embora a maioria dos casos nos tribunais estaduais tenha tido a autorização para a interrupção da gestação como resultado, o que é importante enfatizar é que muitas autorizações foram negadas ou não julgadas a tempo, ou seja, as mulheres gestantes envolvidas nos casos tiveram de continuar a gestação até o fim contra sua vontade por decisão judicial desfavorável à interrupção, e, em alguns destes casos, a negativa da autorização baseou-se em argumentos valorativos religiosos, ferindo frontalmente o princípio da laicidade do Estado. Nas decisões judiciais, este aspecto não se coloca apenas como uma questão técnica jurídica, mas, acima de tudo, uma interferência impositiva e desrespeitosa – baseada em crenças específicas instrumentalizadas mediante o Estado – no rumo das vidas de diversas mulheres brasileiras.

4.2. Violência e aborto: conexão fundamental para compreender-se as desigualdades de gênero

4.2.1. Aspectos gerais sobre a violência contra a mulher

Ao iniciar-se este trabalho não se pensou que haveria correlação tão significativa entre os temas “aborto” e “violência”. No entanto, no decorrer da pesquisa notou-se uma grande quantidade de casos em que a mulher gestante sofria graves violências e vinha a abortar, chegando até a perder sua vida.

A partir da coleta dos dados, foi possível perceber que 31% dos casos de aborto que chegam aos tribunais têm como origem casos de violência contra a mulher. Em razão do fato de que este tema (violência) não se constituía o foco de análise da pesquisa, não foi possível aprofundá-lo, por exemplo, estabelecendo-se estatísticas para verificar quem eram os agressores. No entanto, em razão do processo de coleta de dados – que envolveu a leitura de todos os acórdãos encontrados com o vocabulário “aborto”, conforme já informado – é possível afirmar que na maioria dos acórdãos analisados constatou-se que a violência

era praticada pelo próprio companheiro (esposo, namorado, etc.) ou ex-companheiro.

Os motivos da violência variaram muito, incluindo desde a indignação pelo fato de a parceira não mais desejar reatar o relacionamento até situações em que o companheiro já se encontrava em novo relacionamento e cometia o homicídio com o objetivo de poder viver esta nova relação sem ter de haver-se com a ex-companheira gestante de um filho seu. As formas de violência praticada também variaram muito, incluindo, em alguns casos, a tortura. Também foram comuns situações de violência sexual contra as mulheres, no entanto, em muitos casos envolvendo estupro e atentado violento ao pudor, não era esclarecido como o aborto ocorria. Mas estes não eram casos em que se pleiteava o aborto legal, nos termos do artigo 128, II do Código Penal, pois tais foram classificados com o vocábulo “legal” para os fins desta pesquisa.

Tendo-se em vista esta situação concreta que se apresentou, reputou-se fundamental aprofundar a análise destes casos, abordando temáticas gerais relativas à violência contra a mulher, a questão da tipificação legal destes crimes e a apresentação dos dados obtidos.

4.2.2. Repressão legal à violência contra a mulher

Observa-se que interferências indevidas na autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, muitas vezes aliadas à violência doméstica e familiar, ocupam uma posição de destaque entre os motivos de mortes de mulheres ou de sua incapacitação para o trabalho, além, é claro, de ferir, atingir e ofender sua integridade física e psíquica. Embora nem sempre punidas, constituem formas de violação aos direitos fundamentais das mulheres. Segundo a professora Flávia Piovesan, jurista feminista:

Estudos apontam a dimensão epidêmica da violência. Segundo pesquisa feita pela Human Rights Watch, de cada cem mulheres assassinadas no Brasil, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas. De acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, 66,3% dos acusados em homicídios contra mulheres são seus parceiros. Ainda, no Brasil, a impunidade acompanha intimamente essa violência. Estima-se que, em 1990, no Estado do Rio de Janeiro, nenhum dos 2 mil casos de agressão contra mulheres registrados em delegacias

terminou na punição do acusado. No Estado do Maranhão, relata-se, para aquele mesmo ano que, dos 4 mil casos registrados, apenas dois haviam resultado na punição do agente.

A violência doméstica ocorre não apenas em classes socialmente mais desfavorecidas e em países em desenvolvimento como o Brasil, mas em diferentes classes e culturas.

(...) Segundo a ONU, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo.³⁹

Segundo outros estudos, como o conduzido pela professora e socióloga feminista Eva Alterman Blay, que analisou Boletins de Ocorrência registrados nas delegacias gerais no ano de 1998, temos que:

Resultou o levantamento de 623 ocorrências com 964 vítimas, das quais 669 mulheres e 294 homens (em um BO o sexo não estava identificado). Entre as 669 vítimas mulheres, 285 eram vítimas de homicídio e 384 de tentativa de homicídio. (ver notas)

- A análise dos BOs mostrou que, na metade das ocorrências, o(a) agressor(a) é desconhecido. Entre os identificados, quando a vítima é mulher, 90% dos autores são homens.
- A maioria das vítimas – 62% – são mulheres brancas, 7% são negras e 30% pardas.
- Constatamos que a maioria tem alfabetização de nível primário (74%), embora 14% tenham o secundário e 3% o universitário.
- Confirmado os dados da imprensa, as vítimas estão na faixa etária dos 22 aos 30 anos.
- O perfil socioeconômico e etário dos agressores assemelha-se ao das vítimas.
- Apesar das inúmeras lacunas que os BOs apresentam, observou-se que cinco em cada dez homicídios são cometidos pelo esposo, namorado, noivo, companheiro, “amante” (sic). Se incluirmos ex-parceiros, este número cresce: em sete de cada dez casos as mulheres são vítimas de homens com os quais tiveram algum tipo de

³⁹ Do Silêncio ao Grito Contra a Impunidade: caso Márcia Leopoldi. LEOPOLDI, Deisi; TELES, Maria Amélia de Almeida, GONZAGA, Terezinha de Oliveira. São Paulo: União das Mulheres de São Paulo, 2007. p. 15 - 16.

relacionamento afetivo. É marcante a dificuldade com que homens aceitem que a mulher rompa um relacionamento (cerca de dois em cada dez crimes são cometidos por ex-parceiros).

- Embora perdure a ideologia de que o lar é um lugar seguro, as relações familiares não são pacíficas: 12% dos homicídios ou tentativas são de responsabilidade do pai, mãe, filho, padrasto, sogra, ou seja, entre os agressores conhecidos, 66% são parentes da vítima feminina.
- Qualquer instrumento serve para agredir – facas, ácido, fogo, madeira, ferro, além das próprias mãos – mas em sete de cada dez casos o revólver é usado.⁴⁰ (grifos inseridos)

A constatação, em outras pesquisas, de que a violência contra a mulher é predominantemente praticada por seus companheiros ou ex-companheiros reforça a percepção da equipe de que estes agentes são os que mais provocam lesões corporais graves (com resultado de abortamento) e homicídio de mulheres gestantes. A identificação deste fator como propulsor de uma violência maciça contra as mulheres evidencia um padrão desigual de violência, que as atinge desproporcionalmente. Comprovam, portanto, a existência de assimetrias de poder nas relações homem e mulher, inserindo esta temática e a reversão deste quadro como fundamental para que se assegure a igualdade entre os gêneros.

Os tratados internacionais de direitos humanos apresentam importantes marcos jurídicos para a solução destas iniquidades. A já citada Convenção CEDAW, Carta Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres, não aborda especificamente o tema da violência contra a mulher, tratando de maneira genérica todas as formas de violência como diferentes graduações da discriminação. De maneira a tentar solucionar esta lacuna, a Recomendação Geral do Comitê CEDAW de número 19⁴¹ apresenta importantes orientações sobre o tema, explicitando ser esta uma temática fundamental para a garantia da igualdade entre homens e mulheres.

40 BLAY, Eva Alterman. Violência Contra a Mulher e Políticas Públicas. In: *Estudos Avançados*, 17 (49), 2003, p. 93 e 94. Disponível para download em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300006. Acesso em 14.06.2009.

41 Para visualizar a íntegra da Recomendação Geral 19 do Comitê CEDAW, acesse: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?OpenDocument>. Acesso em 14.04.2008).

De maneira inovadora, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos abriga um tratado especial e integralmente dedicado ao tema. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – também conhecida como Convenção Belém do Pará e ratificada pelo Brasil em 1995⁴² – é o primeiro e único tratado internacional que aborda especificamente a temática da violência contra a mulher⁴³ e designa medidas que os Estados-partes devem adotar para evitar e punir os perpetradores desta forma de violação aos direitos humanos. De acordo com Flávia Piovesan:

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará) é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres. A convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Adiciona que a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.⁴⁴

No caso da violência doméstica e familiar contra as mulheres⁴⁵, o pleno exercício e fruição de uma vida livre de violências encontra obstáculos de diversas ordens: desde aqueles sócio-culturais até os entraves dos Poderes Executivo e Judiciário na formulação de políticas públicas e no adequado julgamento de casos de violência contra a mulher, respectivamente.

⁴² Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994, ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

⁴³ Define logo em seu primeiro artigo a violência contra a mulher como: “Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado”.

⁴⁴ LEOPOLDI, Deisi; TELES, Maria Amélia de Almeida & GONZAGA, Terezinha de Oliveira. *Do Silêncio ao Grito Contra a Impunidade: caso Márcia Leopoldi*. São Paulo: União das Mulheres de São Paulo, 2007, p. 16.

⁴⁵ A Convenção ainda define em seu segundo artigo: “Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

- a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- b) que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
- c) que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”.

Em atenção à ratificação de diversos tratados internacionais e também em razão da pressão de grupos feministas, o Brasil aprovou recentemente a Lei n° 11.340/06⁴⁶, vastamente conhecida como “Lei Maria da Penha”, em alusão ao caso que, denunciado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, promoveu amplo debate na sociedade brasileira.

Tratava-se de um caso de uma mulher brasileira que, tal qual tantas outras, sofria agressões de seu companheiro. No caso, por duas vezes ele tentou matá-la, sem sucesso. Mesmo após a denúncia do caso e sua condenação pelo Judiciário brasileiro, o agressor não havia sido adequadamente punido, gozando de liberdade. Com a ajuda de entidades de defesa dos direitos humanos – CLADEM⁴⁷ e CEJIL⁴⁸ – o caso foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que terminou por considerar o Brasil responsável pela demora injustificada no julgamento e punição do agressor, considerando-o, portanto, conivente e também responsável pela violência que sofria Maria da Penha.⁴⁹

Embora importante marco jurídico na proteção aos direitos humanos das mulheres, as questões relativas à Lei Maria da Penha não se-

46 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 14.04.2008.

47 Mais informações sobre esta entidade estão disponíveis em: <http://www.cladem.org>. Acesso em 20.10.2008.

48 Mais informações sobre esta entidade estão disponíveis em: <http://www.cejil.org>. Acesso em 20.10.2008.

49 “La Ley 11.340/2006 recibió el nombre de Ley María da Penha en referencia a esa mujer brasileña, biofarmacéutica, quien en 1983 fue víctima de un doble intento de homicidio por parte de su entonces marido y padre de sus tres hijas, dentro de su propia casa, en Fortaleza (Ceará, Brasil). El agresor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileño, economista y profesor universitario, le disparó por la espalda mientras ella dormía, causándole paraplejia irreversible, entre otros graves daños a su salud. En una ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño.

Hasta 1998, quince años después del crimen, a pesar de tener dos condenas por el Tribunal de Jurados de Ceará (1991 y 1996), aún no había una decisión definitiva en el proceso y el agresor permanecía en libertad, razón por la cual María da Penha, juntamente con CEJIL y CLADEM enviaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (CIDH/OEA). El Estado brasileño no contestó la petición y permaneció silente en todo el procedimiento.

En el año 2001, la CIDH/OEA responsabilizó al Estado por omisión, negligencia y tolerancia en relación a la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas, estableciendo para el caso recomendaciones de naturaleza individual y también de políticas públicas para el país.

Sólo debido al uso efectivo del sistema internacional -regional y global- de protección a los derechos humanos, en acciones tanto de litigio como de monitoreo, y por la presión política internacional y nacional, es que finalmente, en marzo de 2002, el proceso penal fue concluido en el ámbito interno y, en octubre del mismo año, el agresor fue arrestado.

El caso María da Penha fue también reportado por la sociedad civil al Comité CEDAW5, en el marco de su 29ª sesión, en el 2003, el mismo que examinó el primer Informe Nacional Brasileño. En sus Observaciones Finales, el Comité recomendó al Estado, entre otras acciones, adoptar “sin demora una legislación sobre violencia doméstica” y “medidas prácticas para seguir y monitorear la aplicación de esta ley y evaluar su efectividad”.

En el 2006, como resultado de la acción conjunta de la sociedad civil y del Estado, se aprueba a nivel nacional la Ley 11.340 (Ley María da Penha), que crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, y busca dar cumplimiento al art. 226 58º de la Constitución Federal, a la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará, al normar sobre Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, modificar el Código Penal y de Proceso Penal, la Ley de Ejecución Penal, entre otras tantas medidas.” De acuerdo com: PANDJIARJIAN, Valéria. María da Penha: una mujer, un caso, una ley. In: Revista Informativa CLADEM, n° 9. Año 6, noviembre 2007, p. 25.

rão abordadas neste estudo, haja vista que sua aprovação deu-se em agosto de 2006. Com isso, a sua implementação em eventuais casos de violência identificados nesta pesquisa não puderam ser verificados, já que o espaço temporal definido para este estudo abrangeu apenas os anos de 2001 a 2006.

4.2.3. A problemática da tipificação penal: homicídio combinado com aborto

Antes de proceder-se a análise específica dos dados sobre violência, cumpre observar que nesta pesquisa os casos estudados foram submetidos a uma classificação diferenciada, com a identificação dos tipos penais encontrados. Desta maneira, partindo de uma simplificação das imputações penais presentes nos casos, aqueles identificados com a palavra-chave “violência” foram sintetizados, a partir de suas referências legais, nas seguintes categorias:

- homicídio de gestante, que levou, segundo a tipificação preponderante nos tribunais, ao concurso⁵⁰ dos crimes de homicídio e de aborto não consentido – representando a imputação realizada nos acórdãos com as referências: crime do artigo 121 em concurso com o do artigo 125 (Código Penal);
- lesão corporal grave (nos termos da lei penal) que resulta em aborto, havendo também casos em que após a agressão a gestante também vem a falecer. Neste bloco entram os casos tipificados com o artigo 129, § 2º, V e outras combinações, como 129, § 2º, V combinado com artigo 121 (Código Penal);
- violência sexual que leva a mulher a engravidar. Neste contexto, há casos de pedidos de aborto legal⁵¹, abortos praticados domesticamente (sem que se recorra a uma clínica médica especializada, ainda que haja direito da gestante a fazer o aborto legal) ou espontâneos. A pesquisa não aprofundou a análise dos dados a ponto de tratar detalhada e especificamente cada uma dessas situações (artigos 213 – estupro,

⁵⁰ “É possível que, em uma mesma oportunidade ou em ocasiões diversas, uma mesma pessoa cometa duas ou mais infrações penais que, de algum modo, estejam ligadas por circunstâncias várias. Quando isso ocorre, estamos diante do chamado concurso de crimes (concurrente delictorum), que dará origem ao concurso de penas. Não se confunde essa hipótese com a reincidência, circunstância agravante que ocorre quando o agente, após ter sido condenado irrecorribelmente por um crime, vem a cometer outro delito.” MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. I, Parte Geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Editora ATLAS S.A, 2003, p. 314.

⁵¹ Embora este caso pudesse ser também classificado como “legal”, estava mais evidente a questão da violência. Como já apontado, a classificação é um processo subjetivo, sendo as categorias criadas passíveis de críticas, revisitações e alterações.

214 – atentado violento ao pudor, 224 - crime cometido com violência presumida, todos do Código Penal). Há ainda situações, em menor número, nas quais a mulher sofre um estupro já estando grávida, ou seja, o aborto surge como resultado do estupro em si.

A questão da tipificação penal é bastante controversa. O enquadramento de uma conduta em determinado tipo penal depende sempre da interpretação que se faz dos fatos concretos. Casos foram encontrados em que o crime constante do acórdão era o aborto, mas em verdade seria mais adequada a tipificação como infanticídio, pois os acontecimentos indicavam a morte de uma criança nascida com vida, e não de um feto. Da mesma maneira, crimes de infanticídio por vezes foram tipificados como homicídio.

No entanto, a tipificação penal mais polêmica e que se notou como largamente adotada pelos tribunais foi a imputação do crime como as condutas previstas nos artigos 121 e 125 do Código Penal: homicídio e aborto não consentido, respectivamente. A adoção das duas tipificações pode caracterizar o concurso material ou formal dos crimes.

O consurso material⁵² de crimes ocorre quando há a conjugação de duas condutas realizadas no mundo fático que são consideradas crimes. De acordo com o artigo 69 do Código Penal, tem-se que:

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

A adoção desta regra para a imputação penal promove um severo agravamento da pena, na medida em que são cumuladas as sanções penais de ambos os crimes. Assim, ter-se-ia, nesse caso, a cumulação de uma pena variável entre seis e vinte anos (homicídio simples) mais uma de três a dez anos (aborto praticado sem o consentimento da

⁵² Conceito de concurso material na doutrina: “Ocorre quando o agente comete dois ou mais crimes mediante mais de uma conduta, ou seja, mais de uma ação ou omissão. Os delitos praticados podem ser da mesma natureza (*concurso homogêneo*) ou não (*concurso heterogêneo*). DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto & DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 139.

gestante). Como a definição de homicídio não apresenta um agravamento pelo resultado “aborto”, esta cumulação serve justamente para promover um aumento de pena para o agressor. No entanto, a caracterização do concurso material dependerá do caso concreto. Isso porque o agente terá de praticar mais de uma ação, com clara intenção de atingir a integridade física da mulher e do feto, praticando, assim, dois crimes. Desta forma, haveria concurso material se o agressor praticasse dois atos que resultassem na morte da gestante e do feto.

O concurso formal⁵³ verifica-se quando mediante apenas uma ação, o agente pratica duas condutas descritas como crime. Assim, poder-se-ia considerar que houve concurso formal quando verificada a violência com clara intenção de matar a mulher que se sabe gestante. Ora, se é de conhecimento do agressor que a mulher carrega um feto em seu ventre e que este depende da vida daquela, pressupõe-se que qualquer atentado à sua integridade terá como objetivo, como intenção, extinguir ou ofender a integridade física e vida de ambos, mulher e feto. De acordo com o Código Penal, tem-se que:

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

⁵³ Conceito de concurso formal na doutrina: “Há *concurso formal* ou *ideal próprio* quando o agente pratica dois ou mais crimes mediante uma só conduta (positiva ou negativa), embora sobrevenham dois ou mais resultados puníveis”. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto & DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 141.

Importante observar que “Para haver concurso formal é necessário, portanto, a existência de uma só conduta (ação ou omissão), embora possa ela desdobrar-se em vários atos. Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido jurídico, apontam-se dois fatores: o *fator final*, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados (no furto, p. ex., a vontade de subtrair coisa alheia móvel informa os distintos atos de procurar nos bolsos de um casaco); o *fator normativo*, que é estrutura do tipo penal em cada caso particular (no homicídio praticado com uma bomba em que morrem duas ou mais pessoas há uma só ação com relevância típica distinta: vários homicídios). Quando com uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre concurso formal. Havendo duas ou mais ações distintas, ainda que em seqüência, inexistirá o concurso formal, podendo-se falar, conforme a hipótese, em progressão criminosa (com antefato e/ou pós-fato não punível), concurso material, crime continuado, etc”. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. I, Parte Geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Editora ATLAS S.A, 2003, p. 315.

A determinação do concurso material ou formal dependerá, portanto, do caso concreto e da interpretação que se faz da situação fática. O enquadramento também pode variar conforme queira-se agravar ou atenuar a penalidade imposta ao agente, visto que, a depender da caracterização como concurso formal ou material, a penalidade imposta poderá variar significativamente.

Independentemente das situações fáticas e desafios teóricos que situações como estas nos colocam, é interessante observar como o tema tem sido tratado pelos tribunais. Não foi possível estabelecer precisamente a proporção entre as interpretações, mas notou-se que em grande parte dos casos assume-se o concurso formal de crimes combinando-se os artigos 121, 125 e 70 do Código Penal.

Importa também frisar que esta classificação não apresenta detalhamento referente a crimes tentados ou consumados, sendo ambos considerados da mesma maneira para a análise dos dados encontrados. Houve ainda muitos casos em que não aconteceu a tipificação do crime como sendo de aborto, embora se tratasse de casos de violência onde de fato o abortamento ocorreu. Não foi possível detalhar esta informação em alguns casos, pois não havia como conferir se o aborto foi espontâneo ou provocado, se legal ou se levado a cabo pela própria vítima. Esta dificuldade intensificou-se pelo fato de que em alguns tribunais o inteiro teor de muitos acórdãos não estava disponível na Internet.

Tem-se a seguir um resumo das referências legais identificadas nos acórdãos analisados. Observe-se que estas foram as imputações feitas nos processos analisados, ou seja, estas foram as tipificações feitas pelos promotores, juízes e desembargadores que analisaram e julgaram o caso. Por exemplo, houve casos em que a imputação feita era de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” (artigo 126 do Código Penal), mas, em verdade, pela análise do inteiro teor verificava-se que a gestante tinha sido coagida a praticar o aborto, por esta razão o caso foi classificado, nesta pesquisa, com a palavra chave “violência”.

Apenas procedeu-se à simplificação da tipificação legal dos casos, para fins de análise, retirando-se, por exemplo, as referências a artigos da parte geral ou menos relevantes para o escopo do estudo, como crimes de ocultação de cadáver. Embora com esta seleção de artigos perca-se muito das particularidades de cada caso, proceder

à sua simplificação foi fundamental para que se pudesse estruturar uma análise de dados com o agrupamento dos casos em categorias. Seguem, na Tabela 1, as referências legais encontradas.

| REFERÊNCIA LEGAL | ESPECIFICAÇÕES | QTDE. |
|---|---|------------|
| art 121 | Homicídio | 2 |
| art. 121, art. 125 | Homicídio + Aborto não consentido | 145 |
| art. 121, art. 129, § 2º, inciso V, art. 157 | Homicídio + Lesão corporal qualificada por aborto + Roubo | 1 |
| art. 121, art. 148, art. 125 | Homicídio + Seqüestro e cárcere privado + Aborto não consentido | 2 |
| art. 125 | Aborto não consentido | 4 |
| art. 125, art. 148 | Aborto não consentido + Seqüestro e cárcere privado | 1 |
| art. 126 | Aborto com o consentimento da gestante | 3 |
| art. 126, art. 127 | Aborto com o consentimento da gestante + Aborto qualificado (por lesão corporal grave ou morte) | 1 |
| art. 129, § 2, inciso V, art. 127 | Lesão corporal qualificada pelo aborto + Aborto qualificado por lesão corporal grave ou morte da gestante | 1 |
| art. 129, § 2º, inciso V, art. 213, art. 214 | Lesão corporal qualificada pelo aborto + estupro + atentado violento ao pudor | 1 |
| art. 129, § 2º, inciso V | Lesão Corporal qualificada pelo aborto | 19 |

Tabela 1

Referências legais encontradas nos casos de violência

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
-CHAVE SELE-
-CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
-CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

| REFERÊNCIA LEGAL | ESPECIFICAÇÕES | QTDE. |
|---|--|--------------|
| art. 157, art. 125 | Roubo + Aborto não consentido | 4 |
| art. 213 | Estupro | 7 |
| art. 213, art. 125 | Estupro + Aborto não consentido | 3 |
| art. 213, art. 214 | Estupro + Atentado violento ao pudor | 1 |
| art. 213, art. 214, art. 125 | Estupro + Atentado violento ao pudor + Aborto não consentido | 1 |
| art. 213, art. 214, art. 157 | Estupro + Atentado violento ao pudor + Roubo | 1 |
| art. 213, art. 214, art. 224, art. 125 | Estupro + Atentado violento ao pudor + Presunção de violência + Aborto não consentido | 1 |
| art. 213, art. 214, art. 224, art. 126 | Estupro + Atentado Violento ao pudor + Presunção de violência + Aborto realizado com o consentimento da gestante | 1 |
| art. 213, art. 224 | Estupro praticado com presunção de violência | 15 |
| art. 213, art. 224, art. 125 | Estupro praticado com presunção de violência + Aborto sem o consentimento da gestante | 1 |
| art. 213, art. 224, art. 126 | Estupro + Atentado violento ao pudor + Presunção de violência + Aborto realizado com o consentimento da gestante | 1 |

| REFERÊNCIA LEGAL | ESPECIFICAÇÕES | QTDE. |
|--|---|------------|
| art. 213, art. 224, art. 129, § 2, inciso V | Estupro realizado com presunção de violência + Lesão corporal qualificada pelo aborto | 1 |
| art 213, art 224, art 218 | Estupro + Atentado Violento ao pudor + Corrupção de Menores | 1 |
| | OUTROS | 9 |
| | TOTAL | 229 |

4.2.4. Apresentação e análise dos dados classificados com a palavra-chave “violência”

A partir da análise dos dados coletados, foi possível perceber que cerca de 31%, quase um terço do total dos casos que chegam ao Judiciário brasileiro com a temática aborto, relatam situações de violência contra a mulher gestante.

Tais casos são aqueles classificados com o vocábulo “violência”, lembrando-se que esta classificação foi feita conforme os critérios já apontados anteriormente. Frise-se tratarem-se de situações em que predomina uma discussão envolvendo crimes contra a integridade e a vida da mulher que encontrava-se gestante. Assim, é possível que em futuras releituras estes dados sofram alguma reclassificação e sejam, portanto, alterados.

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DO A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

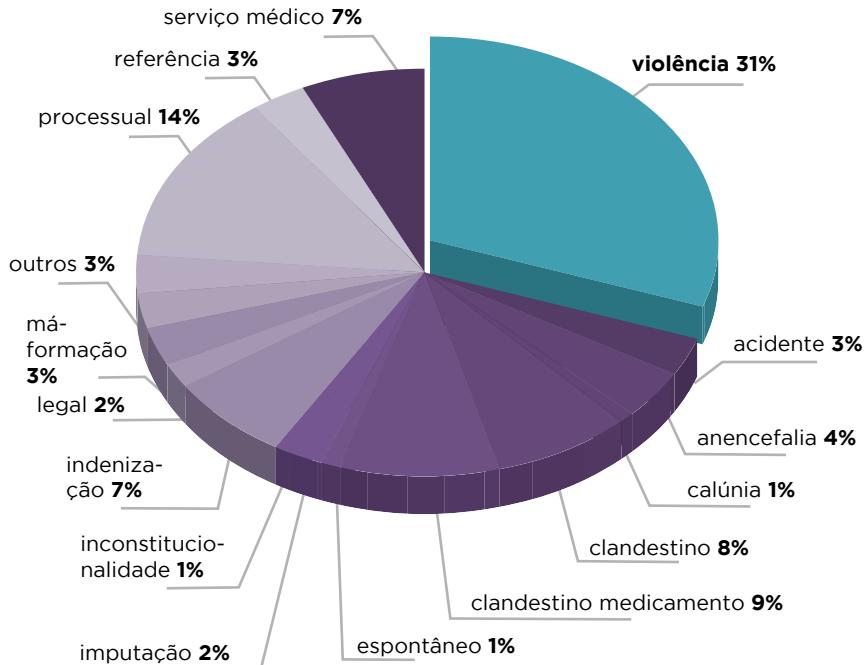
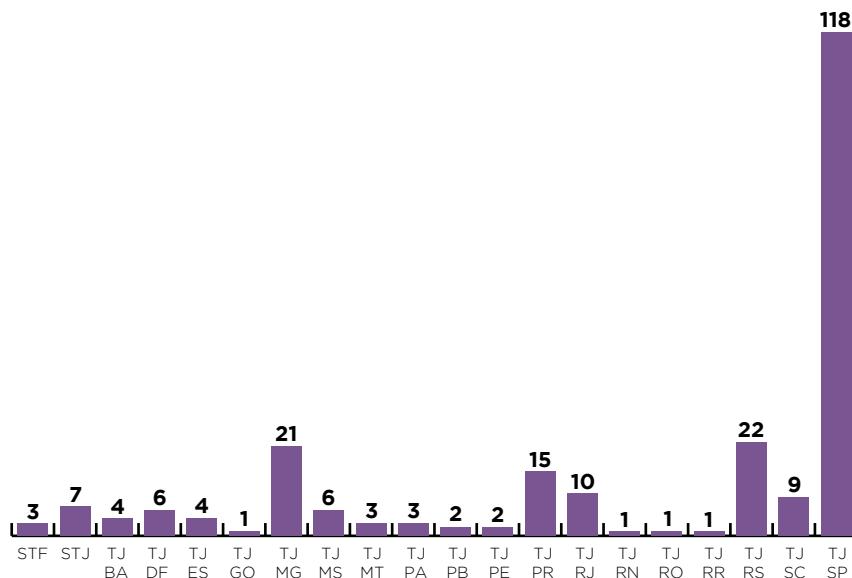


Gráfico. 73
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos dis- tribuídos por palavrachave com destaque para “violên- cia”

A seguir é possível observar os totais de acórdãos com a temática distribuídos por tribunais. Merece destaque a impressionante quantidade de casos encontrados no estado de São Paulo, fator que, inclusive, é responsável por conceder à região Sudeste a prevalência de casos de violência, representado no gráfico 75.

É interessante notar que o que confere à região Sudeste a maioria de casos julgados sobre violência é o fato de esta região conter o estado de São Paulo, cujo Tribunal de Justiça foi, sozinho, responsável pela análise de 118 acórdãos com a temática da violência somente no período de 2001 a 2006. Em comparação com os demais tribunais de justiça, é uma quantidade de casos assustadora.

Gráfico. 74
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
 Total de casos classificados com a palavra-chave “violência” distribuídos por tribunal



Tal fato pode ser parcialmente explicado pela densidade demográfica do estado, que é bastante alta quando comparada com a dos demais estados da federação. Além da questão dos índices populacionais serem mais elevados em São Paulo, é importante ter-se em conta que este estado concentra a maior parte das demandas judiciais do país, sendo uma das razões para tanto o fato de que nesta região o IDH é mais elevado e os serviços de acesso à justiça mais estruturados do que em outras regiões.

Importante notar, também, que os dados apresentados são números absolutos e não indicam uma comparação percentual com a população das diversas regiões. No entanto, mesmo o Nordeste, que tem uma população relativamente grande em relação às outras regiões, apresenta apenas 4% dos casos de violência, em contraposição ao Sudeste, que conta com 67% dos casos. Neste contexto, há indícios de que o componente grau de informação/nível de desenvolvimento, quantificado pelo IDH, interfere claramente na busca por direitos perante órgãos jurisdicionais, especialmente se considerado que os casos analisados nesta pesquisa foram julgados em grau de recurso, ou seja, exigia-se que as partes propusessem recursos para a revisão da decisão de primeiro grau. Assim, é possível que um número significativo de casos tenha sido encerrado ainda em primeira instância.

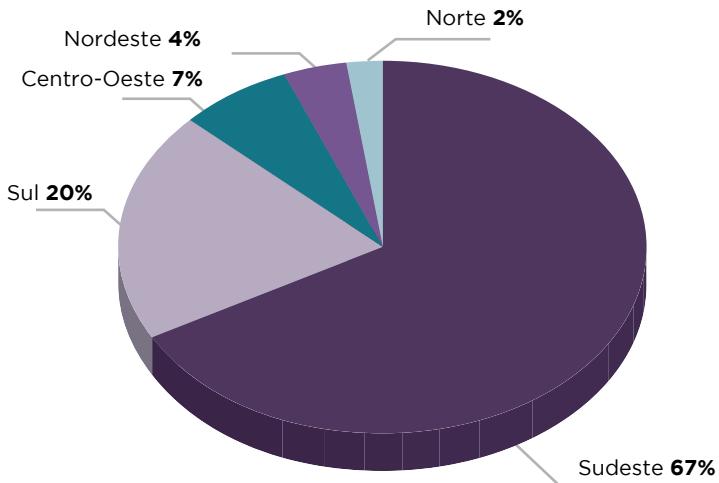


Gráfico. 75
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos classificados com a palavra-chave “violência” distribuídos por região

No gráfico 76 a seguir, onde distribuem-se os casos por ano de julgamento, nota-se um aumento significativo e crescimento progressivo de acórdãos julgados a partir de 2001. Como a coleta de dados teve início em 2001, não é possível saber se estes dados indicam um crescimento efetivo da violência a partir de 2001 ou se anteriormente a esta data já se manifestava um processo de aumento da violência.

Observe-se que um possível fator a interferir neste dado é a mudança de governo que ocorreu no ano de 2002, também com uma maior visibilidade no contexto nacional das questões relativas à violência de gênero e aborto, com discussões sobre a Lei Maria da Penha, por exemplo, e debates envolvendo regulamentações para os serviços de aborto legal já previstos no Código Penal.

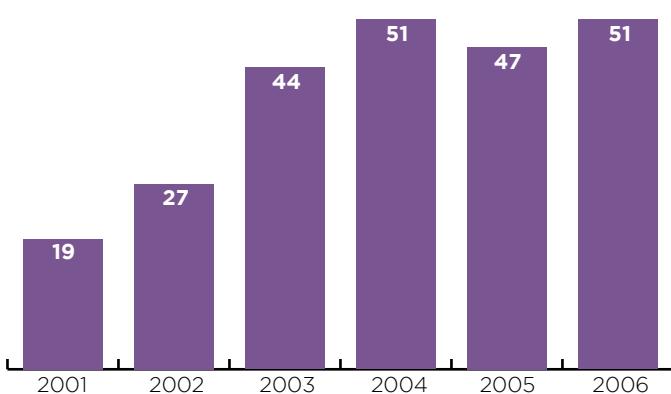


Gráfico. 76
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classificados com a palavra-chave “violência” distribuídos por ano de julgamento

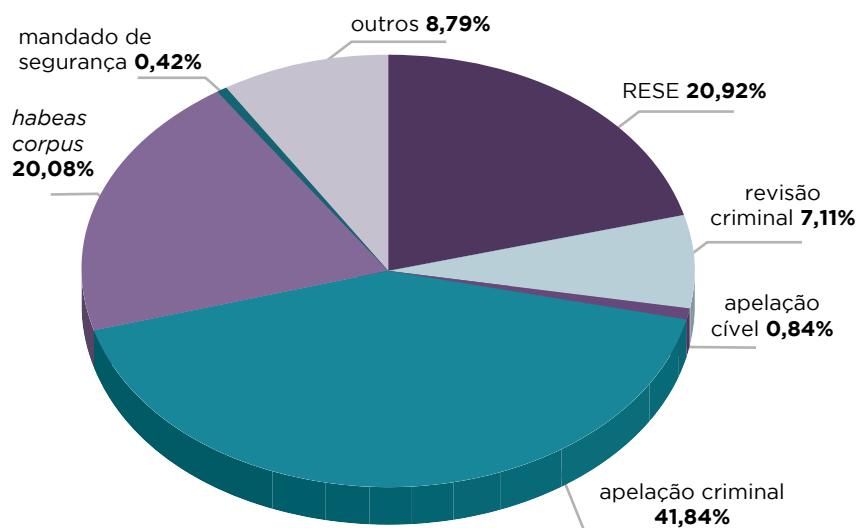
Acerca da violência contra a mulher durante a gravidez, deve ser levado em consideração que quando esta se manifesta em períodos avançados da gestação pode-se observar que há, por parte do agres-

sor, ao menos uma intenção de, além de ferir ou matar a mulher, atingir também o feto, por saber que a mulher está grávida. No entanto, no início da gestação, há situações em que o agente poderia desconhecer o estado gravídico da vítima, o que apenas seria descoberto em exames necroscópicos. Pela ausência de dados sobre o assunto, não se sabe exatamente o período de gestação no qual a mulher encontrava-se, se há mais casos de violência em início ou em estados mais avançados da gestação. O que se sabe, apenas, é que é relativamente alto o percentual de casos de violência envolvendo mulheres gestantes.

Confirmando os dados obtidos nesta pesquisa, o estudo multipaíses encontrou uma prevalência de violência física na gravidez de 11,5% (Zona da Mata de Pernambuco) e 8% (perímetro urbano de São Paulo). Os dados mostram que a violência piorou na gravidez em ambos os estados, obtendo uma prevalência de 34% em São Paulo e 26% em Pernambuco.⁵⁴

O gráfico a seguir nos aponta os instrumentos jurídicos mais utilizados para levar estes casos (de violência) a uma segunda instância de julgamento. Como se nota, predominam apelações criminais (41,84%), Recursos em Sentido Estrito (RESE, em 20,92% dos casos) e *habeas corpus* (20,08%).

Gráfico. 77
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos classificados com a palavra-chave “violência” distribuídos por tipo de ação ou recurso



Importa também notar que no universo dos casos identificados como de violência, predominam aqueles que conjugam o homicídio não con-

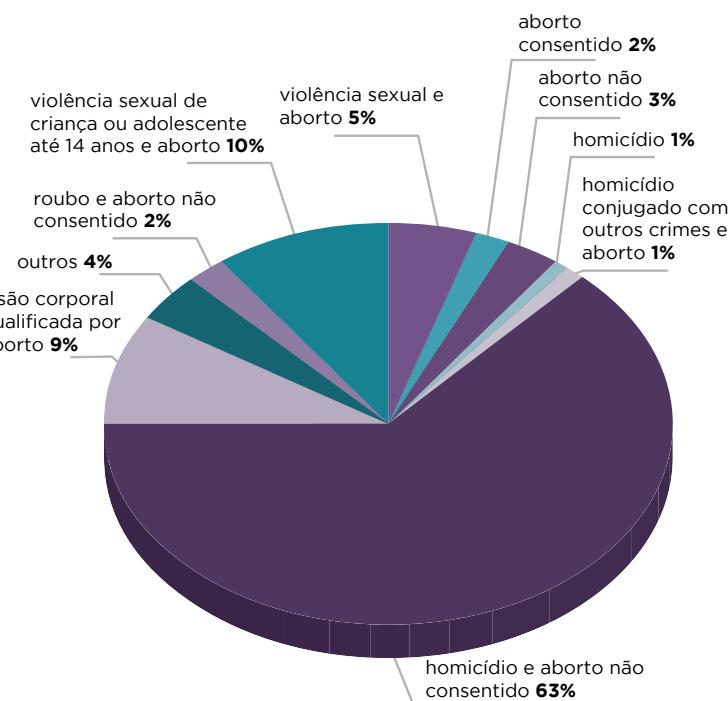
⁵⁴ SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P L; FRANCA-JUNIOR, Ivan *et al.* Prevalência da Violência Contra a Mulher por Parceiro Íntimo em Regiões do Brasil. In: *Rev. Saúde Pública*, Oct. 2007, vol.41, n°5, p. 797 - 807. ISSN 0034-8910.

sentido com o aborto, representando 63% destes casos. Em seguida, também em quantidade significativa, há os casos de lesão corporal qualificada pelo aborto, abarcando 9% dos acórdãos. As situações de violência sexual⁵⁵ também se inserem com um percentual significativo, somando até 15%.

Faz-se importante esclarecer que para a visualização dos crimes no gráfico a seguir apresentado também foram feitas algumas simplificações em suas tipificações, de maneira a agrupá-los para uma melhor visualização gráfica. Assim, as diversas violências sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) foram apenas distinguidas entre aquelas praticadas contra crianças e adolescentes de 14 anos e contra adultos, não se especificando qual a violência cometida. Com isso, alguns detalhes da tipificação não se expressam abaixo, mas podem ser consultados na Tabela 1, apresentada anteriormente. Cabe reforçar que a grande quantidade de homicídios de mulheres grávidas encontrada pela pesquisa, cuja tipificação da morte do feto deu-se como “aborto não cosentido”, justifica-se, segundo a argumentação dos acórdãos, pelo pressuposto de que ao matar ou ferir gravemente uma mulher sabendo-se que ela está grávida, deseja-se também matar o feto.

⁵⁵ “Em 1995, a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro contabilizou 1,5 estupro diário de meninas, o que totaliza 45 estupros no mês. Uma estimativa baixa, já que a subnotificação, por falta de denúncia destes eventos, poderia supor que existiriam em estados populosos brasileiros, 540 estupros, ou seja, no Brasil, considerando metade dos 13 estados mais populosos, ocorreriam, no mínimo, 7.020 estupros por ano. Grande parte das mulheres estupradas não procura serviços de saúde; das que procuram, muitas já estão grávidas, e vão em busca de serviços de interrupção da gestação. Segundo levantamentos recentes (IPAS, 2004), até julho de 2001 foram realizados 17.787 procedimentos de abortamento legal em 24 hospitais que realizam tal prática no país”. FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008.

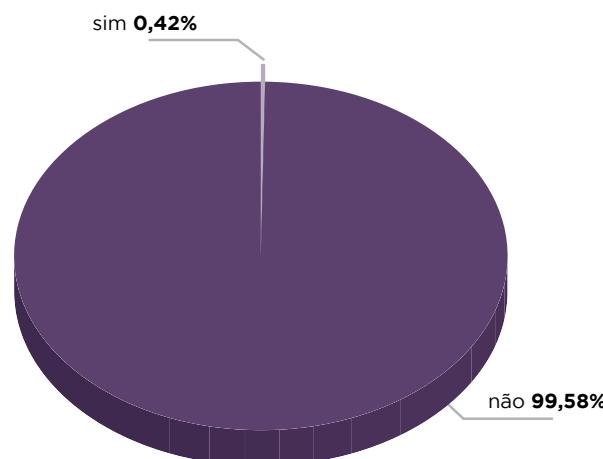
Gráfico. 78
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“violência” dis-
tribuídos por
tipificação
penal



4.2.4.a. Análise segundo conteúdo argumentativo

Quando os dados referem-se à interferência direta da religião, nota-se que houve uma participação bastante reduzida, correspondendo a apenas 0,42% dos casos, conforme pode-se verificar no gráfico a seguir. Isso demonstra que talvez temas com maior destaque social, como a anencefalia, insuflam mais posicionamentos religiosos por parte dos magistrados.

Gráfico. 79
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“violência” com
interfer-
ência direta
da religião
identificada



No caso identificado com interferência religiosa, a apelação criminal nº 200505003825 do TJ RJ, o juiz abre o voto com os seguintes dizeres:

(...) **VOTO**

“Não farás injustiça no juízo, nem favorecendo o pobre, nem comprazendo ao grande: com justiça julgarás o teu próximo” (Levítico, 19:15).

“Cuantas veces Dios no quiere conceder á los Jueces el esclarecimiento de um crimen, es prueba manifesta de que lo reserva para el augusto Tribunal de su Divina Justicia”. (...)

O caso trata de mulher grávida que é assassinada, e o acusado de tal crime é o pai da criança — que até o exame de DNA ser realizado negava tal paternidade. A tipificação penal era a de homicídio da mulher e aborto não consentido do feto, o exemplo de situação com maior ocorrência dentre os casos de violência. A seguir, algumas informações sobre o caso.

Apelação criminal nº 200505003825, TJ RJ

(...) INTRÓITO

1. No curso destes mais de dois milheiros de folhas, nestes dez volumes que integram estes autos, retrata-se uma real tragédia, a vitimar uma jovem, e sua esperança de vida, ainda em gestação.
2. Viviane de Barros Ananias, 26 anos de idade, formação religiosa evangélica – batista – e de atividades sociais relevantes, estimada por todos, orgulho de seus pais, saiu de casa no dia 13 de abril de 2002, para nunca mais voltar. Na expressão ministerial, teria ido a busca de um registro de nascimento para a filha que gerava, vindo a encontrar uma certidão de óbito.
3. Quem matou Viviane? Onde? Quando? – estas as indagações que foram feitas e o são, nestes autos. Na verdade, o que se procurou, nestes longos e melancólicos autos foi encontrarem-se respostas a esta fração de vida, retrato de um quotidiano violento e cruel. (...)

Curioso notar que não houve participação de grupos feministas e religiosos em casos envolvendo violência contra mulheres grávidas, bem como não se identificou argumentações em defesa dos direitos das mu-

lheres. Talvez isso se justifique pela ausência de conhecimento de que a violência contra a mulher ocorre também quando esta encontra-se grávida, ou ainda de que ocorre de forma recorrente nestas situações. Outra hipótese é a de que esta temática movimenta menos os debates públicos se comparada a outros assuntos, como a anencefalia, por exemplo.

Não houve identificação de nenhuma argumentação em defesa do direito à vida como absoluto, embora a maioria dos casos tratasse de assassinatos de mulheres. Pode-se dizer que este tipo de argumentação esteve presente na defesa da vida do feto, mas em nenhum momento na defesa da vida das mulheres. Uma hipótese para tanto seria que as discussões nos acórdãos parecem envolver mais aspectos técnicos de direito penal e processo penal, e não tanto posicionamentos mais ligados às questões éticas e morais — consideradas mais polêmicas —, como os casos de anencefalia.

4.2.5. Conclusões parciais

Considerou-se surpreendente constatar a significativa correlação entre violência contra a mulher e aborto, o que indica, em verdade, uma forma de violência mais acentuada ou mais aguda, com a ofensa a dois bens jurídicos diversos: a vida da mulher e a vida do feto. É interessante como os temas se entrelaçam e como a assimetria de poder entre homens e mulheres se manifesta, pois em muitos casos contatou-se que a motivação do crime foi a não aceitação pelo agressor do término do relacionamento ou ainda o seu descontentamento em relação à gestação da ex-companheira em um momento em que ele encontrava-se envolvido em nova relação.

Também merece destaque o fato de a quantidade de casos ser expressivamente maior em São Paulo, mesmo sendo a violência contra a mulher uma verdadeira “epidemia”, com altos índices em todo o país.

Tendo em vista estes dados, por qual motivo os diversos grupos (feministas e religiosos) não se manifestaram em casos relacionados à violência contra a mulher, quando estes são, de acordo com esta pesquisa, mais expressivos numericamente e envolvem perda de vidas não somente de fetos, mas também de mulheres adultas? Há várias hipóteses para justificar este dado. No entanto, por não ser a violência o tema foco deste trabalho, tal não será aprofundado. Mas é importante

que se diga que uma das hipóteses levantadas para que não houvesse nenhuma participação destes grupos em casos de violência contra a mulher foi a de que tal temática parecer inspirar menos polêmica no debate público se comparada a outros assuntos, como a anencefalia, por exemplo. Além disso, a temática da violência não impõe uma decisão acerca da escolha na preservação de direitos fundamentais quando verificado um conflito no caso concreto, como nas hipóteses de anencefalia (direitos do feto *versus* direitos das mulheres). Nos casos de violência, a ofensa ao bem jurídico já se verificou, cabendo ao Judiciário apenas tomar as medidas cabíveis a título de repressão a tal ofensa. Com isso, não se levantam acaloradas discussões públicas sobre o assunto, ainda que se trate de problema gravíssimo e de urgente necessidade de reversão, no plano social.

4.3. Abortos clandestinos

4.3.1. Panorama: abortos clandestinos no Brasil

Conforme já analisado no capítulo “Aproximações teóricas: o tema aborto” desta pesquisa, a prática do aborto, seja por terceiros, seja pela própria gestante, é conduta punida pela legislação penal do Brasil. No entanto, não obstante tal criminalização, há dados que indicam que sua prática é amplamente difundida no país. A sua realização na clandestinidade resulta na utilização de métodos não seguros, que colocam em risco a saúde da gestante e, em muitos casos, até mesmo a sua própria vida. De acordo com Maria Isabel Baltar da Rocha e Jorge Andalaft Neto:

No Brasil estima-se que ocorreram cerca de 940.660 abortamentos não legais em 1998, o que representa uma razão de 23 abortos por 100 gestações, semelhante à do conjunto de países da América Latina e Caribe. (...)

Conforme as estimativas referentes a 1998, elaboradas com base em dados oficiais, a taxa de mortalidade materna do país era da ordem de 130 por 100 mil nascidos vivos. Segundo os registros oficiais, o aborto representaria 6% do total de causas dessa mortalidade (ou 4,7%, se excluirmos os casos de gravidez molar e ectópica) e especificamente o aborto provocado, 3,4%. No perfil da mortalidade materna, ele surge

como a quarta causa principal de óbito por razões obstétricas diretas, antecedida pela eclâmpsia, síndromes hemorrágicas e infecções puerperais. (Tanaka, 2001)

No contexto da clandestinidade do aborto, é muito importante considerar que as síndromes hemorrágicas e infecções puerperais certamente correspondem à ocorrência de muitos abortamentos e que a condição de ilegalidade do aborto é também responsável por seqüelas importantes no perfil da mortalidade das brasileiras. (Costa, 1993)⁵⁶

Em que pese estes dados refletem um período anterior ao desta pesquisa, são importantes para que se possa situar a temática dos abortos clandestinos no Brasil. O assunto, além de levantar debates morais e religiosos, como já apontado anteriormente neste trabalho, apresenta uma relevante e importante conexão com a temática da saúde da mulher, conforme depreende-se do trecho acima reproduzido.

A prática clandestina do aborto ocorre, em geral, em clínicas médicas clandestinas, com a ajuda de conhecidos que dominem técnicas para proceder-se ao abortamento ou por ação da mulher com esta finalidade, com a ingestão de medicamentos abortivos ou a introdução de sondas na vagina, por exemplo. Assim, a criminalização desta prática pode ocorrer a partir da identificação de duas principais situações: realização de procedimentos abortivos em clínicas clandestinas encontradas pela polícia e denúncias provenientes de situações em que mulheres foram encaminhadas a serviços de apoio da rede pública de saúde em razão de complicações advindas do abortamento inseguro.

É possível estabelecer-se um panorama do aborto clandestino no país a partir de dados coletados junto ao SUS que identifiquem complicações ginecológicas advindas da prática clandestina. De acordo com Regina Figueiredo:

Calcula-se que no Brasil, pelo menos 25% das gestações são indesejadas. Dos nascidos vivos registrados, cerca de 22,63% são filhos de meninas entre 15 e 19 anos, demonstrando um alto índice de gravidez na adolescência. (Ministério da Saúde, 2004)

Do total de gestações indesejadas, 50% terminam em abortamento provocado (Filho, s/d.), o que representou, só no ano de 2000, 247.884

⁵⁶ ROCHA, Maria Isabel Baltar da & NETO, Jorge Andalaft. A Questão do Aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 267 - 268.

internações por aborto nos registros hospitalares pagos pelo SUS, dos quais 67 terminaram em óbito (Ministério da Saúde, 2004). Esses números que não revelam a realidade com relação a esta prática do aborto no país, visto que várias localidades possuem populações não atendidas pelo SUS e existem serviços que não o notificam, e, se corrigidos, elevariam a projeção de abortos brasileiros de 750.000 a 1,4 milhões anuais (Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, 2003). Tais abortos são responsáveis por 4,7% das mortes maternas, que já tem taxas bastante elevadas no país, de 45,8 mulheres em 100.000 nativos. (Ministério da Saúde, 2004)⁵⁷

Nota-se então, que a proibição legal do aborto não coíbe, na prática, a sua realização. Em que pese o fato de tais dados abrangerem períodos diferenciados e não coincidentes com o espaço temporal pesquisado, é surpreendente constatar que a criminalização e efetiva punição a tais práticas clandestinas não corresponde à vastidão de sua realização. Isso porque para o período de 2001 a 2006 foram encontrados apenas 130 casos envolvendo processos de repressão penal a tais práticas, o que é um número bastante reduzido se comparado às estimativas totais de abortamentos clandestinos.⁵⁸

É neste universo que se inserem os dados obtidos pela pesquisa e apresentados neste capítulo, ou seja, são casos de abortos não previstos em lei (proibidos) que foram descobertos por investigação policial, denunciados, processados, julgados em primeira instância e, por algum motivo, posteriormente apresentados aos tribunais, em sede de recursos ou outros instrumentos jurídicos – como *habeas corpus*, por exemplo.

Assim, ainda que a pesquisa não tenha desenvolvido mecanismos para avaliar a origem e forma de realização das denúncias destes casos, concluiu-se que por serem eles provenientes das ações originárias de primeira instância, representam, de alguma forma – ainda que em um recorte metodológico bastante específico –, a questão da criminalização do aborto no Poder Judiciário.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008.

⁵⁸ Frise-se que os casos que chegam aos tribunais constituem-se em número ainda mais reduzido, pois muitos sequer chegam à segunda instância. Como a primeira instância não foi objeto de análise desta pesquisa, não há como comparar os dados de primeira e segunda instância, mas o total de 130 casos em um período de seis anos parece uma quantidade muito pequena em relação aos dados gerais de abortos clandestinos no país.

É importante observar que a repressão penal à prática do aborto depende da denúncia e investigação destes casos, o que é dificultado ante a situação concreta em que ocorrem, como ato adstrito à esfera privada da vida das mulheres, entre outros fatores. Uma maior punição ao aborto implicaria, ademais, uma significativa ampliação do sistema carcerário no país, de maneira a conseguir abarcar todas as condenações advindas da prática de todos os abortos realizados clandestinamente. Daí tem-se que a questão da criminalização do aborto tem também impactos significativos no sistema carcerário e nas políticas criminais.⁵⁹

Não obstante, posteriormente ao período analisado nesta pesquisa, tem-se notado um crescente empenho para a investigação de denúncias de clínicas clandestinas de aborto. Neste contexto, merece destaque o caso do Mato Grosso do Sul em que foram indiciadas pela prática de aborto clandestino cerca de dez mil mulheres mediante a investigação de clínicas médicas clandestinas. Como este caso ocorreu em período posterior ao considerado nesta pesquisa, não foi objeto de estudo.⁶⁰

4.3.2. Apresentação e análise dos casos classificados com a palavra-chave “clandestino”

Identificou-se que os casos classificados como “clandestino” correspondem a 8% dos acórdãos encontrados no Judiciário, enquanto os classificados como “clandestino medicamento” correspondem a 9% deste universo amostral, sendo a segunda maior demanda envolvendo o tema aborto no Judiciário.

⁵⁹ “No caso brasileiro, por exemplo, estima-se que ocorram entre 700 mil e um milhão de abortos ilegais a cada ano. Esse número representa quatro vezes a atual população carcerária do país, que já é considerada excessiva”. - CORRÊA, Sonia & ÁVILA, Maria Betânia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil. Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2003, p. 68, nota 17.

⁶⁰ Para maiores informações sobre este caso, acesse: <http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/mt/MSULsintesefinal.pdf>. Acesso em 23.10.2008.

**4. ANÁLISE
TÉMATICA DOS
DADOS: ESTU-
DO A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

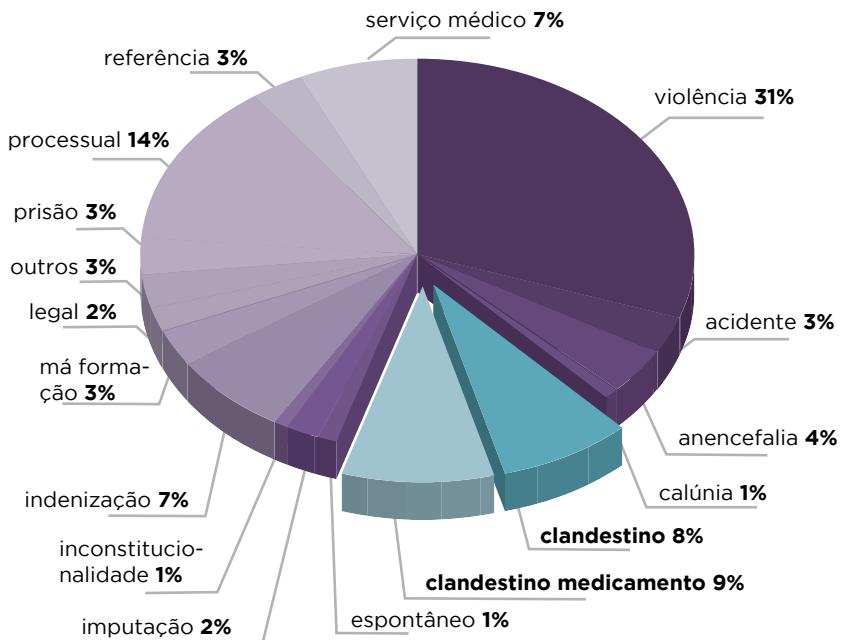


Gráfico. 80
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos clas-
sificados por palavras-
chave com destaque
para “clande-
stino” e “clan-
destino medi-
camento”

Entre os casos classificados como abortos clandestinos, a diferenciação entre “clandestino” e “clandestino medicamento” foi feita em razão do método utilizado para a realização da interrupção da gestação. Verificou-se ocorrência total de 130 casos de abortos clandestinos, dos quais setenta (54%) foram realizados com medicamentos abortivos como o Cytotec – casos classificados como “clandestino medicamen-
to” –, enquanto em sessenta (46%) utilizou-se outros métodos, princi-
palmente sondas introduzidas por parteiras ou objetos inseridos pela
própria gestante, na vagina. Enquadraram-se também como “clan-
destinos” os abortos realizados em clínicas clandestinas.

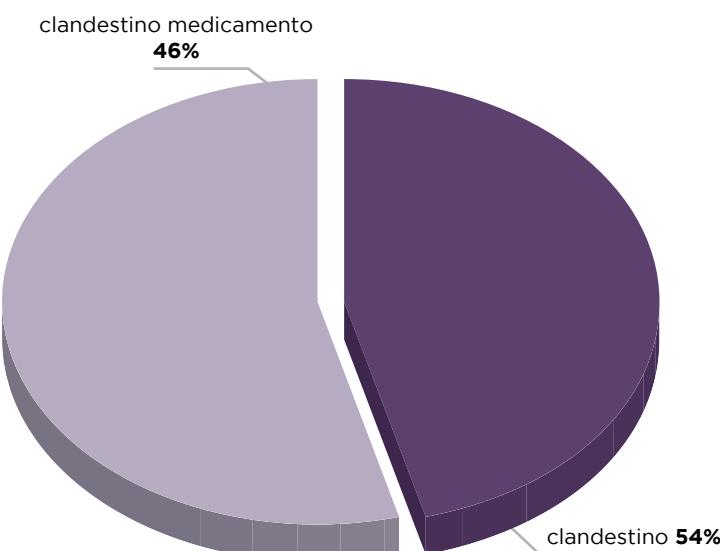
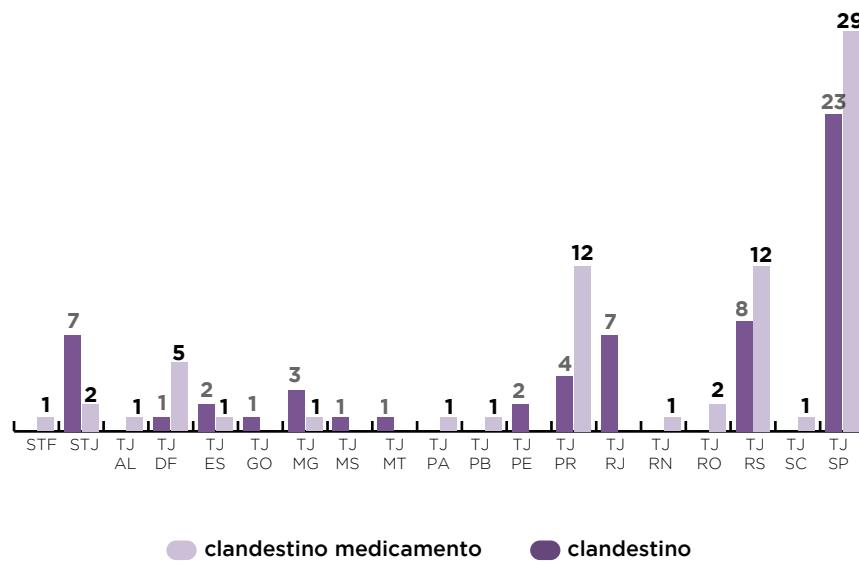


Gráfico. 81
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Percentual de casos clas-
sificados com
as palavras-
chave “clan-
destino” e
“clandestino
medicamento”

A partir dos dados coletados, notou-se que uma maior incidência de acórdãos classificados como clandestinos dá-se nos tribunais de São Paulo (52 casos), Rio Grande do Sul (vinte casos) e Paraná (desesseis casos).

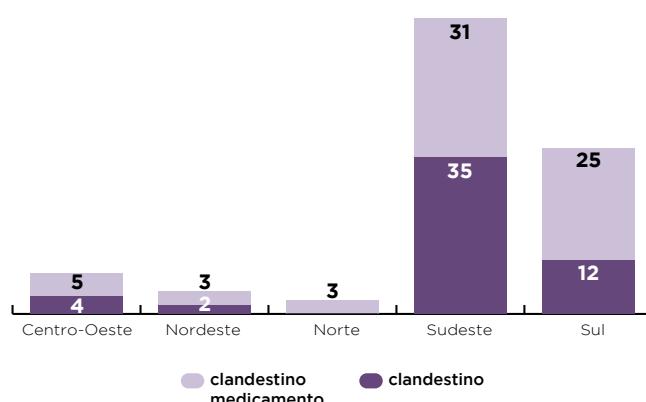
Gráfico. 82
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classificados com as palavras-chave “clandestino” e “clandestino medicamento” distribuídos por tribunal



Desta maneira, infere-se que as maiores demandas ocorrem no Sudeste do país. Como já verificado em outras análises, o Sudeste foi também a região na qual obteve-se mais acórdãos coletados, o que já justificaria esta maioria regional.

O elevado índice de demandas verificadas na região Sudeste pode ser também atribuído tanto ao alto poder de litigância presente nos estados que compõem a região como, ao menos em hipótese, ao fato de haver uma tendência maior desses estados em criminalizar o aborto. Isto é, tais estados teriam mais denúncias, o que levaria as situações a tornarem-se públicas em maior proporção do que em outras regiões.

Gráfico. 83
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classificados com as palavras-chave “clandestino” e “clandestino medicamento” distribuídos por região



No que se refere aos instrumentos jurídicos utilizados para trabalhar-se a questão do aborto clandestino, verificou-se a presença da apelação criminal, RESE (recurso em sentido estrito) e *habeas corpus*, sendo que a porcentagem de apelações e *habeas corpus* são praticamente equânimes. Sobre esses dados, verificou-se que os RESE's veiculam 38% das demandas, os *habeas corpus*, 22%, e as apelações criminais, 23%.

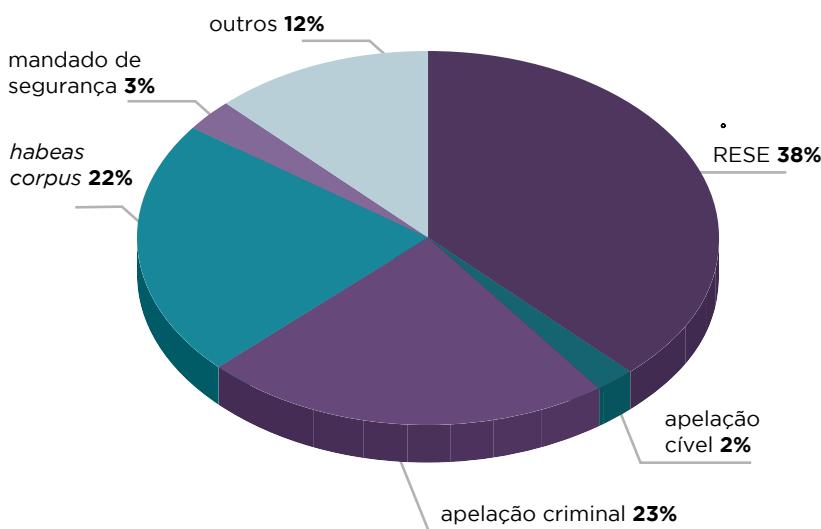


Gráfico. 84
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“clandestino”
distribuídos
por tipo de
ação ou re-
curso

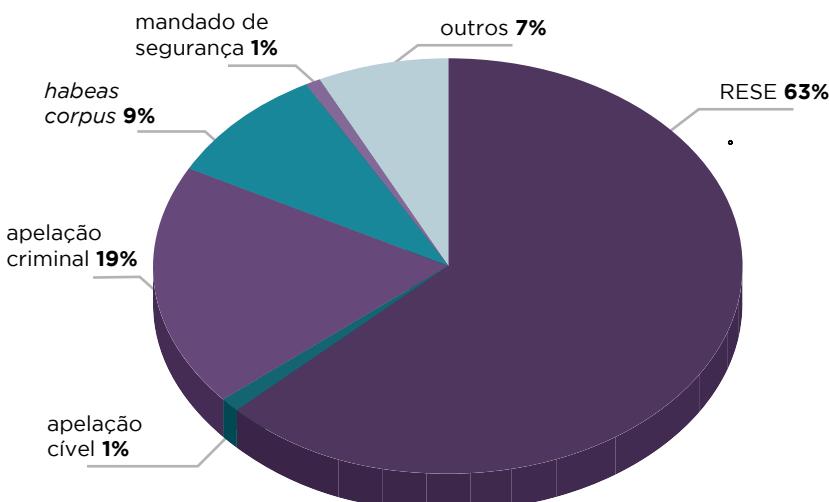


Gráfico. 85
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“clandestino
medicamen-
to” distribuí-
dos por tipo
de ação ou
recurso

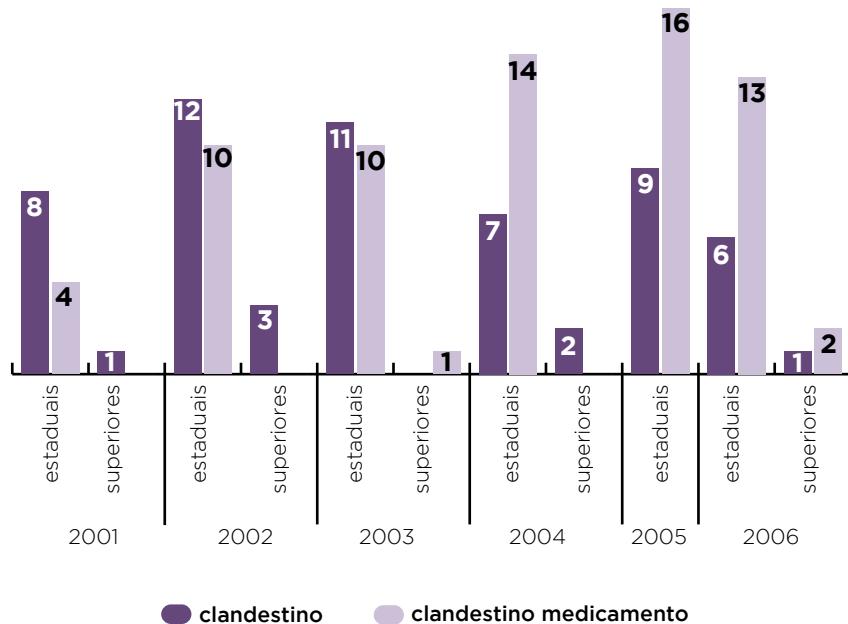
Por tratarem-se de recursos que abordam matéria criminal, a presença significativa do RESE e da apelação criminal demonstra que o tema da clandestinidade está ligado à criminalização do aborto, principalmente nas figuras que envolvem a prática de aborto por terceiro, previstas nos artigos 125 e 126 do Código Penal.

Verificou-se também, a partir da coleta de dados, que a questão da realização de abortos clandestinos mediante uso de medicamentos aparece, principalmente, por meio de RESE's (63%), que, como acima apontado, veiculam matéria criminal.

No que se refere à análise do recorte temporal, observou-se que o número de acórdãos que discutem a questão da clandestinidade é relativamente equilibrado entre os anos, excetuando-se o ano de 2001, com apenas treze. Nos outros anos, tem-se: 2002, 25 casos; 2003, 22 casos; 2004, 23 casos; 2005, 25 casos; e 2006, 22 casos. Em todos os anos há casos tanto nos tribunais estaduais quanto nos superiores.

Notou-se ainda uma tendência de queda no número de acórdãos classificados como “clandestinos” e, por outro lado, uma tendência crescente da prática de aborto pelo uso de medicamentos. Em 2001, quatro acórdãos tratavam sobre o tema, enquanto que em 2006 este número quase quadriplicou, representando um total de quinze acórdãos.

Gráfico. 86
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classificados com as palavras-chave “clandestino” e “clandestino medicamento” distribuídos por ano de julgamento



Desde maio de 1998⁶¹ a venda do Cytotec, principal medicamento utilizado para o aborto, é restrita no Brasil. Sua manipulação é autorizada apenas aos hospitais, que o ministram no tratamento de algumas patologias da gravidez (como a gravidez tubária) e também em casos de aborto legal. Essa restrição, contudo, não tem contido a circulação, também clandestina, desses medicamentos, alguns inclusive disponíveis via Internet, o que motivou que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária emitisse resolução⁶², em 2006, suspendendo anúncios de venda de medicamentos a base de misoprostol, como o Cytotec, pela Internet.

4.3.2.a. Análises segundo conteúdo argumentativo

Não foi identificada nos acórdãos a participação de grupos religiosos nem feministas, bem como não ocorreu argumentação em defesa dos direitos das mulheres, em defesa do direito à vida como absoluto nem interferência direta da religião.

4.3.3. Conclusões parciais

Verificou-se, a partir dos dados, que existe uma demanda expressiva, em relação ao total coletado, de acórdãos envolvendo a prática do aborto clandestino – tanto pela própria gestante, quanto por terceiros – em clínicas especializadas, na própria residência da gestante ou ainda em residência de terceiros. Constatou-se também que a maioria dos acórdãos relatavam a prática do aborto por meio da utilização de medicamentos contendo a substância misoprostol, presente no Cytotec e similares.

Interessante notar que nos casos analisados, muito provavelmente a clandestinidade é anunciada nos próprios hospitais, pois considerável parte dos casos refere-se à condução de gestantes a hospitais públicos em decorrência de complicações (náuseas, sangramentos e dores) ocasionados pela realização de abortos conduzidos de maneira

⁶¹ Portaria 344 da Secretaria de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde, de 12.05.1998: “Aprova o Regulamento Técnico de Medicamento sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial”. Disponível em:

http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3275. Acesso em 20.10.2008.

⁶² Resolução ANVISA/RE n° 1.050, de 6 de abril de 2006: “Art. 1º Determinar a suspensão em todo território nacional das publicidades veiculadas por meio de fóruns de discussões, murais de recados e sítios na Internet (...), dos medicamentos a base de MISOPROSTOL divulgados com denominações tais como CYTOTEC, CITOTEC E PROSTOKOS, bem como materiais e equipamentos indicados para práticas abortivas, uma vez que esses medicamentos que estão sendo anunciados não são registrados no ANVISA, bem como não podem ser divulgados ao público leigo por serem de venda sob prescrição médica e restrito ao uso de hospitais”.

inadequada. Embora a pesquisa não tenha mecanismos para avaliar se as denúncias provenientes das ações originárias de primeira instância foram motivadas por profissionais da saúde – uma vez que não foi possível ter acesso aos autos dos casos que tramitaram em primeira instância –, é um ponto interessante para futura análise o impacto da proibição do aborto sobre os serviços públicos de saúde,⁶³ uma vez que uma gestante em quadro de abortamento e correndo risco de vida deve ser atendida pelos hospitais, e sua situação não deve ser exposta a público ou ao serviço de polícia judiciária, tendo-se em vista a obrigação médica de preservar-se o sigilo profissional.

No geral, pode-se inferir que:

- A região Sudeste apresenta os maiores índices de acórdãos tratando de temas relativos ao aborto clandestino, tanto no que se refere àqueles praticados em clínicas ou residências quanto àqueles praticados com a utilização de medicamentos.
- A abordagem da clandestinidade chega ao Judiciário em razão, principalmente, da criminalização do aborto realizado por terceiros (artigos. 125 e 126 do Código Penal).
- A demanda por casos envolvendo o aborto clandestino, isto é, aborto realizados em clínicas e residências por terceiros, vem decrescendo, em contrapartida à demanda envolvendo o aborto pela utilização de medicamentos abortivos, que é crescente segundo análise feita no período de 2001 a 2006.

4.4. Ações diretas de inconstitucionalidade

4.4.1. A polêmica acerca dos contraceptivos de emergência

Este capítulo aborda os casos identificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade da lei”, nos quais identificou-se a discussão sobre a legalidade da distribuição e comercialização dos chamados contraceptivos de emergência, também conhecidos como “pílula do dia seguinte”.

Estes medicamentos, já há algum tempo, vêm sendo utilizados como

⁶³ Sobre o tema: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>. Acesso em 19.05.2008.

forma de prevenção da gravidez resultante de estupro. Sua origem é antiga, data da década de 70.⁶⁴ Durante muito tempo, sua distribuição e uso ficaram adstritos a esses casos de violência sexual. No entanto, no ano de 1999 sua comercialização foi autorizada em grande escala e permitida a venda em farmácias de todo o Brasil.⁶⁵ A medida imediatamente gerou polêmica na sociedade, em especial entre os setores mais conservadores. Isso porque tais grupos, não raro, condenam, inclusive, o uso de quaisquer métodos contraceptivos.

A Igreja Católica assume um papel importante neste debate. Como já abordado, esta instituição por muito tempo defendeu a prática sexual com finalidade única de reprodução — razão principal para que não seja permitido o uso de nenhum método contraceptivo. Somente a partir da década de 60 passou a posicionar-se no sentido de que o exercício da sexualidade não teria apenas fins reprodutivos, mas também serviria para a manutenção da união do casal.⁶⁶ Mesmo diante desta nova concepção, a Igreja manteve seu posicionamento em relação à contracepção. Após considerável debate interno, “o papado aceitou apenas os ‘métodos naturais’ de contracepção, baseados na abstinência sexual periódica durante o período fértil da mulher”⁶⁷. Com isso, tem-se que a Igreja condena, até os dias atuais, o uso de quaisquer métodos contraceptivos, excetuando-se apenas os supramencionados.

Mediante a autorização da comercialização dos contraceptivos de emergência e o incentivo à sua distribuição por meio do sistema público de saúde⁶⁸, no marco dos programas de saúde reprodutiva e

⁶⁴ “A contracepção de emergência, feita à base de pílulas de progestogênio oral, começou a ser estudada em 1970 por Albert Yuzpe (WHO, 1998) e, logo em seguida, foi sendo disponibilizada no mercado: em 1970 na Hungria, em 1980 na China, em 1984 na Suécia.

Portanto, é um método que pela sua longevidade, já poderia estar incluído nas diretrizes políticas de Planejamento Familiar das décadas de 70 e 80. Apesar disso, permaneceu difundido no Brasil, apenas entre alguns setores do movimento de mulheres e profissionais de ginecologia, sendo regulamentada pelo Ministério da Saúde, em 1996, na forma ‘Yuzpe’ (feita com doses de pílulas anticoncepcionais orais comuns), já que não havia produto específico no país, dedicado a sua realização.” De acordo com FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008.

⁶⁵ “O último e grande fator impulsor, que provocou a revitalização do debate sobre o acesso à contracepção de emergência, foi a introdução do produto no mercado brasileiro, na forma de dosagem única (2 comprimidos de 750 microgramas de levonorgestrel), em setembro de 1999, dando oportunidade de acesso a milhares de pessoas que podem adquiri-la facilmente nas farmácias (já que a necessidade de prescrição médica com que foi regulamentada pela Vigilância Sanitária, não é respeitada pelo público). Atualmente são vendidas mais de 1.200.000 doses anuais da contracepção de emergência neste formato, de 7 diferentes marcas existentes no país.” De acordo com FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008.

⁶⁶ Ver capítulo “Aborto e religião”.

⁶⁷ FAÚNDES, Aníbal & BARZELATTO, José. *O Drama do Aborto: em busca de um consenso*. Campinas: Komedi, 2004, p. 133.

⁶⁸ “O Ministério da Saúde passou a tentar incorporar a contracepção de emergência aos métodos contraceptivos disponibilizados a partir de 2000, dentro de uma estratégia de incentivo, aquisição e ampliação de ofertas de métodos reversíveis no Sistema Único de Saúde (SUS), com o objetivo de reduzir o número de laqueaduras tubárias no país.

planejamento familiar⁶⁹, a Igreja passou a contestar tal distribuição com base na defesa da vida desde a concepção.

Em contrapartida, os grupos feministas apoiaram amplamente essas iniciativas, reputando-as como fundamentais para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Neste contexto, a distribuição dos medicamentos constituiu um importante passo para a completa implementação de políticas públicas de planejamento familiar e garantia de saúde reprodutiva.

Ante a tensão estabelecida entre estes dois ativos grupos sociais, iniciou-se uma verdadeira batalha judicial em diversos estados, em que os grupos conservadores passaram a ingressar com ações perante os tribunais, contestando as legislações que previam a distribuição dos medicamentos, fundamentalmente por equipará-los a métodos abortivos.

Segundo alguns setores religiosos, ao impedir a fixação do óvulo fecundado na parede uterina (o que inibe, portanto, a nidação), os contraceptivos de emergência constituem-se iam em métodos abortivos condenados mais severamente, por parte da Igreja, que a contracepção usual. Como o aborto é considerado, em geral, crime (excetuam-se apenas os permissivos legais do artigo 128 do Código Penal), para tais grupos a distribuição desses medicamentos seria ilegal e atentatória ao direito à vida do feto.

Considerando-se este cenário, foram encontrados, no escopo desta pesquisa, seis casos de contestação a legislações municipais que previam a distribuição gratuita de contraceptivos de emergência. Embora apenas uma destas medidas tenha sido proposta por uma pessoa

De 2000 a 2001, iniciou-se a licitação, compra e distribuição de lotes de contraceptivos definidos por esta política. A contracepção de emergência não pôde ser inclusa nesta distribuição bienal por motivo de atraso na entrega do produto, após licitação e compra, por isso apenas foram entregues às secretarias estaduais de saúde (que por sua vez, repassaram aos seus municípios) e secretarias municipais de saúde das capitais, um total de: 6.210.600 cartelas de pílula combinada de baixa dosagem (mini-pílula), 582.300 ampolas de acetato de medroxiprogesterona (injetável trimestral), 158.000 unidades de DIU Tcu 380-A e 30.000 unidades de diafragma.

A distribuição da contracepção de emergência se efetivou em 2002, quando foram distribuídas cerca de 100.000 doses para aproximadamente 439 municípios e 59 serviços de referência em atenção às mulheres vítimas de violência sexual, em todo o país.” FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008.

⁶⁹ A Lei federal de número 09263/1996 estabelece em seu artigo 9º que: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Para consultá-la, acesse:

http://www.cfemea.org.br/normasjuridicas/leis_detailhes.asp?Registro=49. Acesso em 20.10.2008.

identificada como representante de grupo religioso, a argumentação combativa à política pública levantava, em geral, a bandeira de que se tratavam de medicamentos abortivos e, portanto, atentatórios ao direito à vida do feto.

No mérito dos acórdãos, abordou-se a possibilidade desses medicamentos serem ou não distribuídos pelos municípios, havendo dois posicionamentos antagonizando-se: uns reivindicavam que estes medicamentos estão ligados ao direito de acesso a meios para o exercício da liberdade reprodutiva, com controle sobre realização de planejamento familiar, enquanto outros consideravam que sua distribuição significava permitir a circulação de um medicamento abortivo, o que seria ilegal de acordo com os parâmetros jurídicos brasileiros.

4.4.2. Apresentação e análise dos casos classificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade”

Os casos classificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade”, apesar do baixo percentual em relação à amostragem geral (1%), apresentam importantes discussões em termos de direitos sexuais e reprodutivos, o que justificou uma análise mais detalhada e cuidadosa destes dados. Destaque-se que só foram encontrados acórdãos nos tribunais estaduais.

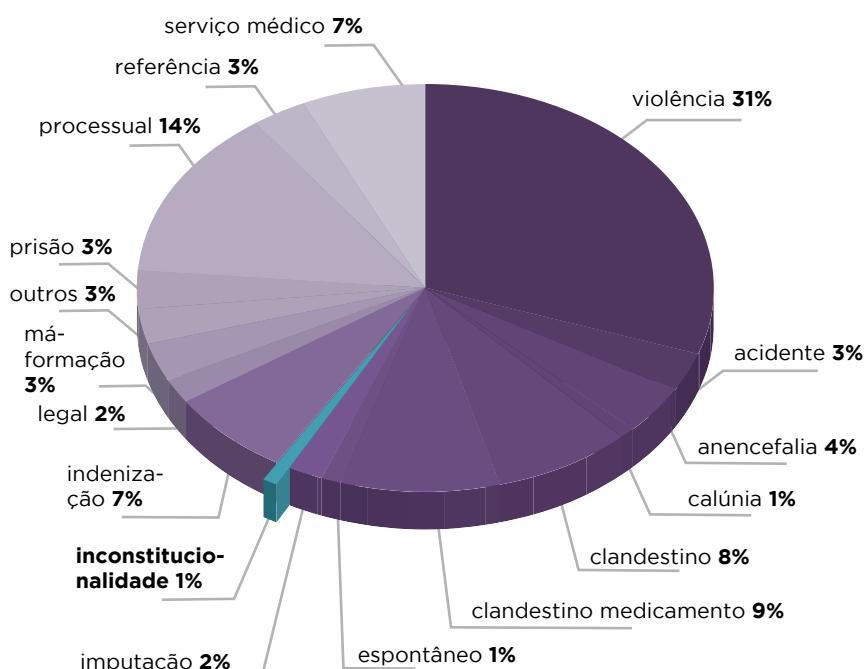
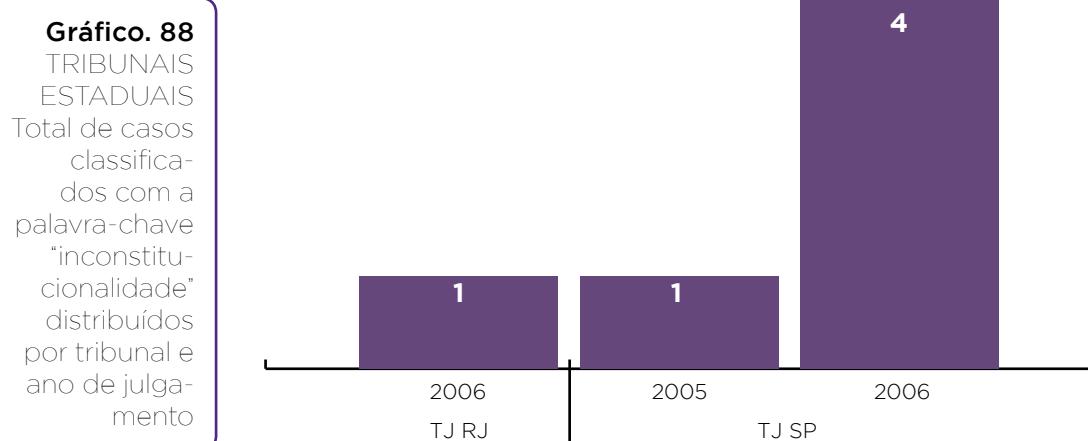


Gráfico. 87
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos clas-
sificados
por palavra-
chave com
destaque
para “incon-
stitucionali-
dade”

Distribuídos por tribunais, percebe-se que estes casos concentram-se apenas em São Paulo e Rio de Janeiro. Nota-se que quase todos foram julgados no ano de 2006. Em razão de a coleta de dados ter se iniciado em 2001 e não terem sido pesquisados casos em primeira instância, não foi viável definir hipóteses que justifiquem a concentração do julgamento destes casos em 2006. No entanto, é digno de nota que como a distribuição dos medicamentos na rede pública de saúde foi efetivada em 2002, é possível que tais casos sejam reflexo da realização desta política pública.



É importante dizer que, no período analisado, todos os casos concentraram-se na região Sudeste, com decisões dos tribunais de justiça dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Não se identificou incidência deste tipo de tema no Supremo Tribunal Federal.

Nota-se, no gráfico a seguir, que os instrumentos jurídicos para levar casos de contestação de distribuição de contraceptivos de emergência aos tribunais – tanto estaduais como superiores – são a ação declaratória de inconstitucionalidade (83%) e o agravo (17%). Como o agravo tem função de contestar apenas decisões interlocutórias, pode-se dizer que as grandes discussões de mérito estão adstritas às ações declaratórias de inconstitucionalidade⁷⁰.

⁷⁰ As ações declaratórias de inconstitucionalidade servem a provocar um tribunal para que este declare uma lei inconstitucional, ou seja, contrária aos preceitos da Constituição Federal. Inserem-se no campo do chamado “controle concentrado de constitucionalidade” e podem ser propostas tanto perante os tribunais estaduais – para contestar leis municipais ou estaduais –, como perante o STF – para contestar leis estaduais ou federais.

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DO A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCÉFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

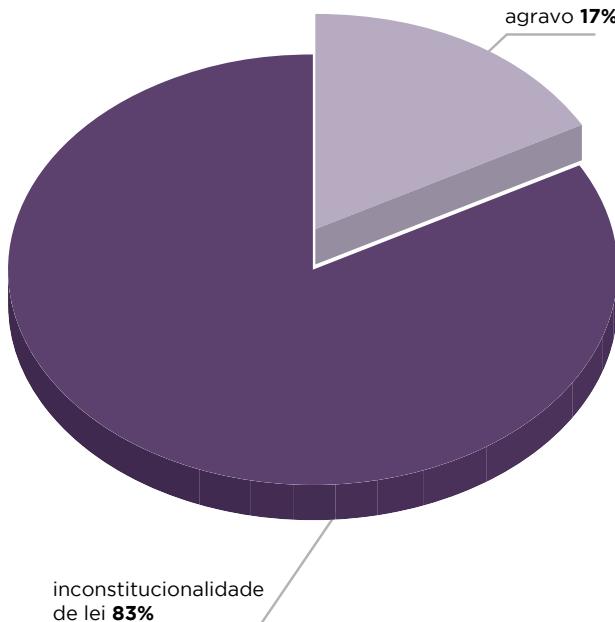


Gráfico. 89
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade” distribuídos por tipo de ação ou recurso

4.4.2.a. Análise segundo o conteúdo argumentativo

Entre os casos de inconstitucionalidade, verificou-se que 67% continham argumentação em defesa do direito à vida como absoluto. No caso, propugnava-se pela defesa incondicional à vida do feto, ainda que antes de iniciado o processo de nidação.

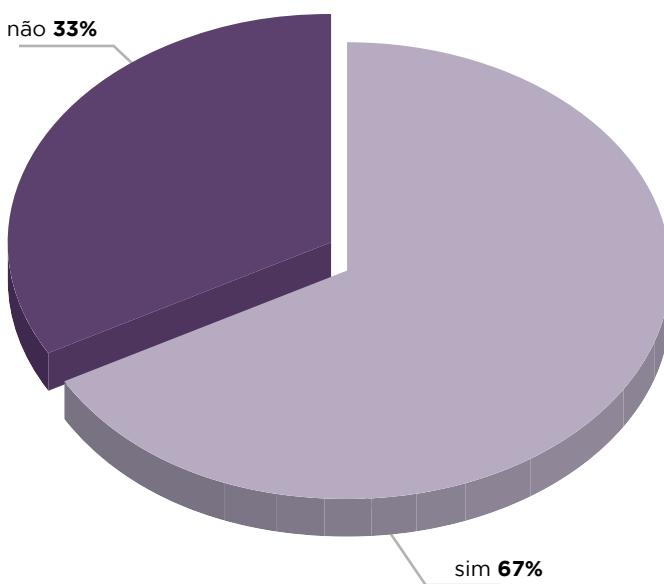
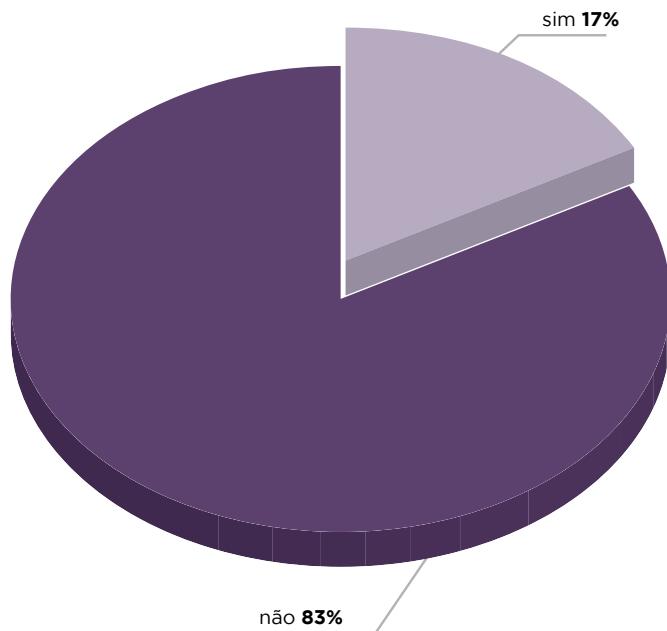


Gráfico. 90
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com a palavra-chave “inconstitucionalidade” com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto identificada

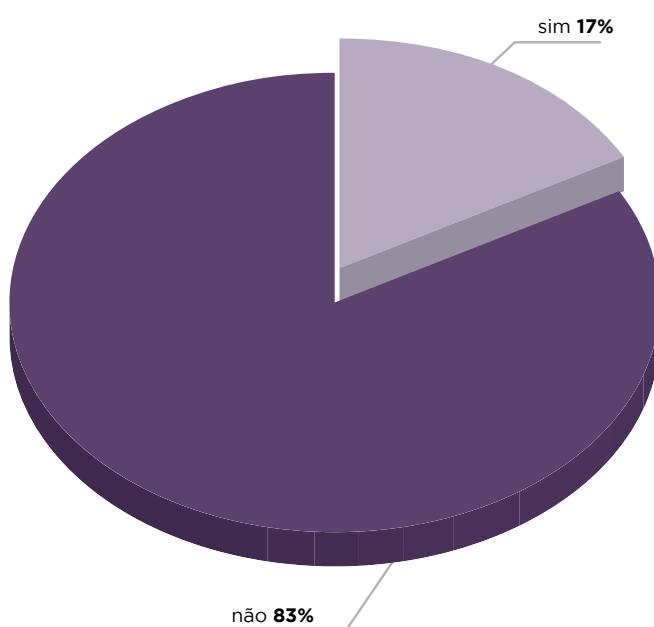
Em um destes casos com argumentação em defesa do direito à vida como absoluto – o que corresponde a 17% do total – identificou-se a interferência direta da religião no conteúdo argumentativo, com referência expressa a doutrinas religiosas.

Gráfico. 91
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS**
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“inconstitucio-
nalidade” com
interferência
direta da re-
ligião identifi-
cada



Um dos casos deste pequeno espaço amostral – o que corresponde ao percentual de 17% – contou com a participação de representantes de grupos religiosos.

Gráfico. 92
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS**
Percentual de
casos classifi-
cados com a
palavra-chave
“inconstitucio-
nalidade” com
participação
de grupos
religiosos
identificada



Não foi identificada a presença de argumentação em defesa dos direitos das mulheres ou a participação de grupos feministas.

4.4.2.b. Análise qualitativa: conteúdo argumentativo das decisões proferidas pelos tribunais

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 122.675-0/0 - 2006

Um dos casos, originado no município de São José dos Campos, veio a contestar legislação que proibia a venda de contraceptivos de emergência. A discussão no acórdão concentrou-se mais em questões de competência legislativa do que nos direitos sexuais e reprodutivos ou à vida dos fetos. Neste caso, um dos magistrados, que votou pela procedência da ação, declarando constitucional a lei, declarou que

Não cabe aqui discutir sobre o núcleo da política governamental referente à distribuição ou não de anticoncepcionais ou contraceptivos. Impõe-se, em respeito, às carentes e sensíveis motivações do Desembargador Barreto Fonseca, anotar que o debate deve alcançar amplitude nacional. Não se justifica admitir que se desenrole, autonomamente, em cada célula municipal, com resultados setorializados e discrepantes, o que atentará contra a segurança da saúde pública desestabilizando a implantação política desse serviço e nem mesmo beneficiará a posição daqueles favoráveis à vedação, porque sempre possibilitaria a busca desses medicamentos nos locais em que a concessão fosse viabilizada.

Em oposição, o desembargador com voto divergente assim se colocou:

Ouso divergir da douta maioria.

É que a proibição da distribuição de micro-abortivos, a que o Ministério da Saúde não tem a coragem de chamar pelo nome adequado e que, covarde e eufemisticamente chama de anticoncepcionais de emergência, nada tem a ver com previdência social e defesa da saúde (inciso XII do caput do artigo 24 da Constituição da República), mas é, isso sim, uma agressão à vida, na linha da cultura da morte, que, infelizmente, e contra o disposto no caput do artigo 5º, inciso III do caput do artigo 1º, incisos III e IV do artigo 3º, inciso II do artigo 4º e no artigo 196, todos da Constituição da República, começa a imperar também aqui. (...)

A Lei municipal de São José dos Campos nº 6.800, dos 12

de maio de 2005, não invadiu, por isso mesmo, competência do Prefeito, nos termos do § 2º do artigo 24, em combinação com o artigo 144, ambos da Constituição Paulista. Não é privativo do Prefeito legislar sobre aborto, ainda que com o nome de anticoncepção de emergência.

A vida, não custa lembrar, começa com a fecundação do óvulo, ao ser penetrado pelo espermatozóide. Com o ovo, já há vida nora, com outras características genéticas, diferentes das da mulher.

Ainda que a personalidade só comece com o nascimento com vida, a vida é protegida desde o seu início (caput do artigo 5º da Constituição da República e inciso I do artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, mandado observar no Brasil pelo Decreto nº 678, dos 6 de novembro de 1992, na forma do § 2º do artigo 5º da Constituição da República).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 124. 920.0/3-00 - 2006

Em ação originada em Jacareí, contesta-se a legislação que proíbe a distribuição dos contraceptivos de emergência. No caso, não foram levantados argumentos de direitos sexuais e reprodutivos, embora a lei tenha sido declarada inconstitucional. O fundamento para a tomada desta decisão foi a ofensa à tripartição de poderes, conforme pode-se notar.

No caso, criando obrigações a serem cumpridas na forma que regulamentada na lei, a Câmara Municipal invadiu a órbita de competência do chefe do Executivo local, estando, portanto, eivada de inconstitucionalidade por ofensa a preceitos contidos na Constituição do Estado de São Paulo.

Com efeito, a lei impugnada interfere na atividade administrativa Municipal, situação de competência do Poder Executivo e que é matéria referente à administração pública, com gestão exclusiva do Prefeito fora do âmbito de atuação do Poder Legislativo.

Também neste caso houve manifestação divergente, que se posicionou da mesma forma que a identificada no caso anteriormente relatado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 125.380-0/5

Este caso foi originado em Jundiaí, e o objeto da ação era a contestação da constitucionalidade de uma lei que “exige dos hospitais municipais programa de orientação da gestante sobre os eventuais efeitos colaterais e métodos utilizados no aborto legal”. A legislação foi declarada inconstitucional por vício formal de iniciativa e também por vício material, no sentido de que violaria a separação de poderes. Novamente houve voto divergente, mas que seguia a mesma argumentação verificada nos casos anteriores.

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE da Lei n° 3.339/01 - 2006

Este caso teve origem na municipalidade do Rio de Janeiro, com o objetivo de contestar legislação municipal que dispõe sobre o “Programa de incentivo à paternidade responsável, de planejamento familiar, de regulação de fertilidade e de liberdade individual de concepção da mulher”. A contestação da constitucionalidade foi proposta por representante de um grupo religioso (um pastor evangélico⁷¹), que alegou que a disposição legislativa afrontou a separação de Poderes e tratou do tema aborto, que é matéria de competência legislativa federal. O tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei por vício formal, de iniciativa, entendendo que a lei deveria ter sido de iniciativa do Poder Executivo. Embora esta ação contasse com a participação de grupos religiosos, não foram invocadas questões de direitos sexuais e reprodutivos, centrando-se o debate em questões técnicas de iniciativa legislativa.

AGRADO DE INSTRUMENTO n° 417.468-4/5-00 - 2005

Trata-se de agravo de instrumento interposto perante o Tribunal de Justiça de São Paulo em razão de medida liminar concedida em meio a processo que discutia a possibilidade de fabricação e distribuição de medicamento contraceptivo de emergência. A demanda foi proposta contra empresa farmacêutica, por indústria a ela concorrente, sob a alegação de que seria produto medicinal abortivo, devendo, portanto, ser proibido. Ao final, o tribunal decidiu por devolver a matéria à primeira instância para que fosse lá decidida mediante a ampla produção

⁷¹ O autor da ação, Édino Fonseca, declara em seu site oficial, que “tem orgulho de sua trajetória política, mas afirma que, antes de tudo, seu compromisso é com a igreja”. Conforme documento disponível em: <http://edinofonseca.com.br/site/node/26>. Acesso em 22.10.2008.

de provas.

Em sede de primeira instância, debateu-se muito o conteúdo de direitos sexuais e reprodutivos, inclusive fazendo-se alusão ao contraceptivo de emergência como sendo homicida. Segundo trecho do acórdão que se reporta ao processo em primeira instância:

Segundo a decisão atacada, ao que se infere do trecho a fl. 5 transcrito, “o ‘preparado comercial’ Postinor (Levonorgestrel) tem, dentre seus efeitos, o homicida, pois impede a nidificação do novo ser humano vivo (produto da fecundação já ocorrida) em seu estágio inicial (embrião), levando-o, por consequência provocada, à morte”.

Fecundação já ocorrida (fl. cit.), “a droga impede a nidificação do ser humano em sua fase embrionária (em média com sete dias de vida), ou seja, não permite que se aninha (nidificação vem do latim, que significa ‘fazer ninho’) na parede interna do útero materno interrompendo seu processo de autoconstrução”. Abortivo o processo (fl. 5, cit.), “interrompe não só a gravidez ou gestação, mas interrompe a nidificação, não permitindo que o recente ser humano vivo (em sua fase embrionária) tenha ambiente propício para seguir seu ciclo vital, i.e., expulsa-o da casa uterina que ele construiria, matando-o”.

Em outro trecho, o tribunal assim se posicionou:

Efetivamente (aresto cit.), “a admissão de meios anticoncepcionais de modo algum constitui franquia para a liberação do aborto, mesmo nos primeiros dias de concepção pois é de compreensão intuitiva e elementar a diferenciação material, ética e jurídica, entre um impedir de vir a ser e a eliminação de uma realidade, ou seja, de um ser já existente”.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI n° 125.502.0/00 - 2006

Esta ação foi proposta com o objetivo de contestar a constitucionalidade de lei do município de Cachoeira Paulista, que proibia a distribuição de medicamentos contraceptivos de emergência pela rede de saúde pública municipal. No acórdão, o debate centrou-se na questão do conflito de competência entre Poder Executivo e Legislativo, abordando-se mais uma questão de separação de poderes do que de

direitos sexuais e reprodutivos. Ao final, declarou-se a inconstitucionalidade da lei. Em trecho do voto, declarou-se que:

A competência para cuidar da saúde e da assistência pública é comum à União, aos Estados e ao Município (artigo 23, inciso II da Constituição da República). Contudo, o artigo 30 restringe a atribuição, do Município, a legislar sobre interesses de assunto local. Por conseguinte, lhe está vedado disciplinar políticas públicas de saúde que obedeçam a uma planificação nacional e que abarquem todo um contingente populacional, no caso, as mulheres, outorgando-lhe a seletividade quanto ao uso ou não de medicamento contraceptivo. A questão não se cinge ao peculiar interesse do Município, pois, a este, não cabe permitir ou proibir, mas, simplesmente, regular a implementação, nessa ótica limitada suplementando a legislação federal e estadual.

(...)

Não cabe aqui discutir sobre o núcleo da política governamental referente à distribuição ou não de anticoncepcionais ou contraceptivos. Impõe-se, em respeito, às candentes e sensíveis motivações do Desembargador Barreto Fonseca, anotar que o debate deve alcançar amplitude nacional. Não se justifica admitir que se desenrole, autonomamente, em cada célula municipal, com resultados setorializados e discrepantes, o que atentará contra a segurança da saúde pública desestabilizando a implantação política desse serviço e nem mesmo beneficiará a posição daqueles favoráveis à vedação, porque sempre possibiliteria a busca desses medicamentos nos locais em que a concessão fosse viabilizada.

Houve voto divergente, no sentido já apontado anteriormente, de que o medicamento deve ser proibido por ser abortivo e contrariar a garantia do direito à vida, inclusive assegurada no Pacto de São José da Costa Rica.

4.4.3. Conclusões parciais

A argumentação em defesa do direito à vida como absoluto utilizada para reverter a distribuição de medicamentos contraceptivos de emergência tem fundamento similar ao adotado pela Igreja Católica.

Daí pode-se depreender a motivação do combate, inclusive jurídico, ao uso de medicamentos contraceptivos, refletindo a tensão social que circunda a matéria.

Embora com fundamentos diversos (nenhum deles embasado na liberdade e autonomia sexual e reprodutiva das mulheres), a maioria das leis que obstruíam a distribuição dos contraceptivos de emergência foi considerada constitucional pelos tribunais de justiça estaduais.

Os questionamentos sobre o tema, ao menos no âmbito desta pesquisa, ficaram adstritos ao estado de São Paulo (cinco casos) e Rio de Janeiro (um caso), fundamentalmente no ano de 2006.

4.5. Serviço médico

O presente capítulo desenvolveu-se a partir do estudo dos casos de aborto que chegaram aos tribunais envolvendo uma falha na prestação de serviço médico e o consequente abortamento. Em geral, o que se busca nessas ações é uma “reparação de danos”, uma indenização pela ocorrência do aborto indesejado.

A opção pela análise em profundidade dos acórdãos envolvendo a palavra-chave “serviço-médico” deu-se em razão da quantidade significativa de casos encontrados.

Analizando o conteúdo desses acórdãos, pôde-se verificar que dentro das situações envolvendo abortamento em decorrência de falha na prestação de serviço médico, o conteúdo desses acórdãos de maneira geral aborda: a responsabilização do médico em razão da perda do bebê; a responsabilização de hospitais da rede pública e privada pelo não atendimento adequado que propiciou o advento do aborto; a responsabilização de planos de saúde que em decorrência da carência de cobertura prejudicam a gestante; e, por consequência, todos estes acórdãos também discutem a possibilidade de indenização da gestante ou de sua família pela perda do bebê.

4.5.1. Apresentação e análise dos dados classificados com a palavra-chave “serviço médico”

Os casos de serviço médico representam um percentual de 7% do total de decisões judiciais, correspondente à quinta maior demanda no Judiciário relacionada ao tema aborto.

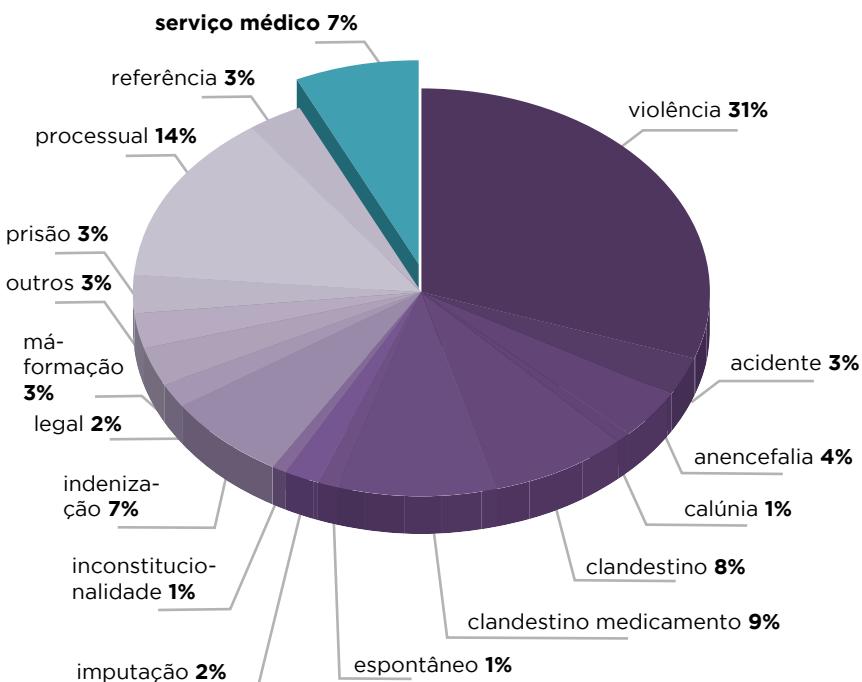


Gráfico. 93
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos clas-
sificados
por palavra-
chave com
destaque
para “serviço
medico”

Verificou-se que dos cinqüenta casos classificados com a palavra-chave “serviço médico”, 37 encontravam-se alocados nos tribunais do Sudeste do país.

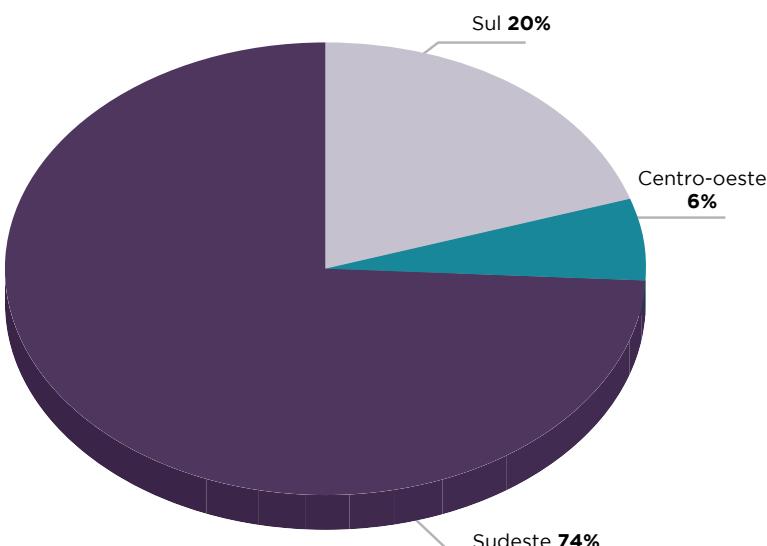


Gráfico. 94
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos clas-
sificados com
a palavra-
chave “serviço
medico” dis-
tribuídos por
região

É possível que o alto índice de demandas movidas por falha na prestação do serviço médico na região Sudeste se manifeste em razão de maior grau de instrução dos cidadãos população⁷², maior acesso da população aos serviços de saúde e maior poder aquisitivo, refletindo também índices maiores de contratação de serviços médicos privados.

Note-se que, de acordo com informações prestadas pelo Ministério da Saúde⁷³, a região Sudeste é a que apresenta o maior índice de mulheres que realizam os exames de pré-natal (60% das mulheres, em contrapartida a 30% das mulheres presentes no Nordeste). O pré-natal é, para a gestante, um dos melhores indicadores de possíveis problemas na gravidez. Como nesta região a realização desses exames ocorre com maior freqüência (seja em razão de maior adesão a planos de saúde ou maior acesso à rede pública), é também maior o acesso às informações sobre a saúde do feto, a possibilidade de complicações durante o parto, entre outras informações que também contribuem para o transcurso de uma gravidez tranquila, com a prevenção de doenças ou a reversão de possíveis enfermidades, quando possível.

Assim, a gestante que não percebe qualquer indício de complicações na gestação por conta da realização dos exames durante o pré-natal, mas que perde o bebê por abortamento em razão de má prestação do serviço de saúde, tende a procurar o provimento jurisdicional por se sentir lesada com a perda da criança, que, nestes casos, é muito esperada.

Observe-se que, dentro da região Sudeste, o estado de São Paulo possui o maior índice de ações propostas, correspondendo a 21 ações, isto é, mais que o dobro do segundo maior índice, representado pelo estado do Rio de Janeiro, que possui apenas oito ações.

⁷² Vide informações sobre litigância na região Sudeste no capítulo “Apresentação geral de dados”.

⁷³ Painel de Indicadores do SUS – agosto/2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS.pdf. Acesso em 13.09.2008.

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
-CHAVE SELE-
-CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
-CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

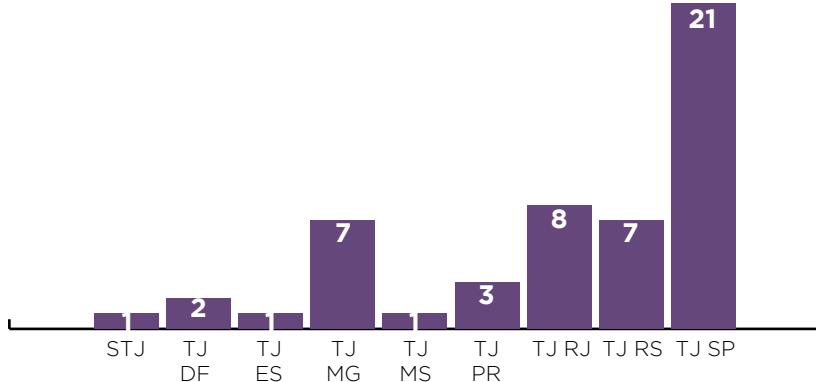


Gráfico. 95
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos clas- sificados com a palavra- chave “serviço medico” dis- tribuídos por tribunal

Dentre as demandas encontradas, 62% alcançaram os tribunais por meio de recursos de apelação de natureza cível. Da leitura desses acórdãos pode-se verificar que tratam de pedidos de indenização⁷⁴ decorrentes da perda de bebês, perda esta resultante de falha na prestação do serviço médico.

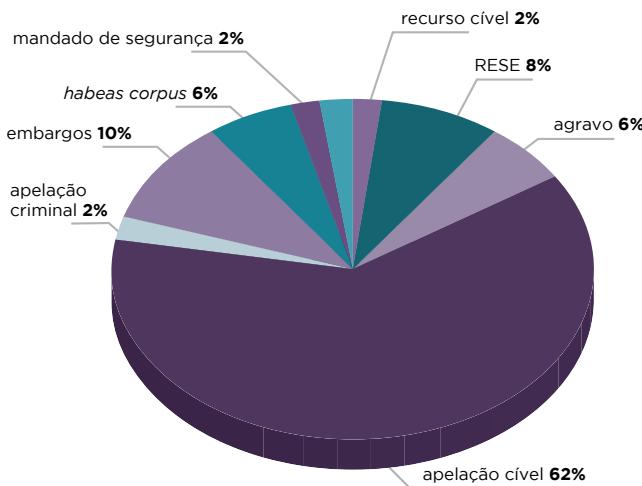
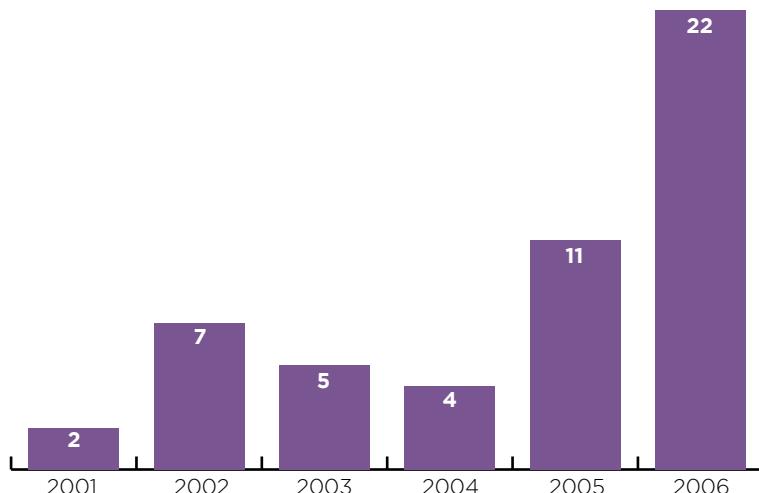


Gráfico. 96
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos clas- sificados com a palavra- chave “serviço medico” dis- tribuídos por tipo de ação ou recurso

Por fim, verificou-se a partir dos dados coletados que as demandas judiciais por falha no serviço médico que ocasionaram o aborto têm crescido nos últimos cinco anos, sendo que do ano de 2005 para o ano de 2006 o índice dessas demandas praticamente duplicou.

⁷⁴ Optou-se por classificar casos de pedidos de indenização referentes a prestação de serviço médico juntamente a outros tipos de ação com o mesmo tema em categoria específica – “serviço médico” – devido à ocorrência elevada deste tema entre as indenizações. Contudo, como já mencionado, a classificação parte de critérios subjetivos e poderia, portanto, ser reconfigurada de acordo com outros propósitos de análise.

Gráfico. 97
**TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES**
 Total de
 casos clas-
 sificados com
 a palavra-
 chave “serviço
 médico”
 distribuídos
 por ano de
 julgamento



A partir de tal constatação pode-se identificar dois aspectos relevantes: a provável piora do serviço médico prestado e o aumento pela busca do provimento jurisdicional no sentido de resarcir danos decorrentes da má prestação de um serviço médico, quando resulta em abortamento.

Assim, nota-se que a perda do bebê, com o encerramento da gestação pela morte do feto, é considerada por muitas mulheres como um verdadeiro dano⁷⁵, passível de indenização.

4.5.1.a. Análises dos casos de serviço médico segundo conteúdo argumentativo

Buscou-se analisar se os casos de “serviço médico” em questão traziam argumentação em defesa do direito à vida, argumentação em defesa das mulheres, interferência direta da religião, participação de grupos religiosos e participação de grupos feministas.

No que se refere à argumentação em defesa dos direitos das mulheres, também se encontrou um percentual de 2% dos casos, que em números absolutos reflete em apenas um caso. Note-se que a utilização de argumentação em defesa de direitos que privilegiam a mulher também se dá na tentativa de sopesar esse valor em justificativa da quantificação de indenização.

⁷⁵ Dano, no presente caso, é compreendido como: “toda ofensa ou diminuição de patrimônio moral ou material resultante da culpa ou produzido pela natureza”. PESSOA, Eduardo. *Dicionário Jurídico: terminologia e locuções latinas*. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2001

**4. ANÁLISE
TÉMATICA DOS
DADOS: ESTU-
DO A PARTIR
DE PALAVRAS-
-CHAVE SELE-
-CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLENCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
-CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

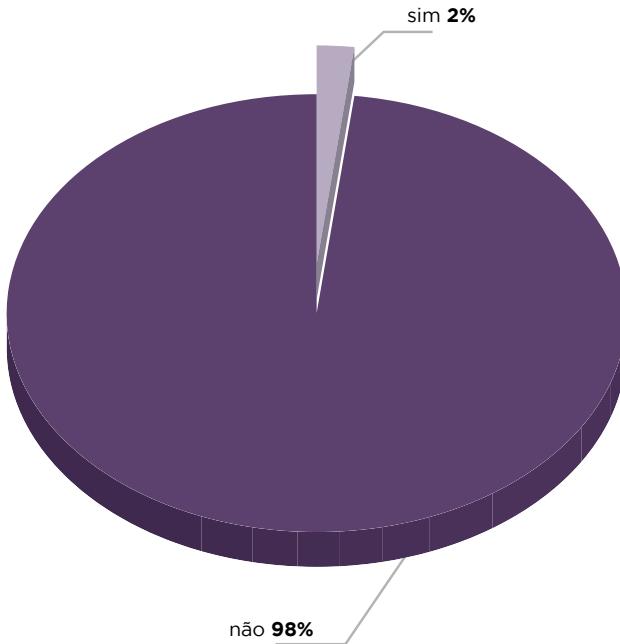


Gráfico. 98
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classifica-
dos com a palavra-chave
“serviço médi-
co” com ar-
gumentação
em defesa
dos direitos
das mulheres
identificada

Exemplo de argumentação da defesa dos direitos da mulher em trecho de acórdão.

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0145.04.141528-5/001 - TJ MG

(...) já se encontrando o feto sem vida, e sofrendo a mãe intenses dores, patente está o risco de se esperar uma expulsão espontânea, pois essa somente é esperada em casos em que a saúde da mulher encontra-se preservada e essa se encontra forte o suficiente para suportar, por si só, a expulsão. (...) o feto já se encontrava morto, impondo-se o pronto atendimento à mãe, cujos problemas de saúde eram conhecidos pelo médico e poderiam levá-la ao óbito, como de fato ocorreu. (...) para que manter, no ventre da paciente, a placenta deslocada, envolvendo um feto já sem vida, em relação ao qual não havia qualquer risco, ao invés de proceder rapidamente à cessação da causa que trazia dores e perigo à gestante? (...)

Por fim, não se verificou a partir da análise dos dados a presença de interferência direta da religião, a defesa do direito à vida como absoluto, a participação de grupos religiosos nem tampouco a participação de grupos feministas nestes casos.

4.5.2. Conclusões parciais

Verificou-se que 7% dos acórdãos envolvendo o tema aborto propostos no Judiciário brasileiro tratam de abortamento por falha na prestação de serviço médico. A maioria destes está alocada na região Sudeste do país, especificamente no estado de São Paulo.

O alto índice de demandas movidas para questionar falhas na prestação de serviço médico pode também estar relacionado a um maior acesso a serviços de saúde da mulher, bem como tem íntima relação com a questão de melhor qualidade de vida e de acesso ao poder judiciário.

A maior parte dos recursos analisados contém pedidos de indenização, e a análise dos dados indica um crescimento desse tipo de demanda junto ao Judiciário.

Houve a identificação de argumentação favorável aos direitos das mulheres, considerando-se seu direito a fruir de um atendimento médico de qualidade. Pondera-se que a partir desta verificação em situações nas quais a mulher deseja um filho, mas comprova-se que um serviço médico mal prestado resultou no aborto do feto, considera-se que a mulher tem direitos sobre sua maternidade e que esta efetive-se com atendimento médico adequado. Contudo, questiona-se: quando a mulher não deseja ter um filho, seu direito sobre a não maternidade e condições de atendimento médico adequado para tal é reconhecido? Pela atual legislação em vigor, a mulher não tem o direito de escolher ter um filho, sendo-lhe negado o direito ao aborto.

Não se verificou a participação de grupos religiosos ou feministas envolvidos nesse tipo de demanda, bem como a argumentação em defesa do direito à vida como absoluto e a interferência direta da religião nos argumentos dos acórdãos.

Ressalte-se que não se contesta aqui o direito dessas mulheres a obter indenizações, mas sim a não garantia da possibilidade de opção pela maternidade, o que abarca inclusive o direito a optar pela interrupção da gestação. De toda forma, esta discussão merece aprofundamento teórico e de coleta de dados, possível somente em estudos posteriores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou uma quantidade significativa de dados e informações. Embora muitos temas ainda necessitem de aprofundamento, o que deve ser feito em pesquisas futuras, foi possível chegar a algumas conclusões em resposta aos questionamentos de base formulados no início deste estudo.

Não obstante em cada tema abordado tenham sido apresentadas conclusões parciais, reputou-se necessário indicar considerações mais gerais, o que será feito a seguir, retomando-se algumas observações pertinentes apreendidas no processo de coleta de dados e de leituras da bibliografia selecionada.

Conforme já apontado, foram mapeados um total de 781 acórdãos envolvendo o tema aborto, julgados no período de 2001 a 2006 em tribunais estaduais e superiores. Destes, 742 provieram de tribunais estaduais, e 39, de tribunais superiores. Constatou-se que o tema alcança estas instâncias pelos mais diversos instrumentos jurídicos (*habeas corpus*, apelação criminal, recurso em sentido estrito, mandado de segurança, entre outros, inclusive aqueles pertinentes à esfera cível, como a apelação cível), levando às cortes diferentes recortes ou situações correlacionadas à temática.

A maior quantidade de casos foi encontrada na região Sudeste, denunciando alta capacidade de litigância. Tal fato pode ser explicado por se tratar da região mais desenvolvida econômica e socialmente (maior índice de IDH) do país. Este aspecto proporcionaria maior acesso das pessoas aos serviços estatais, seja na área da saúde ou do próprio poder judiciário.

O Sudeste também foi a região que mais apresentou interferência religiosa, o que, por um lado, justifica-se pela maior quantidade de casos encontrados, fator que, como dito, associa-se a índices mais elevados de litigância. Por outro lado, suscita curiosidade, na medida em que se trataria de região, ao menos hipotética e aparentemente, com tendência menos conservadora e com ampla diversidade religiosa, o que proporcionaria, ao menos em tese, maior tolerância às diferenças religiosas. De toda forma, estas são apenas percepções e indicativos gerais da pesquisa, pois não foram aprofundadas as informações acerca da religiosidade nas diversas regiões do país.

Encontrou-se uma gama plural de temáticas, as quais, também conforme exposto, foram catalogadas em determinados subtemas (ou categorias). Com isso, pôde-se notar que o tema aborto chega aos tribunais por meio de discussões relativas aos seguintes assuntos: “acidente”, “anencefalia”, “calúnia”, “clandestino”, “clandestino medicamento”, “espontâneo”, “imputação”, “inconstitucionalidade”, “indenização”, “legal”, “má-formação”, “prisão”, “processual”, “referência”, “serviço médico”, “violência” e “outros”.

Entre os subtemas identificados percebe-se que a maior parte dos acórdãos trata do tema aborto quando este surge relacionado à questão da violência. Não sem surpresa, constatou-se que 31% dos acórdãos analisados abordavam a prática do crime de aborto em concurso com outros crimes, como, por exemplo, homicídio, estupro ou lesão corporal. Assim, para além do já apontado neste documento, seja nestas considerações finais ou nas conclusões parciais de cada tema, é importante observar que os casos de aborto são levados aos tribunais, em sua maioria, quando conexos com outros crimes, notadamente com aqueles que envolvem violência contra a mulher.

Interessante verificar que os casos de homicídios de gestantes – realizados em sua maioria por companheiros ou ex-companheiros – foram tipificados em dois crimes diferentes: homicídio e aborto não consentido. Estes casos cresceram numericamente ao longo dos anos pesquisados.

Constatou-se, ademais, que abortos clandestinos têm relevância percentual pequena (17%) quando comparados aos casos de violência. Não obstante não ter sido possível determinar o desfecho desses casos, supõe-se que a criminalização do aborto não tem sido efetiva, pois não tem impedido que as mulheres continuem realizando tal procedimento na clandestinidade. Entre muitas possibilidades, a não criminalização pode ser justificada tendo-se em vista o alto índice de mortes em razão dos abortamentos clandestinos, sendo que muitas vezes são os médicos, farmacêuticos e parteiras que acabam respondendo aos processos.

No período de seis anos estudados (2001-2006) foram encontrados apenas 130 acórdãos relativos a abortos clandestinos no país, enquanto que as estimativas desta prática chegam a apontar a ocorrência de cerca de um milhão de procedimentos ilegais por ano. Ou seja, o que chega ao Poder Judiciário é realmente uma quantidade irrisória de casos. Embora neste estudo não tenha sido possível aprofundar-se na análise e verificar-se quantos casos de abortos clandestinos são realmente punidos, a discrepância entre o número de casos julgados e as estimativas parece indicar que há, de fato, pouca efetividade nesta legislação penal.

Não se reivindica, aqui, uma maior punição aos abortos clandestinos, mas levantam-se questionamentos fundamentais: se tais abortamentos não são punidos e dizimam milhares de brasileiras anualmente, haveria sentido em manter-se a criminalização de tal conduta? Seria o direito penal o instrumento adequado a promover a repressão de tal prática? Ao que tudo indica, o caminho da penalização não tem sido efetivo em coibir a prática de abortos, sendo ainda responsável pela morte e comprometimento da fertilidade de milhares de mulheres.

Observe-se que de acordo com os parâmetros internacionais de direitos humanos, a violência não se constitui apenas enquanto agressão física, conforme apontado nos casos classificados com a palavra-chave “violência”. A violência é também a negativa à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, é a imposição de condições desiguais, no que se refere ao exercício da sexualidade e da reprodução, para mulheres de diferentes classes sociais.

No caso da clandestinidade do aborto, por exemplo, a diferença entre classes sociais resulta em uma grave violação aos direitos humanos, na medida em que as mulheres mais abastadas podem interromper a sua gestação indesejada, na maioria das vezes sem ônus à saúde, enquanto que as mais pobres somente podem fazê-lo a custo de sua saúde, inclusive reprodutiva, ou mesmo de sua vida.

O que ocorre, em verdade, é que com freqüência as mulheres menos favorecidas são levadas à morte em razão das práticas de abortamento inseguro — ou ainda a situações de morbidade. Quando sobrevivem, muitas vezes têm a sua saúde reprodutiva prejudicada, visto que o aborto que ocorre na clandestinidade acaba por operar como verdadeira esterilização, lesando irreparavelmente seus corpos e, assim, sua capacidade de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos. Mas, acima de tudo, uma coisa é certa: todas essas mulheres estão, igual e indistintamente, em situação de clandestinidade, de ilegalidade perante o sistema penal, vivendo a incerteza e insegurança

jurídica, bem como a negação de seus direitos humanos e fundamentais.

Ante esta situação, pode-se inferir que a violência contra as mulheres e obstruções ao livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos estão intrinsecamente ligados, revelando que a desigualdade de gênero e as assimetrias de poder nas relações sociais entre os性os podem ser responsáveis por graves violações aos direitos humanos, seja na forma de uma violência física ou tortura psicológica praticada por um companheiro, seja em razão das mortes e consequências negativas para a fertilidade da mulher nos casos de abortos clandestinos, que vitimam tantas brasileiras.

Observa-se, especialmente, que esta assimetria não se resolve apenas com a mera enunciação de direitos, mas se fazem necessárias mudanças sócio-culturais e econômicas, de maneira que as mulheres possam de fato exercer seus direitos, com efetiva autonomia e autodeterminação.

Nesta perspectiva, seria de se considerar seriamente uma revisão da legislação penal brasileira pertinente ao tema, atendendo-se às determinações dos diversos Comitês das Nações Unidas que monitoram a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos, bem como o estabelecido pelas grandes Conferências Internacionais da chamada década social das Nações Unidas.

Como já mencionado, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (1993) afirmou, no artigo 18 de sua declaração, que os direitos das mulheres e meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, e que a violência de gênero, inclusive a gravidez forçada, é incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana.

No mesmo sentido, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo (1994), e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing (1995), afirmaram que os direitos reprodutivos são constituídos por direitos humanos reconhecidos nos diversos tratados e convenções internacionais e incluem o direito de toda pessoa a ter controle e decisão sobre as questões relativas à sua sexualidade e reprodução, livres de coerção, discriminação e violência, e de dispor de informações e meios adequados que lhes garantam o mais elevado padrão de saúde sexual e saúde reprodutiva, e, ainda, que o tema do abortamento inseguro deve ser tratado de forma humana e solidária¹.

1 “Los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos. Son universales, porque abarcan a todos los seres humanos desde su nacimiento; son interdependientes, porque se conectan con todos los demás derechos humanos. Y son indivisibles en tanto se viven y actúan de un modo conjunto e integral. El reconocimiento de su universalidad a pesar de las evidencias es, sin embargo, aún parcial en las normatividades nacionales e internacionales, y en la misma sociedad” (*Manifiesto por una Convención Interamericana de los Derechos*

No contexto deste processo de afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos, ante a magnitude dos efeitos sobre a saúde da mulher – decorrentes dos abortamentos realizados em condições inadequadas – alguns governos foram instados a reverter esta grave situação, considerando-a enquanto problema de saúde pública, seja por meio da legalização do aborto, seja buscando a redução de sua prática mediante a prestação serviços de planejamento familiar.

Conforme já abordado, ao ratificar em 1984 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW 1979, ONU) e, em 1995, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994), o Estado brasileiro assumiu, entre outras, a obrigação jurídica de tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, bem como modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que constituam discriminação e respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Conjugando-se as temáticas de violência contra a mulher e abortamentos inseguros, tem-se a determinação da Recomendação Geral nº 24 do Comitê CEDAW² no sentido de que negar o acesso a serviços de saúde cujas beneficiadas sejam somente as mulheres é uma forma de discriminação.

O Estado brasileiro, inclusive, entre outras normativas e programas, vem incorporando paulatinamente a temática nessa perspectiva em duas importantes Normas Técnicas, emitidas pelo Ministério da Saúde: Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento³ e Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes⁴. Ademais, estabeleceu como lei federal os preceitos desta última norma técnica ao prever sua aplicação nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme § 3º do artigo 9º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). No entanto, estas medidas ainda não são plenamente suficientes, e o caminho para a legalização do aborto ainda está sujeito a largo campo de debates, inclusive com a participação ativa de

Sexuales y de los Derechos Reproductivos - Segunda versión (Para el debate), Octubre 2006, página 14).

² Parágrafo 14: Outras barreiras ao acesso das mulheres a uma assistência de saúde apropriada incluem as leis que criminalizam procedimentos médicos que somente as mulheres necessitam e que podem as mulheres que se submetem a tais procedimentos.

³ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

⁴ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica*. 2ª ed. atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

grupos feministas e religiosos, conforme demonstrado neste estudo.

Além das temáticas de violência e clandestinidade de abortamentos, verificou-se que as atenções do Poder Judiciário têm se concentrado, no período analisado, no debate de casos como os de anencefalia e má-formação fetal e de discussão sobre a legalidade de comercialização e distribuição de contraceptivos de emergência.

Sobre este último tema, constatou-se número pequeno de casos (1% do total), mas envolvendo grande polêmica. Eram acórdãos em que se discutia a constitucionalidade de leis referentes à distribuição de contraceptivos de emergência, considerados por grupos mais conservadores como sendo abortivos. Embora o debate nos votos dos desembargadores não tenha se centrado nos direitos sexuais e direitos reprodutivos, notou-se que as legislações que visavam proibir a distribuição desses medicamentos foram consideradas, em geral, inconstitucionais, tendo sido inclusive ventilado nos acórdãos tratar-se de tema polêmico e de relevância nacional a ser discutido em outras esferas para além da estadual. Em oposição à declaração de constitucionalidade destas leis, o argumento apresentado foi o de que esses medicamentos estariam a contrariar a garantia do direito à vida desde a concepção. Importante também observar que esse subtema foi o único em que houve menção explícita à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, artigo 4. 1) como fundamento para a divergência sobre a matéria.

Portanto, merece destaque a constatação de que, ao menos no período pesquisado, a argumentação da tutela da vida “desde a concepção”, com base no Pacto de San José da Costa Rica, foi invocada apenas nos casos envolvendo contraceptivos de emergência, e não nos casos de aborto em geral, em particular nos de anencefalia e más-formações, como era de se esperar, especialmente quando levantada defesa do direito absoluto à vida do feto. Também se mostrou relevante a constatação de que tais debates acerca de contraceptivos de emergência centraram-se na região Sudeste, o que pode ter relação com a questão de maior litigância nesta localidade, como também com o fato de tais medicamentos terem maior distribuição nesta região. Como este estudo não analisou os programas de planejamento familiar e a distribuição de contraceptivos de emergência, trata-se de uma hipótese que pode ou não ser confirmada mediante pesquisas específicas acerca do tema.

Em relação aos casos de anencefalia (4%) e outras más-formações fetais (3%), identificou-se número relativamente pequeno de casos, embora maior

que os de contraceptivos de emergência. Estes acórdãos situaram-se como palco das maiores polêmicas deste trabalho. Neles encontrou-se interferências argumentativas religiosas explícitas e também participação de grupos religiosos como partes nos processos. Houve invocação da defesa da vida do feto como absoluto, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como do Estado laico. Em algumas situações, inclusive, alegou-se que não se trataria de um caso de aborto, mas sim de interrupção terapêutica da gestação. Notou-se também uma certa confluência entre argumentações que favoreciam a consideração dos direitos do feto como absolutos e a negação de concessão para a autorização do procedimento. Ainda nestes casos, foi maior a constatação de interferências religiosas explícitas.

Verificou-se que, nos tribunais estaduais, a maioria (54%) dos pedidos de autorização judicial para interrupção da gestação em casos de anencefalia e más-formações gravíssimas foram concedidos tendo a preocupação com a saúde física e psíquica da mulher como parâmetro nos tribunais superiores não houve autorizações, pois na maioria dos casos perdeu-se o objeto.

Nota-se que a interferência religiosa nos acórdãos pesquisados tendeu a concentrar-se nos casos de anencefalia e má-formação fetal. No entanto, tal não se demonstrou como um obstáculo à concessão, na maioria dos casos, de autorizações para interrupção da gestação. Constatou-se, ainda, em grande escala, a adoção de argumentações que reivindicavam o direito à vida do feto como absoluto e, quando presentes estas teses, em geral não foi concedida a autorização para o procedimento. Válido é reforçar que tal discurso se verificava apenas quando os bens jurídicos em conflito eram os direitos da gestante e do feto, sendo que para seus defensores deveria prevalecer os direitos do feto. Não foi verificada uma relativização deste direito, como se mediante um conflito de direitos fundamentais não fosse necessário o sopesamento dos bens jurídicos envolvidos para que se decidisse qual deveria prevalecer. Não há, pois, a estrita observância de ponderações de direitos nesses casos.

Importa relembrar que na época em que a legislação restritiva do Brasil foi criada, em 1940, permitindo abortos apenas nos casos em que a gestação colocasse em risco a vida da mulher ou quando fosse fruto de estupro, mal existiam recursos suficientes para diagnosticar as más-formações logo no início da gestação. Havendo esta possibilidade, somada à comprovação de que os fetos anencéfalos não sobrevivem ao nascimento e à procura de mulheres pelo judiciário para a solução deste problema concreto, demonstra-se a necessidade de revisão de uma legislação datada, pois não está mais sendo capaz de dar conta da realidade concreta. Esta revisão previniria, inclusive,

que mulheres ficassem suscetíveis às recusas de autorizações judiciais para interrupção de suas gestações por motivos pessoais, com fundamentação religiosa, por parte dos magistrados, ocorrência que efetivamente se demonstrou com o estudo.

Desta maneira, respondendo a uma das questões centrais pontuadas no início da pesquisa, afirma-se que houve, nos casos de aborto julgados entre 2001 e 2006, incidência de referências explícitas a doutrinas religiosas, notadamente da católica, nos conteúdos dos acórdãos (em 2% do total), quase que exclusivamente nos tribunais estaduais, embora tenha-se constatado poucos casos com participação de representantes de grupos religiosos.

Em contrapartida, constatou-se que os tribunais superiores constituíram-se em um foro privilegiado de atuação para os diversos grupos sociais (tanto religiosos como feministas). Nesse contexto insere-se a recente e crescente apropriação do espaço político do STF como avalizador ou reversor de decisões tomadas na esfera política do parlamento, arena por excelência para o exercício da democracia, onde os diversos interesses e defensores de ideais muitas vezes contrários dialogam e trabalham para a positivação de suas posições e demandas.

A Carta de 1988 e suas subseqüentes alterações trouxeram uma extraordinária ampliação das atribuições da cúpula do judiciário brasileiro (STF), com a sua competência originária para conhecer de ações como a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) — por ação e/ou omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); e Ação Direta Interventiva (ADI). Assim, recentemente o Supremo tem sido palco de intensos debates políticos, característicos da agenda tradicional do Parlamento, como a discussão sobre cotas em universidades, interrupção terapêutica do parto em caso de anencefalia, violência doméstica e familiar contra a mulher e mesmo a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa.

A concentração das atuações de grupos feministas e religiosos nesta esfera não surpreende, mas, ao contrário, reforça essa tendência verificada atualmente. A pouca incidência desses grupos nos tribunais estaduais está de acordo com a lógica de uma intervenção política mais qualificada e em peso perante as grandes questões constitucionais propostas nas cortes superiores em detrimento de uma atuação mais dispersa frente aos problemas que cotidianamente colocam-se na sociedade.

Tal atuação pontual e focada nos tribunais superiores parece ser uma ma-

neira interessante de incidência jurídico-política desses grupos, porquanto inserida em um contexto de ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade, que têm como objetivo o debate, em abstrato, de temáticas afeitas à matéria constitucional, não interferindo em casos singulares ou concretos específicos, mas obtendo um posicionamento geral acerca do assunto. Neste sentido, mais do que interferir diretamente na vida pessoal dos cidadãos, contribuem para um debate mais amplo e profundo sobre os diversos temas de interesse social. No entanto, não se pode deixar de considerar que a politização das instâncias judiciais acaba levando às cortes debates que deveriam ser travados no parlamento, lugar de excelência da discussão política.

Embora de maneira geral tenham sido encontrados poucos casos com participação de representantes de grupos religiosos, notou-se uma recorrente incidência de referências explícitas a doutrinas religiosas, notadamente da católica, nos conteúdos dos acórdãos. Este ponto suscita debates acerca da laicidade estatal e de como este princípio constitucional pode ser ofendido quando magistrados usam de seus valores morais e éticos pessoais como fundamento para decidir, em nome do Estado, a vida das pessoas.

Mesmo havendo esta incidência, tem-se que a maioria dos pedidos de autorização judicial para interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação foram concedidos. Desta maneira, as propostas inovadoras e modernizadoras em relação ao tema foram maioria, revelando uma tendência menos conservadora no Poder Judiciário, que demonstrou maior flexibilidade para discutir o tema. Tal se contrapõe às recorrentes propostas para recrudescimento da legislação penal sobre o aborto, evidenciando diferenças de perspectivas entre a esfera política do Poder Legislativo e do Judiciário.

Em relação à interferência religiosa na formulação das leis, aparenta ser verdadeiro paradoxo o fato de que no século XIX, enquanto o Estado laico se constituía e se afirmava como instituição política separada da Igreja, a religião tenha influenciado sobremaneira a construção das leis restritivas à prática do aborto. Embora paradoxal, isso reflete as tensões da dinâmica social, na qual o incipiente laicismo estatal se confrontava com a defesa da institucionalização de valores religiosos no Estado. Assim, pode-se dizer que as leis proibitivas ao aborto na Europa (muitas delas já revistas), e posteriormente as leis do Brasil, que ainda não reviu suas leis sobre aborto, tenham sido construídas sob a égide destes valores morais específicos. No caso do Brasil, estes ainda sustentariam a manutenção da atual legislação punitiva ao aborto, não se verificando quaisquer argumentos laicos a sustentar tal norma.

legal. Isto porque, mesmo a defesa da vida, argumento secular reivindicado muitas vezes por diversos grupos religiosos para se opor à legalização do aborto (identificado em 3% dos casos pesquisados), não está prevista como algo absoluto nem constitucionalmente nem nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Verifica-se que tal polêmica se mantém constante no judiciário, enquanto encontram-se propostas legislativas sobre a criminalização ou legalização do aborto. Apesar de haver forças retrógradas, tanto nas propostas de lei quanto no judiciário, a pesquisa parece indicar que a sociedade avança em outra direção, contrária às raízes do país, colonizado por duas nações de forte tradição católica — Portugal e Espanha. Isto aponta para o estabelecimento de horizontes modernizadores e independentes de uma moral estritamente religiosa no âmbito do poder judiciário. Esta tendência a uma maior reflexão em busca de uma atualização do direito também reflete a procura por uma adequação da legislação às novas e complexas realidades humanas. O direito é atividade eminentemente humana, que serve ao estabelecimento de regras para a convivência em sociedade. Com as constantes mudanças sociais, o direito, enquanto sistema, deve acompanhá-las. Se isto não ocorre, o direito perde sua função essencial e social, pois deixa de servir para a regulamentação da vida em comum.

Neste cenário, a legalização do aborto, embora importante, constitui-se apenas como um estágio intermediário para o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em condições de igualdade entre todos, sem discriminações de nenhuma espécie — sexo, etnia, origem, condição sócio-econômica, etc. É fundamental que se promovam tais direitos, em uma perspectiva contemporânea de direitos humanos, atuando-se para a garantia da igualdade material entre gêneros e entre as mulheres em diferentes condições sócio-econômicas no país. Para tanto, é imprescindível que o Estado atue nas vertentes positiva e negativa já apontadas, conjugando-se a desriminalização do aborto e o oferecimento do serviço de aborto legal na rede pública de saúde com políticas de educação sexual e reprodutiva, iniciativas de planejamento familiar com ampla garantia de informação e acesso a métodos contraceptivos.

Estas medidas já foram tomadas por diversos países do mundo — notadamente aqueles do Hemisfério Norte — e são freqüentemente recomendadas pelos Comitês da Organização das Nações Unidas ao Brasil. Portanto, a sua implementação no país não se constitui como mero atendimento às reivindicações de certos grupos sociais. Antes de mais nada, a legalização do aborto

e a promoção de programas adequados para o exercício saudável e responsável da sexualidade e da reprodução são direitos humanos, que asseguram a autodeterminação dos indivíduos. Reconhecê-los em sua totalidade e afirmar sua efetivação por meio de políticas públicas significa respeitar, promover e garantir tais direitos — assegurando-se assim, a partir da perspectiva contemporânea da valorização da cidadania, o fortalecimento da democracia.

6. ANEXO: ENTREVISTAS

Com o objetivo de mostrar posicionamentos de pessoas cujas profissões ligam-se ao tema aborto, foram realizadas entrevistas com desembargadores, promotores, teólogos, feministas e pesquisadores em geral. As mesmas perguntas foram feitas a todos os profissionais entrevistados e seguem transcritas, perguntas e respostas.

Tem alguma religião?
Qual?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

*Educada na religião católica, entretanto,
não sou praticante.*

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Católica, mas participante de grupos progressistas, que têm uma prática mais voltada para práticas sociais.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Me considero católica. Esporadicamente vou à missa. Detalhe: neste ano não tenho vontade e adotei como estratégia não ir à missa devido ao tema da Campanha da Fraternidade – certamente o padre irá falar contra o aborto. Então, para evitar aborrecimentos, estou evitando ir à igreja.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Católica.

Carmen Hernández, assistente social.

Católica.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Cristão protestante.

**Tem alguma religião?
Qual?**

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

Católico ortodoxo, mas, por opção, eclético.

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Católico.

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Judaica.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Não. Mas sigo a doutrina cristã, com base em um sincretismo próprio.

2

Como você vê a influência da religião no tema aborto?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

É a maior influência de todas. Maior causa de tabu.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

A influência das religiões é um problema, um dos maiores obstáculos para o avanço da legislação e das políticas públicas que visam garantir os direitos relativos à saúde reprodutiva e sexual em geral, não só o direito ao aborto. Mesmo questões já reconhecidas pela população como necessárias, como planejamento familiar ou uso de camisinha, são alvo de campanhas de grupos ligados a religiões, que se manifestam contrárias a tais políticas.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Algumas religiões combatem com mais força o aborto, como a Igreja Católica. Acredito que são mais os dirigentes dessas igrejas que têm essa postura contrária em relação ao aborto do que os próprios fiéis. Mas acredito que eles conseguem exercer essa influência e formar opiniões.

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

O aborto é um tema em que a religião se insere de forma ínsita. Não se discute o aborto dissociado do ponto de vista religioso, mas do ponto de vista social e cultural.

Como você vê a influência da religião no tema aborto?

Carmen Hernández, assistente social.

Muito forte, porque a religião trabalha num nível do simbólico, atinge a dimensão simbólica da pessoa, isso é muito forte no ser humano. A religião acaba determinando a posição do ser humano sobre o aborto, assim como sobre outros assuntos da vida.

As igrejas, pelo menos as cristãs, fazem lobby no congresso para que as leis não sejam aprovadas. Então, além da influência no simbólico, ela tem influência na elaboração das leis, no Estado em si.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Depende da religião. O judaísmo e outras, por exemplo, não têm grandes influências nem posição definida em relação ao assunto. Já o cristianismo exerce influência na sociedade, formação da cultura e nas demais instituições de tomada de decisão, como, por exemplo, no Poder Legislativo, Judiciário. Encontram-se decisões com argumentos falando que Deus condena determinada postura, da alma do feto, etc. Ou seja, apesar do Estado ser laico, esta laicidade não está sendo bem cumprida.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

A fé cristã privilegia a vida, reconhecendo-a como dom advindo de Deus e que só por ele pode ser encerrado. Daí, qualquer tentativa de interrupção da vida é tida, em princípio, como sacrílega. Portanto, o aborto, por definição, é condenado.

2

Como você vê a influência da religião no tema aborto?

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

A religião afasta muitas vezes a realidade científica. Em relação ao tema aborto, o apego a valores religiosos dificulta a aceitação de verdades científicas.

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Muito forte a influência da religião no tema aborto, como também a ética, porque quem não é influenciado por religião o é por aspectos éticos.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Ela é muito grande e domina a opinião pública, assim como os lobbies religiosos influem decisivamente nas tentativas de mudanças legislativas. Na atuação concreta, no âmbito judicial, também acabam permeando as discussões.

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Essa discussão não ajuda em relação à legalização do aborto. Não há certeza sobre quando começa a vida, há muita influência religiosa no assunto. Não há consenso. Os contrários é que batem nessa tecla do início da vida humana. Sempre vai ter alguém defendendo que a vida começa na conceção, e outros colocando outros argumentos – científicos, morais – contrários. Essa discussão não ajuda. Será impossível chegar num consenso.

O que interessa é saber que o direito à vida não é absoluto, que a nossa Constituição não estabelece que a vida deve ser protegida desde a concepção e que a interrupção da gravidez, aborto, não é uma questão que deva ser tratada na esfera criminal, porque a lei atual não dá uma resposta eficaz e viola os direitos humanos das mulheres.

Entendo que a discussão deve ser levada pela ótica da saúde pública, levando-se em conta a magnitude de um milhão de abortos estimados por ano no Brasil, e também sob a ótica do direito de planejar a sua vida reprodutiva e familiar livre de coerção, violência e criminalização.

A discussão não tem que entrar no dilema ético/moral com base nos direitos do nascituro, que ainda não é sujeito de direitos, é apenas potencial de vida humana. Se a

3

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

mulher decidir que não vai levar a gravidez adiante, ela deve ser reconhecida em sua capacidade moral de tomar esta decisão, livre de estigma.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

O início da vida não tem uma definição clara e definitiva. Há diferentes visões sobre isso na ciência médica e até nas religiões.

É importante considerar que não devemos fazer a defesa apenas da vida do feto em detrimento da vida da mulher. E a vida também não está só restrita ao biológico, ela tem outras dimensões que também são importantes, como respeito à saúde física e mental da mulher, considerando as condições em que a gravidez ocorre, se há uma anomalia gravíssima, se a mulher sofreu um estupro, se a mulher/família não tem como criar dignamente aquele futuro ser humano, etc.

Não podemos deixar o tema do início da vida se transformar numa cortina de fumaça para não discutirmos outras questões importantes sobre este tema.

Além do mais, esta questão tem muitas interpretações, e nenhuma delas é a definitiva. Na católica há uma interpretação que só havia vida humana quando a alma era agregada ao feto. Isso acontecia quarenta dias, quando o feto era masculino, e oitenta

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

dias, quando era feminino. Até este período o aborto não era muito grave. Houve correntes defendendo esta teoria até 1869, quando houve uma declaração do papa que havia vida desde a fecundação.

Para alguns, a vida humana começou há milhões de anos e ela vai se transformando, para outros, a vida humana já existe no espermatozóide e no óvulo antes de se juntarem. Para outros, ainda, o critério é a existência de função cerebral. Esse critério é o usado para a retirada de órgãos para transplante, o que só pode ser feito depois de constatada a morte cerebral. Ora, se aí não se reconhece a vida, então o feto até o início da atividade cerebral também não deveria ser considerado uma vida humana com o status que as religiões defendem. Estes são apenas alguns dos exemplos das diferentes interpretações sobre quando se inicia a vida.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Embora existam o embrião e o feto, acho que a vida humana passa a existir a partir do nascimento.

3

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso,
advogada.

Tendo como pressuposto a audiência pública no STF sobre o início da vida, lei da biossegurança (2005), não há um marco definido para o início da vida. Dentro do âmbito científico, há genicistas, cientistas, médicos que têm posições diferentes sobre o tema. Juridicamente também não há consenso se há vida desde a concepção ou não. O argumento religioso também varia: o judaico considera a vida um mês depois do nascimento; o das religiões cristãs, desde a concepção; o dos hindus, desde o espermatózide.

Acho que não dá para definir, mas creio que há alguns pontos a serem discutidos. Socio-logicamente, pode-se falar da questão da vida de duas formas: da parte qualitativa ou da quantitativa. A primeira corresponderia aos relacionamentos que você desenvolve ao longo do tempo, o que você estudou, conquistou, com quem se relacionou de que forma; a segunda, quantitativa, seria a vida pela vida, respiração.

A vida deveria ser defendida pela qualidade, não pela quantidade. Creio que a questão do aborto não é uma questão de início de vida, quantitativo, mas de qualidade. Se o feto tem vida quantitativa, a mãe também tem. Entra neste caso o direito da vida qualitativa da mãe, algo que o feto não possui.

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso,
advogada.

Ou seja, ao contrário da mãe, o feto não tem vida qualitativa a ser defendida.

Carmen Hernandez, assistente social.

Não sou uma pessoa com competência para falar das ciências exatas, físicas. As ciências têm pesquisas e um posicionamento sobre o assunto que difere do da Igreja.

A Igreja nem sempre teve o mesmo posicionamento sobre o tema. Até o século XVI ou XVII, a Igreja Católica acreditava que a alma entrava na primeira respiração da criança quando ela nascia. A ciência, neste mesmo período, começa com a dissecação de cadáveres, o que trouxe luz para uma série de questões, como as diferenças dos corpos de homens e de mulheres. A mesma prática foi dando luz para se ter conhecimento da formação do ser humano. A ciência, assim, fez todo um trabalho de convencimento da Igreja mostrando que antes do ser vir ao mundo já existe vida.

Fazendo um raciocínio lógico, se para a Igreja não existia alma antes da criança vir ao mundo, tanto fazia se a criança viesse ao mundo ou não. Foi a argumentação científica que mostrou que havia vida antes do nascimento, e a partir daí a religião se radicaliza, encara a vida desde a fecundação e passa a condenar o aborto.

3

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

Carmen Hernandez, assistente social.

Não tenho uma competência técnica, científica. Baseio-me neste debate, muito polêmico. Então, encaro que embora aquela célula que está se desenvolvendo seja um ser vivo, ainda não é pessoa humana – isso só se dá quando existe córtex cerebral, mais ou menos no meio da gestação. Pessoa humana é aquela capaz de relações. Procuro acompanhar as descobertas da ciência, que nos dão e podem nos dar muitas contribuições.

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

A posição legal e jurisprudencial do início da vida é a da nidação. Tal se dá da observação sistemática das proibições existentes no ordenamento que permitem a venda indiscriminada dos anticoncepcionais pós conceptivos, que impedem a nidação (pílula do dia seguinte).

Antônio Carlos Matthias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

No aspecto jurídico, a vida tem início com o nascimento, e a teoria que afirma diversamente sobre tal aspecto não foi aceita por nosso direito. A questão é por demais complexa, e o exemplo disso é a discussão que se trava no STF acerca da pesquisa de célula tronco, em relação à qual sou a favor.

Tendo em vista a grande polêmica lançada ao Judiciário e aos diversos setores da sociedade civil engajados com o tema aborto, muito se discute acerca do início da vida. Qual sua posição a respeito?

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Posição legal que adota o critério científico a partir do momento em que o feto respira. Critério adotado pela lei penal. Uma mudança no critério ao início da vida deve obedecer critérios científicos.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

A vida se inicia na concepção intra-uterina.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Ela é muito grande e domina a opinião pública, assim como os lobbies religiosos influem decisivamente nas tentativas de mudanças legislativas. Na atuação concreta, no âmbito judicial, também acabam permeando as discussões.

4.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

A legislação vigente não acompanha as necessidades das mulheres, não corresponde à realidade. A atual lei é discriminatória em relação às mulheres, viola o direito à igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição Federal.

As estatísticas apontam cerca de um milhão de abortos por ano. A criminalização do aborto não é eficaz para diminuir a sua prática, mas leva à clandestinidade, colocando riscos para a vida e saúde das mulheres.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

É uma legislação que não cumpre o que se destinou, afinal, depois de 68 anos ainda não consegue inibir a prática do aborto, portanto, deveria ser mudada. O aborto deveria ser descriminalizado e ter seu atendimento regulamentado e garantido no SUS. A legislação atual o que faz é manter uma situação hipócrita de afirmar que o aborto é crime, mas que, no entanto, toda a sociedade sabe que ainda são realizados milhares de abortos no país de forma clandestina. Para as ricas é mais seguro, mas para as pobres pode significar sua morte ou seqüelas graves para a saúde.

Anualmente são internadas 230 mil mulheres para tratar estas seqüelas. São estimados que ocorram, além dos 230 mil, mais 750 mil abortos que não chegam aos hospitais por medo ou vergonha por ainda ser crime e pecado.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Creio que a legislação precisa avançar mais, levar em consideração o desejo e o direito da mulher em realizar o aborto em condições seguras.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Defasada. Contrária à Constituição Federal.

Quando ocorreram as reuniões para decidir como seria reformulada a Constituição Federal, foi proposto se colocar a defesa da vida desde a concepção, e esta proposta não passou. Portanto, a CF não deixa explícito quando começa a vida.

Entrarmos no assunto do bloco de constitucionalidade: existem Tratados Internacionais de Direitos Humanos (considerados como normas de peso constitucional), e dentro destes acham-se recomendações ao Brasil de descriminalização do aborto e, mais que isso, o Brasil é signatário de tratados que propugnam o controle de natalidade.

O único tratado assinado pelo Brasil que fala sobre início da vida a protege desde a concepção, mas, no mesmo artigo, adiciona a locução “em geral”, que foi posta nesse artigo justamente em função da questão do aborto que era permitida nos EUA. Essa locução cria uma exceção à regra, e o aborto

4.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso,
advogada.

entraria nessa exceção.

A proibição ao aborto, criminalização, fere diversos direitos humanos da mulher. A discussão do direito humano do feto criaria um embate de direitos humanos. A locução “em geral” faz com que o direito da vida do feto não seja defendido absolutamente.

Carmen Hernandez, assistente social.

A legislação vigente diz que é possível que a mulher pratique aborto em casos de risco de vida da mãe e estupro. Eu penso que é muito limitada, reduz apenas a duas condições. Uma vez sendo permitido, não existe política pública que efetive essa legislação: hospitais, médicos se negam a aplicá-la. Embora já haja legislação de aborto legal, ela não se efetiva, além de ser limitada também na questão de serem apenas essas duas condições.

O aborto é uma questão muito mais ampla. Nunca devemos colocar se as pessoas são contra ou a favor do aborto. A questão do aborto é uma questão de direito, e as mulheres no nosso país não têm direito de escolher, o Estado escolhe por elas que não vão abortar. Isso é complicado em uma democracia, num estado de direito, as mulheres não poderem escolher sobre o próprio corpo.

Em países onde o aborto é permitido, seu índice não é muito elevado, e a quantidade

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Carmen Hernández, assistente social.

de mulheres que morrem por aborto é reduzida.

Tive experiência em alguns estados do Brasil com grupos de mulheres e os temas aborto, direitos sexuais e reprodutivos. Todas são contra o aborto a princípio. Também sou contra, sou a favor que a mulher decida. Mas elas vão conversando, contam histórias. Por exemplo: se a menstruação atrasa, elas tomam providência – como tomar chás –, e a providência elas não encaram como aborto, mas para voltar com a menstruação, por exemplo. Encaram como aborto apenas uma mulher tomar um Cytotec ou introduzir em si uma agulha de tricô. Se você fala “interromper a gravidez” elas não encaram com tanto susto. Aborto é encarado como pecado, crime.

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

O Brasil fez a opção pela proibição do aborto como meio contraceptivo. Cuida-se de uma política criminal calcada nos valores culturais do povo brasileiro. Os limites dessa proibição cada vez mais têm sido objeto de confronto com a evolução dos valores sociais que apontam para uma flexibilização maior da interrupção do processo gestacional. Não há razão jurídica sustentável para se proibir o aborto quando derivado da impossibilidade de vida autônoma do feto fora do útero materno. O sistema brasileiro é coerente com as proibições, inclusive no que

4.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

toca à eugenia, que tem sido invocada historicamente como uma das razões para que se peça a possibilidade do aborto nos casos de inviabilidade de vida extra-uterina.

Fato é que a lei e o ordenamento não dão tratamento adequado e consentâneo ao momento atual da sociedade. Os mais abastados, do ponto de vista financeiro, praticam aborto às escancas, fora do país, em Estados cujo fato é atípico (não é criminoso). Todos os demais da população o praticam de forma clandestina, gerando um verdadeiro problema de saúde pública. Mutilações e incapacidade reprodutiva decorrentes desses procedimentos clandestinos têm sido uma constante na análise de casos e dados que chegam ao judiciário. O impacto social e o custo disso ao Sistema Único de Saúde refletem a necessidade de se repensar a proibição e ampliar as políticas públicas de contracepção pré-conceptivas. É preciso criar um regramento adequado para impedir o massacre oriundo do auto-aborto mal praticado costumeiramente com produtos tóxicos ou nocivos, a exemplo do Cytotec, abrindo uma exceção ao sistema proibitivo, que não o invalide, mas o afirme e permita de forma afirmativa que o Estado passe a implementar políticas de planejamento familiar e maternidade responsável.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Penso que a legislação ainda guarda atualidade, em razão das possibilidades a que se refere, salvo a questão do feto anencéfalo, que tem merecido atenção dos tribunais tanto estaduais quanto do próprio STF. Mas é uma questão cujo fundo ético é muito forte e que ainda causa muito debate. Tem uma pesquisa que realizei em determinada faculdade onde lecionei em que indaguei a cerca de 170 alunos o que pensavam sobre a questão do aborto, e, pelo que me recordo, um único aluno foi favorável a ele. Para as respostas, solicitei que o tema fosse debatido por cerca de cinqüenta minutos em cada uma das classes.

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Extremamente antiquada e perdida no tempo. Considero-me conservador e tenho posturas conservadoras, no entanto, em relação a esse tema acho que a legislação deve se adequar mais.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Ainda que qualquer interrupção da vida seja condenável, por princípio, entendo que não se pode furtar à mulher que foi violentada ou tem sua vida sob risco a decisão sobre o futuro da gravidez, uma vez que o quadro coloca tanto a criança como a mãe na condição de vítimas.

4.

Qual sua visão sobre a legislação vigente em relação ao tema aborto?

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Sou a favor da legalização do aborto, mas norteio minha atuação profissional de acordo com a legislação vigente, apesar de entender que mereceria reparos, como a revogação dos dispositivos que criminalizam o aborto com o consentimento da gestante capaz.

Todavia, o assunto é extremamente complexo, e apesar de ser a favor da legalização do aborto, entendo que esta é a solução menos ruim, porque entendo o embrião ou o feto como inocente que não tem como se defender. Assim, na medida em que defendo que cabe à mulher a decisão sobre a continuidade ou não de uma gestação, tanto pela questão da autodeterminação como pelos aspectos sociais que decorrem de uma vida não querida, entendo que deva ser sacrificada a vida intra-uterina, solução também injusta e não ideal.

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Não. Defendo a descriminalização e a legalização. Este não é um tema para ser tratado na esfera penal. A legislação poderia prever os prazos. Até dez, doze semanas, o aborto deve ser uma livre decisão da mulher, como foi aprovado em Portugal. Depois disso, ser autorizado em casos específicos. Deveria ser abordado da forma mais branda possível, ampliando ao máximo o acesso da mulher quando quisesse interromper a gestação.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

A mulher que faz aborto não deveria ser presa de forma nenhuma. Ela é uma cidadã e deve ter o direito de decidir sobre seu corpo respeitado. Além disso, há muitas outras questões que podem levar uma mulher a interromper uma gravidez pelas quais ela não pode ser responsabilizada.

Ainda falta informação e acesso aos métodos contraceptivos, o mercado de trabalho não cumpre a lei de proteção à maternidade, muitos homens não assumem a paternidade, o número de violência sexual é expressivo. Essas e outras questões sérias de desigualdades estão no cotidiano das mulheres e podem levá-las a decidir por um aborto.

A mulher que engravidou e não quer/não pode levar a gravidez adiante deve ser atendida por equipe multidisciplinar que

5

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende de que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

a escute, que a apóie naquilo que for sua decisão, seja de manter a gravidez, seja de interromper. Que seja oferecida informação e acesso aos métodos contraceptivos, para que possa planejar a reprodução.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Não deve ser presa. É necessário descriminalizar o aborto. Deveria ser criada uma legislação onde a mulher possa ter o direito de decidir sobre o aborto.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Não. A realização do aborto deveria ser descriminalizada. A mulher passaria previamente por assistência médica, e a prática seria feita em hospitais, com segurança.

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

O crime de aborto é afiançável, e tendo em vista que a pena máxima cominada é de três anos, a mulher, portanto, irá cumprir a pena em regime aberto, no máximo, ou penas alternativas. Tendo em vista o contexto atual das penas alternativas, que não são fiscalizadas nem tampouco efetivas, a mulher acaba indo para casa mesmo.

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Carmen Hernández, assistente social.

Não. Não só o direito, mas uma série de políticas públicas são necessárias. As mulheres que conheci e provocaram aborto não fizeram com uma decisão tranquila. Tiveram necessidade de abortar.

Quando uma mulher provoca aborto, precisa de um acompanhamento. Antes de abortar, já foi abortada pelo companheiro, ela e a criança. E ele não é considerado criminoso, apenas ela.

O direito precisa dizer que isso não é crime. Precisa de amparo psicológico, médico, social. Não para dizer que ela errou e que nunca mais faça isso, mas compreender, dar suporte, ajudá-la a entender o porquê de decidir interromper a gravidez, com todo peso social e consequências do ato.

A Igreja culpabiliza a mulher. O direito diz que o feto é um cidadão desde a barriga. Ela tem o filho, e o direito e a Igreja vão embora, essa mulher fica sozinha. E quando ela aborta também fica sozinha, podendo sentir uma culpa imensa se não tiver um acompanhamento.

5

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende de que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

No Brasil, a privação da liberdade é excepcionalíssima em todos os delitos, por força de diretriz constitucional. Em regra, não se vê a necessidade da privação da liberdade para a gestante que põe a termo a sua gravidez, com a consequente morte do feto. A casuística é muito rica, e não se podem descartar situações em que a gestante necessite do encarceramento, mas apenas a título de casuística e como condição lógica de validade do sistema proibitivo. O direito penal moderno para o qual caminha o país tenta ser cada vez mais recompositivo, tanto do ponto de vista da lesão quanto do ponto de vista da reinserção adequada do infrator às relações sociais. Dessa forma, o apenamento típico e adequado não deve ser aquele que restrinja ou diminua direitos, mas aquele que obrigue a autora do fato a procurar ações positivas no sentido da valorização da vida e da maternidade responsável. Isso passa compulsoriamente pela realização de atividades e pelo apoio de equipes multidisciplinares.

Há que se reservar especial atenção no que toca a proibição no respeito à expectativa de paternidade. Existem ações cíveis, em número muito pequeno, cujos pais se viram frustrados dessa expectativa pelo aborto praticado pela gestante não precedido do

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP — Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

consentimento destes. A questão do aborto e sua proibição deve envolver a questão da paternidade.

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Sou anti-abortista, porque entendo que a vida deva ser preservada o máximo possível. Como resultado disso, e até para que não haja banalização do assunto, entendo que as pessoas que praticam aborto devam se submeter às sanções previstas em lei. Observo que nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte há anos liberou os estados para que cada um resolvesse a questão do aborto conforme entendesse melhor, existe um movimento em contrário e no sentido, segundo que sei, de retorno à situação anterior, ou seja, de proibição. Observo, contudo, que a questão tem fundamento muito mais ético e sociológico do que de outra natureza.

5

Você acredita que uma mulher que pratica aborto deva ser presa? Como você entende de que o direito poderia tratar essa questão (prisão, encaminhamento à assistência social, etc.)?

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Essa questão só se aplicaria para os casos não contemplados na legislação. Entretanto, em qualquer circunstância sou contrário ao aprisionamento da mulher que pratique o aborto fora dos casos legislados, por entender que qualquer ato de aborto é, por definição, um ato de violência contra a mãe, mesmo nos casos legislados. Uma pessoa que pratique violência contra si, independente do motivo, foi enfermada – como nos casos legislados – ou enfermou-se, e como tal deve ser tratada. Daí, sou a favor de que seja acompanhada por profissionais da área de saúde fisiológica e emocional.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Normalmente, a pessoa que pratica aborto em si mesma ou que consente que ele seja praticado, mesmo condenada criminalmente, não vai presa. Ela, em face das penas e das condições pessoais, via de regra, recebe uma pena alternativa ou inicia o cumprimento em regime aberto, portanto, não se verifica essa situação na prática. Essa é a minha posição, tendo em vista a legislação vigente. No entanto, como sou a favor da legalização desta conduta, entendo que a mulher não deveria ser presa quando pratica o aborto ou consente que outros o pratiquem em si.

Qual sua posição quanto à legalização do aborto? O que você pensa sobre o fato de essa prática ser autorizada nos centros médicos (públicos e privados)?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Favorável. Acho ótimo, significaria uma ampliação de acesso, um acesso mais igualitário, para todos grupos de mulheres. Na situação vigente, há desigualdade no acesso. A lei tem impacto diferenciado entre as mulheres com melhor condição financeira, que possuem acesso a clínicas privadas, e as mulheres com piores condições sócio-econômicas, que recorrem ao aborto em condições de insegurança. Defendo o acesso tanto nos centros médicos públicos quanto privados, para possibilitar essa condição mais igualitária.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Eu defendo a legalização do aborto com sua devida regulamentação, e que seja atendido no sistema de saúde. O governo brasileiro já elaborou uma proposta de projeto-lei em 2005, que foi resultado de uma comissão especial criada para rever a legislação unitiva do aborto.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso,
advogada.

A legalização é imprescindível, principalmente pelo número de mulheres que morrem realizando abortos. E o mínimo é que eles sejam realizados em hospitais públicos. O aborto atinge a classe mais baixa, que necessita de hospitais públicos. A classe mais alta já realiza abortos em clínicas clandestinas ou mesmo fora do país.

6

Qual sua posição quanto à legalização do aborto? O que você pensa sobre o fato de essa prática ser autorizada nos centros médicos (públicos e privados)?

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

A favor de que as mulheres possam fazer suas escolhas, decidir se quer levarem adiante a gravidez ou não. É uma questão muito difícil para a mulher, traz muita angústia, sofrimento, culpa, e ela precisa contar com o apoio da sociedade, de políticas públicas que a ajudem a tomar essa decisão. O que ela não pode é ser julgada e criminalizada se a sua decisão for pelo aborto. Creio que deveria existir um serviço específico para esse atendimento, com uma equipe de profissionais preparados e sensíveis à causa, para que a mulher possa receber todo o apoio clínico e psicológico.

Carmen Hernández, assistente social.

Favorável à legalização. Que seja permitida a prática do aborto acompanhada de uma série de políticas públicas e de uma mudança cultural em homens e mulheres – processo educativo. É necessária uma legislação que garanta que ela tenha condições de realizar essa interrupção. Hospital público não é pecador se permitir aborto, e o privado é santinho por não realizar. É uma questão de direito da mulher como cidadã.

Estado e Igreja se metem e decidem sobre a barriga da mulher!

Qual sua posição quanto à legalização do aborto? O que você pensa sobre o fato de essa prática ser autorizada nos centros médicos (públicos e privados)?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP — Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

A possibilidade da realização do aborto como um fato não contrário ao direito deve ser trazida ao nosso ordenamento como regra. As exceções devem ser postas exclusivamente quando terceiro que, contra consentimento da gestante, põe termo à gestação, ou mesmo quando esta interrompe a gestação com finalidades proibidas pelo direito e socialmente tipificadas como reprováveis, vale dizer, motivo torpe, como forma de vingança do ex-companheiro, não se coadnuam com o espírito do ato aborto em que a gestante só o pratica, como regra, quando inevitável de outro modo, já que ofende o principal instinto humano.

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Sou contra justamente em função tanto da experiência norte-americana ser extremamente duvidosa quanto pelo fato de entender que o direito à vida supera o direito à liberdade da mulher quanto à resolução sobre o que deve fazer acerca de seu corpo, inclusive porque, e na verdade, ela está resolvendo sobre o corpo de outra pessoa, que, no caso, é o filho.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Creio que a legalização do aborto que temos já é suficiente, e que, nos casos legislados, o Estado tem a obrigação de prestar o serviço adequado.

6

Qual sua posição quanto à legalização do aborto? O que você pensa sobre o fato de essa prática ser autorizada nos centros médicos (públicos e privados)?

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Vejo que a legalização do aborto é uma medida de saúde pública, pois a ilegalidade só promove medidas cruéis de abortamento. Entendo que a legalização permite que o questionamento do aborto fique restrito à consciência da mulher. O Estado não tem o direito de invadir esse foro íntimo da mulher, ele não deve regular isso.

Mesmo nos casos em que o aborto é permitido – risco de vida da mulher, estupro –, o judiciário pouco se manifesta, à medida que as decisões são tomadas predominantemente pelo registro do fato ou laudo técnico (boletim de ocorrência, laudo médico comprovando o risco de vida da mulher).

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Sou a favor da legalização e, por isso, entendo que deveria haver um serviço de aborto legal nos hospitais públicos.

Há algum caso em que você entenda o aborto como uma prática legítima? Qual(is)?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Em caso de falta de condições sócio-econômicas, nos casos de violência sexual (como prevê a Norma Técnica do Ministério da Saúde), até dez, doze semanas (até o primeiro trimestre), a pedido da mulher, em caso de risco de vida da mulher, para casos de anencefalia ou anomalia fetal grave incompatível com a vida.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Quando for a decisão da mulher, mas não em qualquer tempo de gravidez. Deve haver um critério médico para a interrupção da gravidez – em geral, até a 12^a semana. Acredito que o aborto é um último recurso das mulheres, que é uma decisão difícil, e de maneira nenhuma deve ser encarado como um método anticoncepcional. Porém, não deve ser tratado no Código Penal, mas no Ministério da Saúde.

O número de abortos legais realizados no Brasil, (risco de vida da mulher e gravidez que decorre de estupro) é baixo, porém, nos serviços que atendem estes casos, nunca morreu nenhuma mulher por seqüelas. Isso é um indicador forte que todo os outros casos de abortos realizados de forma clandestina deveriam ter atendimento, e não ser criminalizados e as mulheres abandonadas à sua própria sorte.

Há algum caso em que você entenda o aborto como uma prática legítima? Qual(is)?

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Sou a favor. Estou de acordo com os projetos de lei tramitando no congresso – dentro da causa feminista. O tempo é importante. Creio que a mulher consegue tomar uma decisão até aproximadamente o terceiro mês, depois, considero que ela optou em ter o filho ou tentou abortar.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Nos moldes pedidos pelo movimento feminista: aborto social, por estupro, risco de vida, inviabilidade fetal, e a pedido até um número limitado de semanas.

Carmen Hernández, assistente social.

Legalização para todos os casos, a partir de livre escolha da mulher, de acordo com sua necessidade. Só a mulher sabe se precisa. Isso é um drama em sua vida.

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Principalmente nos casos de profilaxia comprovada (anencefalia, inviabilidade fetal). Em todos os casos, a decisão quanto à prática deve ser da mulher, isto é, deve ficar restrita ao campo da discricionariedade da mulher com seu próprio corpo.

Há algum caso em que você entenda o aborto como uma prática legítima? Qual(is)?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

Além das práticas já previstas no Código Penal vigente, a eugenia, quando há inviabilidade extra-uterina, também é legítima à vista do nosso ordenamento. Havendo a readequação das proibições com uma mudança legislativa ampla, somente não será legítimo o aborto quando a finalidade for meramente egoística, dissociada do relevo social e quando o aborto não for inevitável como meio contraceptivo. O crime deve ser olhado como fenômeno social e custoso à sociedade. Incentivá-lo significaria onerar ainda mais as despesas de saúde e de afastamento da gestante do sistema produtivo, com importes previdenciários, de tal forma que a proibição deve continuar existindo, mas de forma afunilada. O exercício da medicina é função regulamentada pelo poder público “mediante autorização administrativa”, pelo que a autorização judicial, além de descabida, mesmo nos casos atuais, à exceção do aborto sentimental, parece mais relacionada à cultura cartorialista brasileira herdada de suas raízes portuguesas.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Os casos que já estão legislados são legítimos, ainda que se trate da legitimidade da exceção, como o é o homicídio em legítima defesa.

Há algum caso em que você entenda o aborto como uma prática legítima? Qual(is)?

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Casos em que entendo a prática legítima: a) o de risco para a vida da mãe. Tenho dúvidas no caso de estupro, pois conheço casos em que a mulher sofreu o estupro, não abortou e, tirando o fato do estupro em si, agradece pelo filho que tem, embora eu reconheça também a dificuldade que a situação apresenta para todos os envolvidos. No tocante à anencefalia, é um tema que também me preocupa, porque existem pessoas cuja previsão de vida era nenhuma e que acabaram por revelar tempo de vida surpreendente, o mesmo se dando também quanto à própria capacidade. O assunto demanda, segundo entendo, aprofundamento de estudo e uma aferição muito maior a respeito do que quanto a ele concernente.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Como sou a favor da legalização do aborto, entendo que qualquer situação que tenha o consentimento da gestante é legítima.

Você é a favor de uma reforma legal sobre este tema? Qual seria sua sugestão para tal reforma?

**Maria Beatriz Galli,
advogada.**

Sim, defendo a reforma da lei vigente e a elaboração de uma lei específica, como já existe a lei de planejamento familiar, discriminando as circunstâncias e regulamentando o acesso à assistência. Isto junto a se disponibilizar serviços de saúde no âmbito público e privado de saúde. O objeto da nova legislação seria ampliar e regulamentar o acesso.

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Sim, sou a favor que o aborto deixe de ser crime e seja regulamentado pelo Ministério da Saúde. A sociedade deve ser sensibilizada e apoiar a proposta de projeto-lei feita pela Comissão Tripartite, em 2005, para que seja discutida no Congresso Nacional e seja legalizado o aborto.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Sim, sou a favor. Acho que as mulheres devem ser ouvidas na elaboração dos projetos de lei de uma reforma.

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Reforma do sistema penal. Descriminalização.

8

Você é a favor de uma reforma legal sobre este tema? Qual seria sua sugestão para tal reforma?

Carmen Hernandez, assistente social.

Não tem que colocar restrição, mas dar educação para homens e mulheres, colocar à disposição todos os métodos contraceptivos, e na eventualidade de uma gravidez indesejada, ter a possibilidade de interrompê-la, por qualquer motivo que seja.

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

Há necessidade de uma reforma penal inserida em estatuto próprio, fora do Código Penal, que gere a criação de políticas afirmativas de respeito à maternidade e à paternidade responsáveis, criando políticas públicas de planejamento familiar com a difusão do “contraceptivismo pré-nidatório” como política a ser fomentada na esteira da necessidade da proteção das DSTs. Apenas e tão-somente excepcionalmente há que se punir o aborto, e essa reforma deve trazer a discussão, delicada e muito difícil a qualquer sociedade, seja qual for seu estágio civilizatório, da eugenia.

Antônio Carlos Mathias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

A nona indagação, segundo penso, deve ser precedida de uma pesquisa sócio-jurídico-psicológica em ampla moldura, na qual seriam examinados os variados aspectos possíveis, com vistas à procura do modelo legislativo apropriado e que penso terá que ser adotado, uma vez que nossa legislação não tratou de fatos como, por exemplo, os do feto anencéfalo.

Você é a favor de uma reforma legal sobre este tema? Qual seria sua sugestão para tal reforma?

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

Abolitio criminis. O corpo da mulher e a liberdade quanto ao corpo da mulher não devem ser tutelados pelo Estado para que se proíba a prática do aborto.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Como disse, a legislação que temos, que, salvo engano, faculta à mulher o direito ao aborto no caso de ser resultado de estupro ou em caso da gravidez colocar em risco a sua vida é suficiente.

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Sugiro a revogação de todos os dispositivos que envolvam o auto-aborto e o aborto com o consentimento da gestante até um período da gestação que fosse apontado pela medicina como viável.

9

Você acredita que a legalização do aborto possa aumentar tal prática entre as mulheres brasileiras?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Não. Há evidências em países onde o aborto foi legalizado, o que não aumentou a prática (por exemplo, Portugal). Em outros países houve um declínio dramático nas taxas de mortalidade materna após a mudança da lei vigente e a legalização (por exemplo, Romênia e África do Sul).

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Não. A experiência em outros países é que o número de abortos diminua quando são oferecidas as informações e meios para as mulheres passarem a ter uma vida sexual onde suas decisões sejam respeitadas e possam planejar a reprodução. Em Portugal, que acabou de legalizar o aborto, após seis meses a procura foi de 60% do número previsto, isto é, pouco mais da metade do que esperavam.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Acredito que sim, pois as mulheres contariam com um instrumento legal a seu favor. Por outro lado, a mulher contaria com o apoio psicológico na tomada de decisão sobre fazer ou não o aborto.

Você acredita que a legalização do aborto possa aumentar tal prática entre as mulheres brasileiras?

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Como leiga, diria que aumentar não, mas também não diminui. Como estudiosa, diria que estudos na Europa apontam que após a descriminalização houve uma redução do número de abortos (houve campanhas de conscientização, amparo psicológico, etc.), o que serviria de indicativo para o Brasil.

Carmen Hernández, assistente social.

Não acredito. Acredito – não por um ato de fé. Existem pesquisas que confirmam o dado – que menos mulheres vão morrer por causa de interrupção de gravidez. Me parece que na Holanda a taxa de mulheres que recorrem à saúde pública para realizar abortos é baixíssima.

Antônio Carlos Matthias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Não tenho a menor dúvida de que a legalização do aborto aumentaria a sua prática, sem coibir aqueles que são realizados sem os cuidados mínimos e com os requisitos mínimos que a lei exigiria, se alterada a legislação.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

A extensão da legislação que legaliza o aborto a outros motivos que possam ser alegados para a interrupção da gravidez, possivelmente, aumentará a incidência.

9

Você acredita que a legalização do aborto possa aumentar tal prática entre as mulheres brasileiras?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

A Rússia do século XIX tinha características parecidas, do ponto de vista religioso e de organização sócio-cultural, com o que se vê em alguns extratos populacionais brasileiros. O aborto era proibido e realizado em condições subumanas, com enormes índices de mortalidade da gestante, de sua incapacidade reprodutiva e de outras incapacidades permanentes para sua vida. A Revolução Russa trouxe no seio de inúmeras reformas a descriminalização do aborto e a permissão para que fosse realizado no parque de saúde pública. Os números não cresceram, e ainda proliferou o aborto clandestino.

O aborto, além de ser um ato em que a mulher se auto-agrude de forma dramática, contraria sua própria essência e seus instintos, importando-lhe em vergonha e até certa infâmia, mesmo nos dias de hoje, além do inegável confronto com os valores religiosos. Estes motivos foram utilizados para explicar a proliferação dos abortos clandestinos na União Soviética, a despeito da descriminalização, e por certo devem indicar que no Brasil a realidade não será muito diversa. Nenhuma mulher tem o aborto como meio contraceptivo de eleição, mas sim como a última e a mais difícil escolha contraceptiva.

Você acredita que a legalização do aborto possa aumentar tal prática entre as mulheres brasileiras?

**José Damião Pi-
nheiro Machado
Cogan, desembar-
gador.**

Se aumentar, será muito pouco, e o crescimento provavelmente se dará com classes mais baixas, devido à falta de recursos e orientação para planejamento familiar. Mas campanhas devem ser estimuladas para que o aborto seja ultima ratio. A lei não muda o fato. Mesmo que determinada conduta passe a ser regulada por lei, isso não impede que o fato concreto aconteça. A legalização do aborto deve ser vista como uma forma de impedir lesões graves à mulher e evitar a busca de pessoas desqualificadas para praticá-lo, o que traz maior risco à saúde da mulher.

**Christiano Jorge
Santos, promotor
de justiça da ca-
pital, atualmente
exercendo a função
de promotor de jus-
tiça criminal.**

Acredito que sim, porque há pessoas que ainda deixam de abortar em razão da previsão legal, assim como há também aquelas pessoas que deixam de abortar por falta de condições adequadas.

10

Você entende que a interrupção da gestação em caso de má-formação fetal que torne inviável a vida extra-uterina caracteriza o aborto?

Maria Beatriz Galli,
advogada.

Sim. Poderia ser mais uma circunstância em que fosse desriminalizado a ser incluída no Código Penal vigente. O importante é que a mulher possa interromper a gestação quando quiser. A palavra “aborto” possui um estigma enorme, dada a situação de hoje, na qual o aborto é considerado crime. Existe uma ação pendente no Supremo Tribunal Federal em que se pretende que seja autorizada a interrupção da gestação nesses casos sob alegação de que seria uma antecipação terapêutica do parto. É compreensível a criação de outra figura jurídica, e isso pode ser visto como uma estratégia jurídica para se obter a autorização deste tipo de caso, tendo em vista que o Código Penal vigente só permite em caso de risco de vida para a mulher e em caso de estupro.

José Damião Pinheiro Machado Cogan, desembargador.

“Interrupção da gestação em caso de má-formação fetal” é um eufemismo, na minha opinião, e, no contexto da legislação atual, é uma forma de abortamento.

Carmen Hernandez, assistente social.

Aborto é uma questão técnica. É interromper a gestação, qualquer que seja o feto, com deficiências ou não. Nós é que colocamos uma conotação moral ao motivo para a realização de um tipo de aborto, como neste caso.

Você entende que a interrupção da gestação em caso de má-formação fetal que torne inviável a vida extra-uterina caracteriza o aborto?

Dulcelina Vasconcelos Xavier, socióloga e integrante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir

Este é um tema cujos comentários e interpretações devem ser reservados à área da saúde.

Posso partilhar minha observação como pessoa que não é da área, mas que acompanha as discussões a respeito do tema.

No caso de anomalia fetal grave, também se pode considerar aborto até a 12^a semana. Quando ultrapassa este período de gestação, há literatura médica que se refere à interrupção da gravidez, no caso de anomalia que inviabiliza a vida do feto fora do útero, como antecipação do parto.

Ivone de Assis Dias, psicóloga (formação) e atua como coordenadora de um núcleo de defesa da mulher chamado Cidinha Kopcak.

Creio que é um aborto necessário, se for uma opção da mulher.

Considerações finais:

As pessoas deveriam tentar se colocar no lugar daquela mulher que quer fazer o aborto, entender seu drama. Nenhuma mulher deseja fazer um aborto, e se o faz, é devido às circunstâncias de vida, falta de apoio, problemas financeiros, medo da família ou porque não deseja ter aquele filho. Seja qual for o motivo, acho que a mulher é a que mais vai sentir a dor dessa decisão, porém, saberá se foi uma decisão necessária para sua vida, um direito que tem de fazer essa escolha.

10

Você entende que a interrupção da gestação em caso de má-formação fetal que torne inviável a vida extrauterina caracteriza o aborto?

Marcela Maria Gomes Giorgi Barroso, advogada.

Há pessoas, principalmente médicos, que dizem não ser aborto porque o direito brasileiro diz que a morte se dá com a morte encefálica. Se o bebê é inviável, principalmente no caso do anencéfalo, ele já estaria morto.

Eu discordo desta posição. O feto anencefálico tem tronco encefálico. O pedaço que ele tem funciona, ele respira, tem sensações.

Apesar de eu ser a favor do aborto nesses casos, eu considero que os mesmos devem, sim, ser caracterizados como aborto.

Ariovaldo Ramos dos Santos, teólogo e professor.

Se por inviável, entende-se a morte imediata ao nascimento, não. Mas a mãe tem de ser devidamente ajudada a entender o custo emocional da interrupção da gravidez por meios não espontâneos — que é muito maior do que o causado pela perda do filho pós parto. Porque a mãe que perde o filho pós parto o perde com a consciência de que, no que dependia dela, tudo foi feito para que o seu filho desfrutasse de seu direito à vida.

Antônio Carlos Matthias Coltro, desembargador do TJ/SP, vice presidente do IBDFAM - SP.

Se não fosse aborto não haveria necessidade de autorização judicial para ser realizada (a interrupção).

Você entende que a interrupção da gestação em caso de má-formação fetal que torne inviável a vida extra-uterina caracteriza o aborto?

Alfonso Presti, promotor de justiça de São Paulo e coordenador da CIPP – Central de Inquéritos Policiais da Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

Pela mera análise do Código Penal, tal conduta constitui crime. A anencefalia ou a Síndrome dos Ossos de Vidro, que impedem a vida extra-uterina autônoma, não causam nenhum tipo de risco à vida ou à integridade física da gestante, daí porque não se pode tratá-lo por terapêutico. Porém, o ordenamento brasileiro já inseriu a necessidade da convivência das liberdades públicas e dos direitos constitucionalmente assegurados. Dessa forma, ao se inserir na Constituição de 88 a figura do princípio da culpabilidade e da exigibilidade de outra conduta para a existência de delito, o confronto entre o direito de que a gravidez chegue a termo e do improívico sofrimento físico e moral, que pode inclusive abalar a saúde penal da mãe, em uma gravidez desta ordem, autoriza a prática do aborto sem que se possa considerá-lo crime. É a hipótese de causa supralegal de exclusão da punibilidade, devendo, sempre sobre a ótica constitucional, entender-se o artigo 22 do Código Penal como enumerativo, e não taxativo, ao prever as hipóteses em que é inexigível outra conduta. Tal não se confunde com a mera eugenia, cujo tratamento e disciplina são diversos.

10

Você entende que a interrupção da gestação em caso de má-formação fetal que torne inviável a vida extra-uterina caracteriza o aborto?

Christiano Jorge Santos, promotor de justiça da capital, atualmente exercendo a função de promotor de justiça criminal.

Considerando-se que o abortamento é a morte do feto durante o período de gestação, se ele está com vida intra-uterina, caracteriza-se a hipótese de abortamento. O abortamento de feto anencéfalo, no caso, comporta um conflito de bens jurídicos relevantes, a saúde mental da gestante em conflito com a vida intra-uterina, que não terá viabilidade futura. No caso, entendo deva prevalecer a saúde mental da gestante.

7. REFERÊNCIAS

7. REFERÊNCIAS

Anis. Disponível em: <http://www.anis.org.br>. Acesso em 05.09.2008.

ÁVILA, Maria Betânia. Reflexões Sobre Direitos Reprodutivos. In: *Derechos Sexuales. Derechos Reprodutivos. Derechos Humanos*. Lima: CLADEM, 2002.

BARROS, Flávio Augusto M. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Biblioteca Salvat de Grandes Temas. *As Religiões no Mundo Atual*. Rio de Janeiro: Salvat, 1979.

BINION, Gayle. *Human Rights: a feminist perspective*. Human Rights Quarterly, 17.3 (1995) p. 509 - 526. Acesso em 19.03.2007.

BLAY, Eva Alterman. Violência Contra a Mulher e Políticas Públicas. In: *Estudos Avançados*, 17 (49), 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300006. Acesso em 14.06.2008.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1983.

BOZON, Michel. *Sociologia da Sexualidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

CFEMEA. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/normasjuridicas/leis_detalhes.asp?Registro=49. Acesso em 20.10.2008.

Comissão de Cidadania e Reprodução. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/mt/MSULsintesefinal.pdf>. Acesso em 23.10.2008.

Comitê Latino Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos das Mulheres. Disponível em: <http://www.cladem.org>. Acesso em 20.10.2008.

Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. *Campanha da Fraternidade 2008: versão definitiva*. Disponível em: http://www.cnbb.org.br/ns/modules/mastop_publish/files/files_48cfb5b072d7f.pdf. Acesso em 10.10.2008.

Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde. Disponível em: <http://www.cnts.org.br>. Acesso em 02.08.2008.

Conferência Episcopal Espanhola. Comitê Episcopal para a Defesa da Vida. O Aborto: 100 Perguntas e Respostas Sobre a Defesa da Vida Humana e a Atitude dos Católicos. In: Vários autores. *A Posição da Igreja Perante o Aborto. Textos do episcopado português, do episcopado espanhol e do Arcebispo de Nova York, Cardeal John O' Connor*. São Paulo: Edições São Paulo, 1993.

COOK, Rebecca J. *Leis e Políticas sobre o Aborto: desafios e oportunidades*. São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991.

_____ & PIMENTEL, Silvia. Leyes y Políticas Sobre el Aborto: desafios y oportunidades. In: *International Women's Health Coalition*. São Paulo (BR): IWHC, 1991.

CORRÊA, Sonia & ÁVILA, Maria Betânia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas, São Paulo: UNICAMP, 2003.

DIAKOV, V. & KOVALEV, S. A Sociedade Primitiva. São Paulo: Global Editora, 1982. In: BUONICORE, Augusto. *Engels e as Origens da Opressão da Mulher*. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/070/70esp_buonicore.htm. Acesso em 02.10.2008.

DIAS, Maria Berenice. Entrevista. In: CAVALCANTE, Alcilne & XAVIER, Dulce (orgs.). *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. P. 107 - 108.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto & DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Renovar, 2002.

DINIZ, Debora & RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por Anomalia Fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Débora & VÉLEZ, Ana Cristina G. *Aborto y Razón Pública: El Desafío de la Anencefalia en Brasil*. Série Anis 40. Brasília: Letras Livres, 1 - 9, julho: 2005. Disponível em: [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40\(dinizvelez\)abortion.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa40(dinizvelez)abortion.pdf). p. 3. Acesso em 11.11.2007.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich & KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. São Paulo: Ensaio, 1995.

FAÚNDES, Anibal. *El Falso Dilema de Estar a Favor o en Contra del Aborto*. Campaña por la defensa de la salud reproductiva en Uruguay. Montevideo (Uruguay), (3), 2004.

_____ & BARZELATTO, José. *O Drama do Aborto: em busca de um consenso*. Campinas: Komedi, 2004.

FEGHALI, Jandira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. In: *Questiones Constitucionales*, n° 15, Julio - Diciembre: 2006.

FIGUEIREDO, Regina. *Contracepção de Emergência no Brasil: necessidade, acesso e política nacional*. Disponível em: www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc. Acesso em 20.10.2008

LEOPOLDI, Deisi; TELES, Maria Amélia de Almeida & GONZAGA, Terezinha de Oliveira. *Do Silêncio ao Grito Contra a Impunidade: caso Márcia Leopoldi*. São Paulo: União das Mulheres de São Paulo, 2007.

MACKINNON, Catharine A. *The Philosophy of Human Rights*. Hayden, Patrick. Paragon House.

- _____. Reflections on Sex Equality Under Law. P. 1316. In: DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes, 2003. p. 76.
- MARX, Karl. A Questão Judaica. In: *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Edições 70, 1975.
- MAULEÓN, Cecilia Olea. Por el Derecho a Decidir. In: *Red de Salud de Las Mujeres Latino Americanas Y Del Caribe*. RSMLAC. 9/ Cuadernos Mujer Salud. Cuerpos autónomos, vidas soberanas. Mujeres Y Derecho al aborto libre y Seguro. Adriana Gómez Ed.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Manual de Direito Penal*, vol. I, Parte Geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2003.
- MURARO, Rose Marie. El Aborto y la Fe Religiosa en América Latina. In: Vários Autores. *Mujeres e Iglesia: sexualidad y aborto en America Latina*. Distribuciones Fontamara, S.A, Mexico; Catholics for a Free Choice, USA: Washington, DC, 1989.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUNES, Maria José Rosado. Aborto, Maternidade e a Dignidade da Vida das Mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilne & XAVIER, Dulce (orgs.). *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas Pelo Direito de Decidir, 2006.
- O Estado de S. Paulo digital. *MPF defende liberar interrupção de gestação de anencéfalo*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid242891,0.htm Acesso em 06.11.2008.
- O Estado de S. Paulo digital. *Aborto de anencéfalos vai passar por 11 a 0*. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/08/29/ger-1.93.7.20080829.8.1.xm>. Acesso em 05.09.2008.
- O Estado de S. Paulo digital. MPF defende liberar interrupção de gestação de anencéfalo. Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid242891,0.htm. Acesso em 20.09.2008.

O Estado de S. Paulo digital. *No STF, ministro da Saúde defende direito ao aborto de anencéfalos.* Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080905/not_imp236635,0.php. Acesso em 06.11.2008.

O Estado de S. Paulo digital. *No STF, ministro da Saúde defende direito ao aborto de anencéfalos.* Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/09/05/ger-1.93.7.20080905.1.1.xml>. Acesso em 05.09.2008.

O Estado de S. Paulo digital. *STF retoma audiência pública sobre fetos anencéfalos.* Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid231870,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

O Estado de S. Paulo digital. *Universal e CDD defendem direito ao aborto de anencéfalo.* Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid231058,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

Pacto de San José da Costa Rica. Íntegra do documento. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 13.08.2008.

Painel de Indicadores do SUS – agosto/2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS.pdf. Acesso em 13.09.2008.

PANDJIARJIAN, Valéria. Maria da Penha: una mujer, un caso, una ley. In: *Revista Informativa CLADEM*, nº 9. Año 6, noviembre 2007.

Para consultar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, acesse: http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm. Acesso em 04.08.2008.

PESSOA, Eduardo. *Dicionário Jurídico: terminologia e locuções latinas.* Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2001.

PIMENTEL, Silvia & GOLLOP, Thomas. *OSTFeaAnomaliaFetalGrave: justiça.* Disponível em: http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&título=Artigos&codigo=689&cod_categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso. Acesso em 05.09.2008.

PIMENTEL, Silvia. *Comitê CEDAW: experiências e desafios.* Brasília: Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, 2008.

PIOVESAN, Flávia (coord.) *Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado.* São Paulo: DPJ, 2008.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Pau-

lo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: *Nos limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 54 - 56.

_____. & PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 249.

Portaria 344 da Secretaria de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde, de 12.05.1998. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3275. Acesso em 20.10.2008.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, 1991 e 2000: todos os estados do Brasil*. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrescente%20de%20Estados%20\(pelos%20dados%20de%202000\).xls](http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrescente%20de%20Estados%20(pelos%20dados%20de%202000).xls). Acesso em 20.08.2008.

RANKE - HEINEMANN, Uta. Tradução de Paulo Fróes. *Eunucos pelo Reino de Deus: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996.

Recomendação Geral 19 do Comitê CEDAW. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?OpenDocument>. Acesso em 14.04.2008.

Red de Salud de Las Mujeres Latino Americanas Y Del Caribe – RSMLAC. 9. Campaña 28 de Septiembre. Por la Despenalización del Aborto en América Latina y el Caribe. Cuadernos Salud.

Resolução ANVISA/RE nº 1.050, de 6 de abril de 2006. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=7773. Acesso em 20.10.2008.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da & NETO, Jorge Andalaft. A Questão do Aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas, São Paulo: Editora UNICAMP, 2003.

ROSADO, Maria José. Aborto, Maternidade e a Dignidade da Vida das Mulheres. In: *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas Pelo Direito de Decidir, 2006. p. 24.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; FRANCA-JUNIOR, Ivan et al. Prevalência da Violência Contra a Mulher por Parceiro Íntimo em Regiões do Brasil. In: *Revista Saúde Pública*, Outubro de 2007, vol. 41, n° 5, p. 797 - 807. ISSN 0034-8910.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1916/4/Jurisprud%C3%Aancia_Fonte_Direito.pdf. Acesso em 26.08.2008.

VILELA, Wilza Vieira & ARILHA, Margareth. In: *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Elza Berquó (org.). Campinas, São Paulo: UNICAMP, 2003.

Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y el Caribe. *Cuerpos Autónomos, Vidas Soberanas: mujeres y derecho al aborto libre y seguro*. (Chile), RSMLAC, 2005.

KLEIN, Laura. *Fornicar y Matar: el problema del aborto*. Buenos Aires (Argentina): Planeta, 2005.

TAVARA OROZCO, Luis. *Por que la Anencefalia Debe Justificar el Aborto Terapéutico*. Lima (Peru): PROMSEX, 2006.

HERBST, Adrian. El Aborto y la Eutanasia en la Tradición Judía. In: *Aborto y Eutanasia*. Buenos Aires (Argentina): Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 97 - 114.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.) *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

WASHINGTON, Castilhos. Tutela Indebida Disponível em: http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_ES&infoid=2571&sid=102. Acesso em 16.08.2008.

<http://www.cejil.org>. Acesso em 20.10.2008.

http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&título=A

[rtigos&codigo=689&cod_categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso.](#) Acesso em 05.09.2008.

[http://www.anencephaly.net/anencephaly.html.](#) Acesso em 05.09.2008. Tradução obtida em: FERNANDES, Máira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114.

[http://www.convencion.org.uy/.](#) Acesso em 16.10.2008.

[http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/460/25/PDF/N0746025.pdf?OpenElement.](#) Acesso em 28.09.2008.

[http://edinofonseca.com.br/site/node/26.](#) Acesso em 22.10.2008

[http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac37567,0.htm.](#) Acesso em 16.08.2008.

[http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid242891,0.htm.](#) Acesso em 20.09.2008.

[http://www.estado.com.br/editorias/2007/04/11/ger-1.93.7.20070411.4.1.xml.](#) Acesso em 16.08.2008.

[http://www.estado.com.br/editorias/2008/08/29/ger-1.93.7.20080829.8.1.xml.](#) Acesso em 05.09.2008.

[http://www.estado.com.br/editorias/2008/09/05/ger-1.93.7.20080905.1.1.xml.](#) Acesso em 05.09.2008.

[http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1453205-5602,00.html.](#) Acesso em 16.08.2008.

[http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL26652-5602,00.html?newsletter.](#) Acesso em 16.08.2008.

[http://www.ipas.org.br/arquivos/10anos/Regina_CE2004.doc.](#) Acesso em 20.10.2008.

[http://www.ipas.org.br/direitos_humanos.html.](#) Acesso em 16.08.2008.

[http://www.mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap2.pdf.](#) Acesso em 16.10.2008.

[http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2007/05/30/ult27u61502.jhtm](#)

e <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>. Acesso em 13.10.2008.

<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>. Acesso em 19.05.2008.

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 14.04.2008.

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 14.04.2008.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm. Acesso em 28.08.2008.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 12.08.2008.

<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27.07.2008.

